

EL DERECHO ADMINISTRATIVO

2000/2001

SERIE ESPECIAL



EL DERECHO
BUENOS AIRES

Se trata, como vemos, de lo que en el campo de la interpretación judicial puede denominarse una expresión vaga, de aquellas que poseen límites imprecisos, ya sea por decisión misma de legislador, quien delega en el intérprete la fijación del contenido de las palabras, o en razón de que —como se ha afirmado, desde la óptica de la Filosofía del Derecho— “todas las expresiones del lenguaje natural son vagas, en mayor o menor medida”⁽¹⁴⁾. En esencia, nos ocupa uno de los denominados conceptos jurídicos indeterminados sobre los cuales se explayara, exhaustivamente, distinguida doctrina⁽¹⁵⁾.

Estas líneas se proponen indagar en el referido estándar⁽¹⁶⁾. Para ello buscaremos sus orígenes y desarrollo posterior (sección II); luego repasaremos la interpretación judicial que pueda haber merecido en nuestro país de la mano de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (sección III); analizaremos el ámbito de aplicación del estándar (sección IV); luego se intentará circunscribir la conveniencia de una concepción económica de lo que es una tarifa justa y razonable (sección V), para finalmente, aplicarla a un reciente ejemplo jurisprudencial.

(12) HART, H.L.A., *The Concept of Law*, 2a ed., Oxford University Press: Oxford, 1994, pág. 131; Acerca de lo justo y razonable en general, pueden verse, asimismo, y entre otros, DWORCKIN, RONALD, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1977, pág. 28 y *Hart's Posthumous Reply to Hart Draft September 22, 1994*, Lectura incluida en “The Program for the Study of Law, Philosophy & Social Theory”, Fall 1994, New York University School of Law, #4, pág. 21; cf. KEISEN, HANS, *Contribuciones a la Teoría Para del Derecho*, 3ª ed., trad. de EUGENIO BULYGIN, Fontamara, México, 1995, pág. 129.

(13) OLIVA, LORENA, *Cuál es el Precio Justo de las Tarifas*, en diario La Nación, 20/8/2000, sección 7, pág. 8.

(14) GURIBOURG, RICARDO, *Deber y Saber - Anupus Epistemológicos para el Análisis del Derecho y la Moral*, Fontamara, México, 1997, pág. 122, y sus citas. Allí sistematiza las posiciones corrientes en materia de problemas lingüísticos en la interpretación jurídica.

(15) CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, cit., t. II, pág. 116 y ss.; GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO, *La Lucha contra las Inmutabilidades del Poder*, 3ª ed., Civitas, Madrid, 1983, pág. 30 y ss., esp. 33 y ss.

(16) Así lo calificamos, siguiendo a URENGITOFFY, JAVIER, *Reatribución de los Servicios Públicos*, en *Los Servicios Públicos Régimen Jurídico Actual*, Depalma, Buenos Aires, 1994, pág. 117; “Se trata (...) de postulados o standards”. Ampliar en SARMIENTO GARCÍA, JORGE, *Concesión de Servicios Públicos*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, pág. 122.

y extranjeros⁽⁸⁾, constitucionalistas nacionales⁽⁹⁾ y extranjeros⁽¹⁰⁾, economistas⁽¹¹⁾, iusfilósofos⁽¹²⁾, incluso periodistas⁽¹³⁾.

Buenos Aires, 1990, N° 5, pág. 481 y ss.; CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, 6ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, t. II, pág. 523 y ss.; GORIELLO, AGUSTIN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. 2, pág. VI-18 y ss.; COMADURA, JIMLO R., *Derecho Administrativo Acto Administrativo*, *Procedimiento Administrativo*, *Otros Estudios*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pág. 217 y ss., esp. págs. 221/2; TAWIL, GUMO, *Licencia y Contrato como Título Habilitante para la Prestación del Servicio Público*, en *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 457 y ss., esp. pág. 474; TAWIL, GUMO, *Avances Regulatorios en América Latina: Una Evaluación Necesaria*, en *El Derecho, Serie Especial de Derecho Administrativo*, 29/7/2000, pág. 1 y ss., esp. pág. 5, n. 60; BARRA, RODOLFO C., *Servicios Públicos y Regulación*, *La Concesión Ateroprotectoria*, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1999, N° 252, pág. 9 y ss.; KAUFMAN, ARIBI, *Tarifas de Servicios Públicos*, en *ED*, 127-119 y ss.; BUDASSI, IVAN F., *Licencias y Concesiones - Un Estudio Comparativo entre los Sistemas del Reino Unido y la Argentina*, en *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1997, N° 24/26, pág. 227 y ss., esp. pág. 245; CUADROS, OSCAR A., *Bases Constitucionales de la Regulación Pública*, Fondo Editorial de la Universidad Católica de Cuyo, San Juan, 1999, pág. 134 y ss.; BEVILLAQUA, NORMA, *La Regulación Económica y Régimen Tarifario en los Servicios Públicos*, en “Contratos Administrativos”, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 522 y ss., esp. pág. 527; BIANCHI, ALBERTO B., *La Tarifa en los Servicios Públicos (Del Rate of Return al Price-Cap)*, en “Revista de Derecho Administrativo”, Depalma, Buenos Aires, 1998, N° 27/29, pág. 35 y ss., esp. pág. 39 y en *Contratos Administrativos*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, pág. 503 y ss., esp. pág. 505; entre otros.

(8) BONRIGHT, JAMES C., DANIELSEN, ALBERT L. y KAMERSCHEN, DAVID R., *Principles of Public Utility Rates*, 2d ed., Public Utilities Reports, Arlington, Virginia, 1988, pág. 67 y ss., esp. pág. 76; ARIÑO, GASPAR, *Economía y Estado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, pág. 456; CRAIG, P.P., *Administrative Law*, 4th ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, pág. 340 y ss., esp. pág. 342.

(9) BIDART CAMPOS, GERMÁN J., *Tratado Económico de Derecho Constitucional Argentino*, Ediar, Buenos Aires, 2000, t. I-A-803, para quien el valor justicia se traduce en razonabilidad; DALILA VÍA, ALBERTO, *Derecho Constitucional Económico*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 507.

(10) KILLIAN, JOHNNY H. y COSTELLO, GEORGE A. (coeditores), *The Constitution of the United States of America Analysis and Interpretation*, U.S. Government Printing Office, Washington D.C., 1996, pág. 1600 y ss.; TRIME, LAWRENCE, *American Constitutional Law*, 3rd ed., Foundation Press, New York, N.Y., 2000, t. 1, pág. 1342.

(11) FISCHER, STANLEY, DORNBUSCH, RUDIGER y SCHMAMENSEF, RICHARD, *Economía*, 2da ed., trad. de Toharia, Luis y Rabasco, Esther, McGraw Hill, Madrid, 1989, pág. 333.

El concepto de tarifa justa y razonable

por ESTELA B. SACRISTÁN

gas⁽⁴⁾ o telecomunicaciones⁽⁵⁾, a título de mero ejemplo⁽⁶⁾.

No en vano la mentada expresión, aplicada a ciertos servicios públicos, ha generado la preocupación de representantes de las más variadas disciplinas, entre ellos, administrativistas nacionales⁽⁷⁾

siguientes objetivos para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad: (...) d) regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables”. Y el art. 40 de la misma ley prescribe: “Los servicios suministrados por los transportistas y distribuidores serán ofrecidos a tarifas justas y razonables, las que se ajustarán a los siguientes principios (...)”. Véanse, asimismo, los mes. a, b y d del citado art. 40, así como los arts. 41, 44 y 48 de la citada ley; y el art. 48 del decreto 1398/92, B.O. 11/8/92, ADLA, LII-C-3077 y ss.

(4) A su vez, el art. 2º de la ley 24.076 [EDLA, 1992-171], B.O. 12/6/92, ADLA, LII-B-1583 y ss., establece: “Fijense los siguientes objetivos para la regulación del transporte y distribución del gas natural. Los mismos serán efectuados y controlados por el Ente Nacional Regulador del Gas que se crea por el art. 50 de la presente ley: (...) d) Regular las actividades del transporte y la distribución de gas natural, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables de acuerdo a lo normado en la presente ley”.

(5) Art. 24, incs. a) y c) del decreto 1185/90, B.O. 28/6/90, ADLA, L-C-2418 y ss., para el Servicio Básico Telefónico; art. 4º, ap. 4º y numeral 26.1 del Reglamento Nacional de Interconexión aprobado por decreto 764/00, B.O. 5/9/2000.

(6) Acerca de la razonabilidad como garantía constitucional ineliminable exigible en el campo tarifario en virtud de lo prescripto en el art. 28 de la Constitución Nacional, véase CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El Contrato Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, pág. 144.

(7) BIELSA, RAFAEL, *Estudios de Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1950, t. 1, pág. 479 y ss.; MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, t. II, pág. 146 y ss.; MARAL, HÉCTOR A., *La Determinación de las Tarifas en la Concesión de Servicios Públicos*, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1971, N° 2, pág. 53 y ss., esp. pág. 54; GRECCO, CARLOS M., *Potestad Tarifaria, Control Estatal y Tutela del Usuario (A Propósito de la Privatización de ENTEL)*, en *Revista de Derecho Administrativo*, Depalma,

Debo admitir que no poseo el instinto para diferenciar lo “razonable” de lo “irrazonable” en lo relativo a los precios, y debo hallar alguna concepción racional para decidir(1).

Sumario: I. PLANTEO. — II. PRIMEROS ANTECEDENTES. A. REINO UNIDO. B) ESTADOS UNIDOS. C) DESARROLLO POSTERIOR EN LOS ESTADOS UNIDOS. LA DIVERGENCIA BOMBRIGHT-GOODMAN. — III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 1. APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR EXPRESO. 2. AUTONOMÍA DEL ESTÁNDAR. 3. TARIFA JUSTA Y RAZONABLE Y UTILIDAD JUSTA Y RAZONABLE. 4. TARIFA JUSTA Y RAZONABLE COMO CUESTIÓN REGLADA. 5. TARIFA RAZONABLE Y RAZONABLE RENTABILIDAD O GANANCIA. 6. INNECESARIEDAD DEL TEST. — IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL ESTÁNDAR. — V. TARIFA JUSTA Y RAZONABLE Y TARIFA ÓPTIMA. — VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I Planteo⁽²⁾

Lo justo y razonable es, en cierta manera, el fin último de todo ordenamiento jurídico; dicho de otro modo, el objetivo de éste es que sus prescripciones, en tanto aplicadas, conduzcan a soluciones justas y razonables. Ello así, es inevitable, entonces, preguntarse qué se entiende por lo justo y razonable; más aún cuando se está en el campo de las tarifas, y la predicación corresponde a las de servicios de tal importancia económica como los de energía eléctrica⁽³⁾,

(1) “Federal Power Commission et al. v. Hope Natural Gas Co.”, 320 U.S. 591, 645 (1944), disidencia del Justice Jackson.

(2) La autora agradece el desinteresado apoyo de Bernard Cameron, de la Comisión de Servicios Públicos del estado de Georgia, Estados Unidos, en pos de la obtención de los materiales pertinentes citados.

(3) Así, el art. 2º de la ley 24.065 [EDLA, 1992-111], B.O. 16/1/92, ADLA, LII-A-82 y ss., establece: “Fijense los

II Primeros antecedentes

Como suele suceder con algunas instituciones del derecho administrativo y constitucional que parecen originadas en el Derecho norteamericano, del cual abrevamos desde los tiempos de la sanción de la Constitución Nacional de 1853, es en el Reino Unido donde debemos rastrear sus orígenes⁽¹⁷⁾. El concepto de tarifa justa y razonable sigue esta suerte de ya familiar regla: nació entre los ingleses, y cruzó el Atlántico, se instaló en Estados Unidos, para luego ser recibida por nuestro ordenamiento jurídico, en el orden nacional y por primera vez, en la antigua ley de ferrocarriles⁽¹⁸⁾.

a) Reino Unido

En el derecho inglés, no se aplicó estrictamente un concepto de "tarifa justa y razonable" en el marco de los negocios privados afectados a un interés público sino hasta el siglo XVIII.

Hacia 1772, la expresión se empleó normativamente para calificar la discrecionalidad con la que los *justices of the peace* —obligados a fallar en base a la equidad⁽¹⁹⁾— podían revi-

(17) Pensemos solamente en lo que conocemos como doctrina de la separación de poderes, que nació en el siglo XVII de la pluma de JOHN LOCKE en el *Second Treatise of Civil Government An Essay Concerning the True Original Extent and End of Civil Government*, caps. XI-XII, de 1690 (puede consultarse la edición al cuidado de Peter Laslett, Cambridge University Press, Cambridge, 1997, pág. 355 y ss.); o en el trascendente control de constitucionalidad, originado en el caso "Bonham", fallado por el *Chief Justice Coke* en el año 1610, tomo 8 del *Common Pleas Reports*, 107a. 118a, caso en el que se dejó sin efectos la sanción aplicada con fundamentos en que nadie puede ser juez en su propia causa.

(18) Conf. MAURAL, *La Determinación...*, cit., pág. 54, refiriéndose a la ley de ferrocarriles 2873.

(19) Los *justices of the peace* fueron establecidos por la respectiva ley de 1361 (aún vigente), si bien existían desde antes bajo la denominación de *custodes pacis* o custodios de la paz. A lo largo de los años y de los siglos, estos jueces fueron adquiriendo mayores competencias de fuente legal, especialmente en materia administrativa: construcción y mantenimiento de fortificaciones, rúas, puentes y prisiones, reclutamiento de soldados, además del establecimiento de precios, por lo que parecerían ser los primeros reguladores. Consideremos que hacia 1996, había 30.326 *justices of the peace* legos, activos, con ocupación de tiempo parcial. Ampliar en SMITTI, S. H. y GUNN, M. J., *Smith & Bailey on the Modern English Legal System*, 3rd ed., Sweet and Maxwell, Londres, 1996, ps. 36-37 y 93 y ss. Acerca del rol de la equidad (*equity*) en un sistema de *common law*,

san⁽²⁰⁾ las decisiones, que hoy llamaríamos de sustancia administrativa, relativas al mantenimiento, por parte de los lugareños, de ciertas rúas campesines⁽²¹⁾. Así, aquellos magistrados fueron habilitados jurídicamente para "mitigar y reducir la tasa..." (*duty*) en la medida de lo que consideren justo y razonable⁽²²⁾. También se la empleó en el régimen legal de los caminos por cuyo uso se debía abonar un peaje, como directriz dirigida a la autoridad administrativa: los administradores de las rúas por peaje estaban autorizados a aplicar, a los responsables por las reparaciones de aquéllas, la porción justa y razonable del costo de mantenimiento⁽²³⁾.

Vemos que la expresión justo y razonable no ha sido empleada como límite de las tarifas a cobrar, al menos en el campo de los peajes. En todo caso, se la ha empleado, como dijimos, a modo de técnica de limitación de la discrecionalidad en su ponderación por parte de aquellos jueces encargados de fallar en base a la equidad, o de los órganos administrativos en el campo de los peajes.

b) Estados Unidos

La expresión "tarifa justa y razonable", en su recepción normativa, puede rastreadse en los Estados Unidos con anterioridad a la ley que creó la *Interstate Commerce Commission*. En efecto,

véase ROSS, ALF, *Sobre el Derecho y la Justicia*, trad. de Genaro Carrío, 5a ed., Eudeba, Buenos Aires, 1994, pág. 275. Entre los insustitutos nacionales, cerca de la equidad como "conjunto de criterios de justicia que no se hallan explícitamente formulados en reglas, y cuya importancia para cada caso depende, en consecuencia, de características que no hemos individualizado de antemano pero que golpean nuestra atención axiológica cuando las encontramos", véase GUMBURG, RICARDO A., *El Fenómeno Normativo*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pág. 123.

(20) SKYRME, SIR THOMAS, *History of the Justices of the Peace*, Barry Rose, Chichester, Inglaterra, 1994, ps. 229-231.

(21) Si bien resulta casi anecdótico mencionarlo, pensamos que en esa época, los dueños de un mínimo de carros y animales, debían pagar una tasa legal (*statute duty*) por el mantenimiento de la rúa o puente local. El pago podía ser en especie (trabajo, animales, carros) o en dinero ("composition"). Ampliar en GOODMAN, LEONARD S., *The Process of Ratemaking*, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia, 1998, t. I, pág. 13 y ss.

(22) GOODMAN, *The Process...*, cit., t. I, pág. 14, y sus citas.

(23) GOODMAN, *The Process...*, cit., t. I, pág. 14, y sus citas.

a nivel local, la expresión se origina en el estado de Georgia, en la respectiva constitución de dicho estado: nos referimos a la Constitución de Georgia de 1877⁽²⁴⁾, que la incluyó como *test* de las tarifas ferroviarias —indicativo de la importancia de ese negocio en esa época— y que rezaba:

"La facultad y autoridad para reglar las tarifas de los fletes ferroviarios y de los pasajeros, evitando discriminaciones injustas; y requiriendo tarifas razonables y justas para cargas y pasajeros, se confiere, por la presente, a la Asamblea General, cuyo deber será el de sancionar eventualmente leyes que reglen las tarifas de cargas y pasajeros, prohibir discriminaciones injustas en relación a las diferentes vías ferroviarias en este estado, y prohibir que esas vías cobren tarifas que no sean justas y razonables, aplicando las penalidades adecuadas para lograr el cumplimiento de ello" (25).

Resulta casi superfluo señalar que la sacramental fórmula empleada en la Constitución de Georgia de 1877 fue una de compromiso: en oportunidad de debatirse el texto que la norma estatal constitucional iba a tener, se enfrentaron dos opiniones: la que representaba el interés del sector empresarial ferroviario involucrado, y el opuesto a éste, esto es, el público que viajaría en las líneas ferroviarias de Georgia. Los empresarios necesitaban una fórmula que, sin ser destructiva de su propiedad, fuera justa a los ojos de los usuarios; los usuarios requerían que las tarifas no fueran extorsivas. La solución legal fue que debían ser "justas y razonables". Por ello, la doctrina ha afirmado que una tarifa "razonable"

(24) Recordemos que el estado de Georgia ha resultado ser prolífico en Constituciones, ya que en ese estado se han sancionado diez, que datan, respectivamente, de los años 1777, 1789, 1798, 1861, 1865, 1868, 1877, 1945, 1976 y 1983.

(25) Constitución de Georgia de 1877, tal como la ratificaron los votantes de ese estado en diciembre de 1877, Artículo IV, facultades de la Legislatura en Relación a los Tribunales, Sección II, Párrafo 1: "The power and authority of regulating railroad freight and passenger tariffs, preventing unjust discriminations, and requiring reasonable and just rates of freight and passenger tariffs, are hereby conferred upon the General Assembly, whose duty it shall be to pass laws from time to time, to regulate freight and passenger tariffs, to prohibit unjust discriminations on the various railroads of this State, and to prohibit said roads from charging other than just and reasonable rates, and enforce the same by adequate penalties".

podría estar justificada desde el punto de vista lógico en términos económicos, y aun así no ser "justa"; mientras que la tarifa razonable sería fruto del análisis económico, la tarifa justa sería juzgada en base a sus efectos en el público usuario⁽²⁶⁾; lo contrario a tarifa justa sería equivalente a extorsión⁽²⁷⁾.

En esta inteligencia, en 1879, la legislatura de Georgia sancionó una ley que consolidó el referido estándar de tarifa justa y razonable, y creó una Comisión —que hoy llamaríamos reguladora— encargada de vigilar la aplicación del mismo, en el ámbito de la actividad ferroviaria. La ley establecía que configuraría delito de extorsión el cobrar por el transporte ferroviario de pasajeros o de carga un monto que no fuera justo y razonable⁽²⁸⁾.

Dos fallos posteriores señalan pautas de interés respecto de esta última previsión legal:

En 1881, un tribunal federal con sede en el estado de Georgia, en el caso "Tilley"⁽²⁹⁾, estableció que la legislatura local "en ejercicio de su deber constitucional, declaró que las tarifas a cobrar por las empresas ferroviarias deben ser justas y razonables, y nombró a una comisión que establecía las tarifas máximas justas y razonables, más allá de las cuales no podrán ir las empresas ferroviarias". Al preguntarse a sí mismo el tribunal qué se entendía por tarifa justa y razonable, respondió que "este interrogante sólo puede ser respondido satisfactoriamente por un cuerpo que esté perpetuamente sesionando, cuyo tiempo esté exclusivamente asignado a considerar el tema". Respecto de qué tarifa depararía un justo retorno para el empresario, ello era una cuestión de experimentar: si las tarifas eran demasiado bajas como para obtener un justo retorno en relación al valor de la vía, la empresa tendría que plantear una nueva pretensión ante la Comisión.

En 1882, el superior tribunal de Georgia convalidó la ley de 1879 y las facultades que ella asignaba a la Comisión en el caso "Georgia

(26) GOODMAN, *The Process...*, cit., t. I, pág. 18. En coincidencia parcial, MAURAL, *La Determinación...*, cit., pág. 54, para quien lo razonable haría a lo económico (por ej., a la retribución del concesionario), y lo justo, a la forma de aplicación de la tarifa (por ej., en forma no discriminatoria).

(27) GOODMAN, *The Process...*, cit., t. I, pág. 18.

(28) Georgia Laws, Título 12, No. 269, octubre de 1879.

(29) "Tilley v. Savannah", Florida & Western Railroad Company, 5 Fed., pág. 641, esp. pág. 655 (1881).

Railroad" (30), en el que se sostuvo que hubiera sido absolutamente absurdo que la legislatura hubiera intentado establecer cuadros tarifarios justos y adecuados para los diferentes ferrocarriles dadas las diferencias de longitud, ubicación y modalidad, y las tarifas máximas fijadas en los *charters* ferroviarios no estaban garantizadas para las empresas de ferrocarriles.

La Comisión, con el correr del tiempo, llegó a abarcar el control de muelles, estaciones ferroviarias, empresas de teléfonos y telégrafos, de gas, de energía eléctrica, entre otros servicios, y desde 1922 en adelante pasó a ser denominada Comisión de Servicios Públicos (*Public Service Commission*) (31).

Además, mereció convertirse en un antecedente de hecho trascendental en oportunidad de debatirse el proyecto de ley que llevaría a la creación de la conocida ICC o *Interstate Commerce Commission* (32) de 1887: en efecto, en los debates parlamentarios se citaron los casos antes mencionados y la ley georgiana, y así, a nivel federal, se optó definitivamente por el estándar de lo justo y razonable en punto a la valoración de las tarifas ferroviarias. Empero, la expresión fue rebatizada, pasando a llamarse estándar de lo "razonable" (*reasonable*), a secas, lo cual no lo priva del elemento "justo", en opinión de la doctrina especializada (33).

(30) "Georgia Railroad and Banking Co. v. Smith", 70 Ga. 694, ps. 699 y 701-702 (1882).

(31) Véase el actual artículo 46-2-23 del *Georgia Code*, que reza: "La comisión [Georgia Public Service Commission] tendrá la exclusiva facultad de determinar qué son tarifas y precios (*charges*) justos y razonables impuestos por cualquier persona, empresa o sociedad anónima (*corporation*) sujeta a su jurisdicción".

(32) Ampliar en COMADIRA, *Derecho Administrativo*, cit., pág. 22 y ss.; Cuadros, *Bases Constitucionales*, cit., pág. 33 y ss.

(33) GOODMAN, *The Process*, cit., t. I, pág. 20. Comparar *54 Statutes at Large* 899 y la versión actual de la ley codificada citada en la nota siguiente. La expresión "justa y razonable" aplicada como calificativo de las tarifas o precios a cobrar se hallaba en diversidad de disposiciones de la ley original creadora de la *Interstate Commerce Commission*, de 1887, enmendada con otros calificativos. Así, por ejemplo, en las que eran las secciones 1(4) ("tarifas justas y razonables"); 1(5)(a) ("precios injustos e irrazonables"); 15(7) y 15(8)(...) ("legalidad de las tarifas"); 15(9) ("tarifa irrazonablemente alta"); 15a(3) ("razonable tarifa mínima"); 216(4) ("justicia y razonabilidad de cualquier tarifa"); 406(4) ("tarifa legal"); 416(a) ("legalidad de las tarifas, precios, clasificaciones o prácticas"), etc. La fundamentación legislativa de la unificación de estos términos

con aquellos principios sostenidos por los economistas; distinguió las tarifas razonables y las tarifas óptimas consideradas ideales por éstos, agregando que el Derecho acepta resultados que son meramente "satisfactorios", a la vez que la teoría económica busca las condiciones para lograr el ideal (39).

Recordó, asimismo, que los reguladores han tendido a permitir —antes de la década del '70(40)— que las empresas prestadoras de los servicios públicos gozaran de libertad en cuanto a determinar la estructura tarifaria, a diferencia de lo relativo a la determinación de los niveles generales de las tarifas; dada la existencia de una "zona de razonabilidad" —ya sugerida en la ley que creaba la *Interstate Commerce Commission*— la empresa puede fijar las tarifas que considere razonables dentro de esa zona, sin intromisiones a voluntad del ente regulador; éste, a su vez, ejercería su control cada vez que los precios se alejaran de la zona de razonabilidad en ejercicio de su competencia para revisar los hechos (*facts*) (41) (42).

Finalmente, afirmó que los economistas, al igual que los jueces y reguladores, deben con-

(39) BONBRIGHT, *Principles*, cit., pág. 34: "In many of the pages throughout this book, we shall have occasion to compare the criteria of reasonable rates established by statutes, courts, and commissions with those rate-making principles that have had the support of economists. But what calls for present comment is the distinction between the traditional legal standard of reasonable rates or rate relationships, and the standard of optimum rates often set forth as the ideal of public utility rate theory. The law accepts results that are merely satisfactory, whereas economic theory seeks the conditions for the attainment of the ideal". (Lo resultante es del original).

(40) PHILLIPS, CHARLES F., *The Regulation of Public Utilities*, Public Utilities Reports, Arlington, Va., 1993, pág. 375.

(41) BONBRIGHT, *Principles*, cit., pág. 34. En igual sentido, S/A, *Public Utilities Reports Guide*, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia, 1999, págs. 6-7.

(42) Entre nosotros, esa zona de razonabilidad de la empresa prestadora se hallaría desplazada por lo que podríamos denominar una zona de razonabilidad del ente regulador, el cual, al ejercer sus facultades de control, regulación y, en general, policía, otorgadas por la ley, no puede desvirtuar las obligaciones previstas en el marco regulatorio, según lo afirmara la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa D.1084.XXXII y D.1032.XXXII y D.1040.XXXII, recursos de hechos en "Defensor del Pueblo de la Nación c. Estado Nacional PEN Nº de Eco. Obras y Servicios Públi. y otros s/ amparo ley 16.986", del 14/9/2000, consid. 18 del voto de la mayoría. Acerca de dichas facultades, véase el lúcido análisis que efectúa COMADIRA, *Derecho Administrativo*, cit., ps. 238/41.

fontarse con principios de tarifas razonables, si bien sus estándares de razonabilidad podrán diferir materialmente de aquellos aceptados por el Derecho o por la opinión popular (43).

En síntesis, para BONBRIGHT, la tarifa justa y razonable debe subordinarse al costo del servicio (44) más una atractiva proporción de ganancia que arraga capitales (45); los criterios a considerar en tal subsunción son los siguientes (46): a) costo del servicio; b) racionalidad desde el punto de vista del consumidor; c) atracción de capitales; d) transferencias compensatorias de ingresos; e) excepcionales estímulos a la eficiencia, aún en sistemas de tasa de rendimiento.

GOODMAN, en su tratado (47), refutó en forma enérgica la tesis señalada precedentemente, al sostener que la justicia de las tarifas no puede ser hallada en la adhesión irrestricta a los principios económicos, máxime cuando algunos economistas ridiculizaban el hecho de que la justicia sea un principio económico; arguyó, además, que la legislación norteamericana ha adoptado sólo parcialmente criterios económicos; e invocó que la Corte Suprema federal norteamericana, en más de una oportunidad, habría relegado consideraciones de estricta ortodoxia económica a un segundo plano, optando por proveer una teoría económica *ad hoc* a fin de revisar la decisión emanada de la comisión reguladora (48).

(43) BONBRIGHT, *Principles*, cit., pág. 35 y BONBRIGHT, DANIELSEN y KAMERSCHEN, *Principles*, cit., pág. 77.

(44) BONBRIGHT, DANIELSEN y KAMERSCHEN, *Principles*, cit., pág. 181 ("the subordinate status of fairness to cost") y pág. 183 ("fairness based on cost considerations").

(45) BONBRIGHT, DANIELSEN y KAMERSCHEN, *Principles*, cit., pág. 112. En igual sentido, CASSAGNE, *El Contrato*, cit., pág. 144; CUADROS, *Bases Constitucionales*, cit., pág. 137.

(46) BONBRIGHT, DANIELSEN y KAMERSCHEN, *Principles*, cit., pág. 108 y ss.

(47) GOODMAN, *The Process*, cit., t. I, págs. 21/24.

(48) Por ej., en American Commercial Lines v. Louisville & N.R.Co., 392 U.S. 571 (1968), especialmente ps. 586 y sgtes., nota al pie 16: "This Court is not particularly suited to pass on the merits of the economic arguments made by the railroads' expert witnesses in these cases. Moreover, their soundness is not especially relevant to the result we reach in the present posture of this controversy (...). In order to evaluate the foregoing argument certain other aspects of a railroad's operation must be kept in mind (...). These are only a few of the questions that come to mind when we attempt to evaluate the economic arguments made in this case. We do not pretend to be able to answer them. We merely note their existence as evidence that we do not find the arguments made to the ICC here as compelling as did the District Court".

El citado autor propone un enfoque en el cual se deben equilibrar los intereses en juego, *balancing test* en el cual el legislador determinará cuánta discrecionalidad asignará al regulador para la determinación del carácter justo y razonable de la tarifa. Así así hace, según GOODMAN, el legislador confiere el logro del equilibrio a la comisión reguladora, tarea que él mismo no puede encarar por no poder legislar sobre casos particulares individuales. Por último, afirma GOODMAN que, mientras que los economistas tratan de reconciliar los criterios de justicia con la economía, las comisiones reguladoras construyen equilibrios día tras día en el ejercicio de sus facultades; así, el criterio de justicia no se subordina a nada, sino que se convierte en la prueba o *test* definitivo de las tarifas⁽⁴⁹⁾.

En resumen, la cuestión gira alrededor de si las tarifas deben representar una suerte de compromiso entre el ideal económico y el jurídico (tesis de BONBRIGHT), o si deben ser fruto de un equilibrio entre intereses diversos (tesis de GOODMAN), muchas veces divergentes.

Veamos, ahora, cuál ha sido la interpretación jurisprudencial de lo justo y razonable de las tarifas, en opinión de nuestra Corte Suprema, para luego acercarnos a una concepción de aquel estándar más cerca o más lejos de la concepción del compromiso o de la concepción del equilibrio.

III La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La jurisprudencia demuestra la existencia de dos grandes líneas jurisprudenciales en pos de la definición de una expresión ciertamente elusiva⁽⁵⁰⁾ y que, como afirmara aguda doctrina, puede dar lugar a un cierto activismo judicial⁽⁵¹⁾:

(49) GOODMAN, *The Process*... cit., t. I, ps. 23, postura de sesgo consensualista que difiere radicalmente, en el ámbito nacional de aquella según la cual la norma de regulación es la norma que orienta a la actividad de las partes hacia un fin que el Estado predeterminó como de bien público o de bien común, conf. BARRA, RODOLFO C., *Servicios Públicos*..., cit., pág. 11.

(50) El adjetivo es empleado por BONBRIGHT, DANIELSEN y KAMERSCHEN, *Principios*..., cit., pág. 191.

(51) En este punto, se recomienda el análisis de las lucidas reflexiones de BUDASSI, *Licencias y Concesiones*..., cit., pág. 245, donde advierte acerca del hecho de que se habría

una en la cual, habiendo previsión legal expresa de que la tarifa debe ser justa y razonable, el Alto Tribunal interpreta ese requerimiento; otra gran línea jurisprudencial se verifica en los casos en los que la norma específica aplicable no lo prevé expresamente. Resulta de interés la diferenciación, especialmente a efectos de determinar la independencia o autonomía del estándar, lo cual incide en la determinación de su ámbito de aplicación (sección IV). A su vez, la forma de caracterización por parte del Alto Tribunal incidirá en la opción entre lo económico y lo jurídico, en tanto se busque el ideal de compromiso o el equilibrio (sección V).

I. Aplicación del estándar expreso

Uno de los precedentes más antiguos en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema en materia de tarifas justas y razonables es el caso "Méndez"⁽⁵²⁾, citado posteriormente⁽⁵³⁾, en el cual se reclamaban los daños y perjuicios derivados de la pérdida, *in itinere*, de una cantidad de lanares embarcados por la actora; habiéndose fijado en Cámara el *quantum* indemnizatorio a pagar por la empresa ferroviaria, ésta recurrió ante la Corte sosteniendo que "la dirección de ferrocarriles o el Poder Ejecutivo debe intervenir en la fijación de tarifas, a fin de que ellas sean justas y razonables", por lo que el flete adicional del 1% que el reglamento administrativo aplicable establecía, para animales finos transportados, había sido convalidado; no así la disposición reglamentaria que fijaba una limitación de responsabilidad, para animales perdidos, extraídos o inutilizados en viaje, diferente de la que emanaba del Código de Comercio.

En este fallo, se interpretó que la prescripción contenida expresamente en la ley de ferrocarriles en punto al control del carácter justo y razonable de las tarifas implicaba la graduación de éstas conforme a la naturaleza y valor de las cosas

ampliando la esfera de revisión al considerar la razonabilidad y proporcionalidad de la actuación administrativa, brindando, como ejemplo —precisamente— el tema "altamente técnico" como la justicia y razonabilidad de las tarifas o la tasa de retorno. El autor asevera que la tentación de un "introducido dinamismo judicial" amenaza con menoscabar el paradigma de especialización y competencia técnica que las comisiones reguladoras deberían representar.

(52) "J. M. Méndez y Cía c. Ferrocarril Oeste", Fallos, 112: 367 (1909).

(53) Fallos, 131:364; 146:207.

transportadas y al monto de las responsabilidades que las empresas contraen para con los cargadores por pérdidas o averías⁽⁵⁴⁾, y tal tarea recaía en la administración.

Otro fallo posterior, "Gómez"⁽⁵⁵⁾, citado en diversos fallos posteriores⁽⁵⁶⁾, adopta similar inteligencia. En el caso, la empresa pretendía aplicar una modificación tarifaria sin aprobación previa por parte del Poder Ejecutivo, arribándose en la instancia extraordinaria a una resolución contraria a los intereses de aquélla. El Alto Tribunal consideró que los arts. 44 y 49 de la antigua ley de ferrocarriles 2873 exigía —en el caso, expresamente— que las tarifas relativas al transporte de pasajeros y mercaderías fueran justas y razonables⁽⁵⁷⁾ y uniformes⁽⁵⁸⁾, determinando que estas disposiciones por sí mismas suponían la existencia y necesidad de un contralor por parte del Estado, tanto de las tarifas originarias como sus aumentos y modificaciones ulteriores⁽⁵⁹⁾.

En esencia, en este caso se liga la aprobación estatal con la verificación, en sede administrativa, del carácter justo y razonable, legislativamente impuesto, de la tarifa. Igual ligazón se advierte en la solución a la que se arribó en el caso "Torino"⁽⁶⁰⁾, fallo en el que se consideraron aprobadas implícitamente las tarifas por no haber sido observadas por no ser justas o razonables durante el lapso reglamentariamente dispuesto.

Temperamento similar en punto a la exigencia *ex lege* se advierte en el caso "Compañía de Tranvías Anglo Argentina"⁽⁶¹⁾; en el mismo se interpreta jurisprudencialmente que se entiende por tarifa justa y razonable, en el sentido de que

(54) Fallos, 112: 367, cons. 7°.

(55) "Gómez, Juan B. c. Empresa del Ferrocarril Central Córdoba", Fallos, 146: 207 (1926).

(56) Fallos, 146: 268; 147: 5 y 86; 150: 5, entre otros.

(57) El segundo párrafo del art. 44 de la ley 2873, R.N. 1891, t. II, pág. 543, Adla 1889-1919, #2441-11007, pág. 239 y ss., prescribía: "Las tarifas relativas al transporte de pasajeros y mercadería serán razonables y justas".

(58) El art. 49 de la precitada ley 2873 establecía: "Las tarifas serán uniformes para todos los que se sirvan del ferrocarril...".

(59) Fallos, 146: 207, cons. 4°.

(60) "Fortino, Alfonso c. Empresa del F. C. C. Buenos Aires", Fallos, 147: 231 (1926). Véase, asimismo, Fallos, 147:5 (1926).

(61) "Compañía de Tranvías Anglo Argentina c. Nación Argentina", Fallos, 262:555 (1965), cons. 10.

lo es aquella que asegura ciertos ítem legislativamente establecidos. Así, dijo la Corte: "En el caso, la ley 12.311, según lo dicho anteriormente, prevé que las tarifas debían ser justas y razonables, dando lugar a recursos suficientes para cubrir los gastos de explotación, formar un fondo de renovación del material y de reserva para mantener un buen servicio público y asegurar al capital representado un interés del 7% y su amortización"⁽⁶²⁾, y si por motivos, por ejemplo, políticos, se obliga a la empresa a mantener las tarifas inferiores al costo, más una utilidad razonable, debe indemnizar⁽⁶³⁾.

2. Autonomía del estándar

Las aguas jurisprudenciales antes señaladas se alteran con los casos que mencionaremos a continuación, casos "Schill" y "Ventafriada". En el primero⁽⁶⁴⁾, se aseveró que "[s]i las tarifas no pueden aumentarse ni disminuirse sino en la forma señalada por la ley, ni establecerse servicios especiales sin autorización previa del poder ejecutivo, y la escogida por la empresa comporta esencialmente un sobrecargo (...) se habría encontrado el medio, en la creación de servicios especiales, de eludir el contralor de la autoridad pública en detrimento de la comunidad en cuyo beneficio se ha consignado el principio de igualdad, justicia y uniformidad tarifaria"⁽⁶⁵⁾; en el segundo⁽⁶⁶⁾, citado posteriormente⁽⁶⁷⁾, se afirmó

(62) La ley 12.311, ADLA 1920-1940, #11008-12672, pág. 694 y ss., prescribía en su art. 2°, inc. c), ap. 4°, que "[E]l Estímulo de la Corporación de Transportes determinará, además de las cláusulas que sean necesarias] el procedimiento para fijar las tarifas que deberán ser justas y razonables y dar origen a recursos suficientes para: a) Cubrir los gastos de explotación; b) Crear fondos de renovación del material y de reserva para mantener un buen servicio público; y c) Asegurar al capital representado un 7% de interés y su amortización, a cuyo efecto la corporación deberá poner a disposición de la Comisión de Control los libros y documentos que prueben sus entradas".

(63) Fallos, 252:555, cons. 10, párr. 5°.

(64) "Schill, Andrés c. Compañía Unión Telefónica", Fallos, 184:280 (1939).

(65) Fallos, 184:280, cons. 12.

(66) "Ventafriada, Víctor c. Compañía Unión Telefónica pronunciamientos posteriores, por ejemplo "Fernández, Raúl c. Poder Ejecutivo Nacional" [ED, 187-1040], Fallos, 322:3008 (1999), cons. 13 del voto de la mayoría.

(67) "Casa Argentina Scherrer c. Cía. Unión Telefónica del Río de la Plata", Fallos, 197:518 (1943), cons. 12; "Fernández, Raúl c. PEN", Fallos, 322:3008 (1999).

"[q]ue la apreciación de la autoridad administrativa acerca de la justicia y razonabilidad de las tarifas a los fines de su aprobación, es por la ley 750 'facultad privativa del Poder Ejecutivo' y éste puede usarla tanto respecto del pasado, diciéndolo expresamente, como del porvenir, sin que los jueces tengan facultad para revisarla dejándolas sin efecto o para modificarlas en cualquier sentido"⁽⁶⁸⁾.

Ahora, ¿estaba previsto expresamente, en la normativa aplicable invocada por el Alto Tribunal, la exigencia de que la tarifa debía ser justa y razonable? La respuesta, luego de efectuada la lectura de las leyes 750/12, 4408 y 11.253, es negativa. Por ello, puede deducirse que en estos dos fallos, el principio de que las tarifas deben ser justas y razonables se independizó del texto legal para convertirse en un principio autónomo de garantía de control.

Este último fallo, además, es célebre por disociar el ejercicio de control de razonabilidad de las tarifas, del ejercicio de potestad tarifaria, según se recordará al repasar algunos más recientes, *infra*.

3. Tarifa justa y razonable y utilidad justa y razonable

Esta relación fue establecida en el precedente "Telecomunicaciones Internacionales"⁽⁶⁹⁾, concretamente en el voto de los jueces Boggiano y Vázquez. En el caso se debatía la cuestión de las modalidades denominadas "call back", "1-800" y "país directo". La mayoría de los jueces de la Corte Suprema desestimó la queja con invocación del art. 280 del CPCCN; los premencionados jueces, en voto concurrente, afirmaron que los recurrentes no habían demostrado, "siquiera de modo estimativo, que las resoluciones en cuestión alteren el régimen tarifario afectando el derecho de las empresas prestadoras del servicio público de telefonía al mantenimiento de tarifas acordes con los costos de prestación, incluidas las inversiones, más la utilidad justa y razonable que constituye su retribución (...) pues no es admisible sostener que les asista el derecho a obtener ganancias sin límite objeti-

(68) Fallos, 184:306, cons. 14, transcripto íntegramente.
(69) "Telecomunicaciones Internacionales de Argentina S.A. y otros c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos", Fallos, 320:686 (1997).

vo alguno"⁽⁷⁰⁾. Los fallos citados para fundar esta última afirmación incluyen al de "Compañía de Tranvías Anglo Argentina", ya mencionado en el numeral precedente.

De lo afirmado en el fallo puede inferirse que si bien no se invocó expresamente el estándar de la tarifa justa y razonable, se incluyó en el rubro "régimen tarifario" un ítem denominado "utilidad justa y razonable".

4. Tarifa justa y razonable como cuestión reglada

"Prodelco"⁽⁷¹⁾ ofrece, tanto en el voto mayoritario como en el voto del juez Boggiano y en el voto de los jueces Belluscio y Bossert, algunas precisiones más. En los tres se perfila la diferencia entre: a) el ejercicio del control de la razonabilidad de la tarifa, por un lado, y b) el ejercicio de la potestad tarifaria que siempre compete a la Administración⁽⁷²⁾, por el otro⁽⁷³⁾, acorde con la doctrina de "Ventafridda"⁽⁷⁴⁾.

Además, en el voto del juez Boggiano, el estándar de las tarifas justas y razonables es analizado como parámetro legislativamente prescripto y caracterizado. En el mencionado voto, se ubica al estándar en el marco de la historia legislativa relativa a las telecomunicaciones; luego de recordarse el régimen de *price cap* empleado al establecerse el respectivo régimen tarifario, el premencionado magistrado se adentra en la cuestión del "parámetro de la justicia y razonabilidad" de las tarifas, señalando que —en el caso— el mismo ha sido establecido por varias normas, entre ellas, el art. 128 de la ley de comunicaciones 19.798 [ED, 46-957] ("tarifa justa y razonable"), el art. 15, inc. 7º de la ley 23.696 [EDLA, 1989-114] de reforma del Estado ("adecuada equivalencia entre inversión y rentabili-

(70) Fallos, 320:686, cons. 6º del voto de los jueces Boggiano y Vázquez.

(71) "Prodelco c. PEN s/amparo" [ED, 177-621], Fallos, 321:1252 (1998).

(72) Fallos, 321:1252, consids. 7º, 21-23, 29 y 30 del voto de la mayoría; consids. 9º, 11, 12, 15 del voto del juez Boggiano; cons. 12 del voto de los jueces Belluscio y Bossert.

(73) La diferenciación se reitera en "Fernández c. PEN", Fallos, 322:3048 (1999), cons. 13 del voto de la mayoría.

(74) Crítico hacia esta diferenciación, que implicaría la existencia de, al menos, un área no revisable judicialmente de las tarifas, suerte de cuestión política no justiciable, véase CUADROS, *Bases Constitucionales...* cit., págs. 141/2.

dad") y el art. 15, inc. 7º, ap. a, II y VI de su reglamentación ("rentabilidad adecuada a la inversión privada"), y, finalmente, el art. 16 del decreto 731/89 ("tarifas justas y suficientes para sufragar los costos de una administración eficiente y proveer una utilidad razonable")⁽⁷⁵⁾.

5. Tarifa razonable y razonable rentabilidad o ganancia

En el fallo "Maruba"⁽⁷⁶⁾ se sigue perfilando el concepto que nos ocupa. En el caso, la empresa naviera demandaba los daños y perjuicios derivados del incumplimiento contractual por parte de la demandada, consistente en que durante la vigencia del contrato, se habrían modificado las pautas tarifarias originarias provocando el deterioro de la ecuación económico-financiera del contrato y —en lo que nos interesa— afectando la razonable rentabilidad de la empresa.

La empresa estaba beneficiada por lo prescripto en el art. 5º de la ley 21.892 [EDLA, 1978-334], que establecía que para la determinación de las tarifas por la explotación del servicio se atendería a una "razonable rentabilidad" del permisionario; así lo entendió la Corte al afirmar que, para la determinación de las tarifas, dado que la autoridad de aplicación estaba obligada a asegurar esa razonable rentabilidad, dicha pauta "atenuaba sensiblemente el riesgo empresarial"⁽⁷⁸⁾. En esta línea argumental, se concluyó en que la actora —acreedora de una "razonable rentabilidad"— no había acreditado los perjuicios que invocaba porque tuvo "ingresos razonables", y "no tuvo quebrantos... sino que, por el contrario, hubo utilidad en el acumulado"⁽⁷⁹⁾. Sin embargo, en el mismo decisorio, al tratarse el agravio relativo al pretendido pago de un precio superior al valor de tasación por los remolcadores en su conjunto —con lo que obtuvo una mejor posición para resultar adjudicataria en las licitaciones respectivas, según se afirma en la

pieza— ya no se emplea la referencia a la tarifa que debe asegurar una razonable rentabilidad sino que se asevera que "la tarifa razonable cuya percepción se garantizó" se calcula "sobre la base de una normal y racional prestación del servicio"⁽⁸⁰⁾.

Se registra así una disociación: tarifa razonable y precio pagado por los remolcadores. Y se registra una asimilación: como lo que se garantizó es una razonable rentabilidad (art. 5º, ley 21.892), debemos entender que la expresión "tarifa razonable", empleada en la transcripción parcial precedente, se refiere a "tarifa que asegure una razonable rentabilidad". En resumen, en este fallo parece definirse tarifa razonable como tarifa que garantiza una razonable rentabilidad; tal garantía sólo se vería enervada si se verificaran "quebrantos" en la explotación de la concesión⁽⁸¹⁾, no bastando a los efectos de pretender un resarcimiento la mera demostración de las "diferencias" que pudieren surgir de comparar la facturación por los servicios prestados y la que resultaría si se hubieren mantenido las tarifas vigentes al momento de celebración de los contratos⁽⁸²⁾.

En similar línea se ubica el fallo dictado en autos "Empresa Distribuidora Sur, S.A."⁽⁸³⁾; en este caso, se analizaba la constitucionalidad de la aplicación de los impuestos inmobiliarios y automotores sobre bienes inmuebles o vehículos de propiedad de la empresa actora, distribuidora de energía eléctrica; la mayoría declaró la inconstitucionalidad del respectivo régimen. Se generó, empero, una disidencia suscripta por los jueces Nazareno y Vázquez, quienes se remitieron a los fundamentos y conclusiones del dictamen de la Procuración, suscripto por la Dra. Reinz. En dicho dictamen se afirma que "[s]i bien la actora ha alegado una afectación del servicio público debida a la incidencia de estos dos gravámenes, no ha intentado demostrar que así fuera"; agrega que "no ha demostrado siquiera indiciariamente que incidan ni en su razonable ganancia, ni en la calidad del servicio que presta, ni que lleven a un desarreglo en las tarifas que

(80) Fallos, 321:1784, cons. 19.

(81) Fallos, 321:1784, cons. 15.

(82) Fallos, 321:1784, cons. 15 y 16.

(83) "Empresa Distribuidora Sur, S.A. (EDESUR, S.A.) c. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa", Fallos, 322:2624 (1999).

(75) Fallos, 321:1252, cons. 11 del voto del juez Boggiano.

(76) "Maruba, S.C.A. Empresa de Navegación Marítima c. Ministerio de Obras y Servicios Públicos Secretaría de Marina Mercante", Fallos, 321:1784 (1998).

(77) Para un comentario de este fallo, véase Caplan, Ariel R., *La Visión de los Usuarios sobre un Fallo de la Corte*, en LL, 1999-F-454 y ss., especialmente sección IV *in fine*.

(78) Fallos, 321:1784, cons. 14.

(79) Fallos, 321:1784, cons. 15.

viene a quedar desplazado por un más concreto control de la razonabilidad de los motivos de eficiencia alegados por el demandado. Volvemos sobre este aspecto en la sección final de este irabajo.

IV Ambito de aplicación del estándar

Un interrogante que naturalmente surge en derredor del principio o estándar que nos ocupa es el relativo a su aplicación exclusiva a las tarifas reguladas bajo el sistema de rate of return o tasa de retorno o tasa de rendimiento, por un lado, o si se aplica también a las tarifas reguladas bajo un sistema de price cap o de precio tope o de precio máximo, por el otro.

Señala agudamente TAWN(97) que, si bien se trata de un concepto firmemente asentado en la materia, la recepción del principio de razonabilidad y justicia de las tarifas "no deja de producir interrogantes" en punto a su compatibilidad con esquemas tarifarios utilizados en diversos regímenes(98) y establecidos sobre bases conceptuales distintas a los sistemas de control de costos y tasa de retorno, tal como acontece con el sistema inglés de price cap.

Otra doctrina se ha pronunciado a favor de la inclusión directa o indirecta -generalizada, entendemos- del mentado estándar en los marcos regulatorios de los servicios públicos, la cual se habría concretado no "metajurídicamente" sino en el texto expreso de la ley 23.696 y su decreto reglamentario(99).

La doctrina inglesa en materia de regulación ha dado una respuesta al menos a la cuestión de la aplicabilidad, al sistema de price cap -que se empleó como modo de regulación de las tarifas de los servicios públicos privatizados(100) dadas las inconveniencias halladas en el régimen de regulación por rate of return- del principio de

(97) TAWN, Licencia y Contrato... cit., pág. 474, expliándose acerca del art. 14 del proyecto de ley elaborado por la comisión creada por Res. 421 del 10/12/97 del Ministerio de Justicia.
(98) Cita el caso de las telecomunicaciones, el gas, los aeropuertos, entre otros.
(99) BEVILLACQUA, Principios Generales..., cit., pág. 526, y n. 15. Véase también, en este sentido, el voto del juez Boggiano en "Prodelco".
(100) TAWN, Guano, Avances Regulatorios..., cit., pág. 6 y n. 61.

deo -control de oportunidad, como vimos- sino que estimó que la cuestión hacia a la "potestad tarifaria inherente al Estado"(88) o al ejercicio de una "atribución inherente a la autoridad administrativa"(89), no ejercida indebidamente(90). Puede de ello colegirse que no mereció ser tachado de injusto o de irrazonable el redondeo de tres centavos que impugnaba el actor por ser fruto del ejercicio de esa potestad tarifaria.

En el voto del juez Boggiano se afirmó que "las decisiones que el Estado adopte en materia de fijación, aprobación o verificación de tarifas son connotables judicialmente en lo referente a su legitimidad", de acuerdo con las "condiciones establecidas normativamente... y contractualmente"(91). En el caso, a la luz del marco normativo y contractual, no se advirtió violación de "los límites de legalidad y razonabilidad"(92). Además, el actor no llegó a demostrar que el incremento tarifario fuera "manifiestamente desproporcionado con los servicios prestados, es decir, que se le exigiera más que el valor justo y razonable por la prestación del servicio utilizado"(93), correlacionándose razonabilidad con proporcionalidad.

Finalmente, la disidencia del juez Petracchi, luego de afirmar que la determinación de la tarifa constituye ejercicio de una facultad discrecional(94), irrevisable en principio(95), debe hacerse excepción a dicha regla cuando la decisión administrativa en la materia se traduce en "actos abusivos o arbitrarios"(96). Aparentemente, en el caso no se daba tal supuesto ya que se afirma seguidamente que "en la especie, sólo cabe al Tribunal examinar si los motivos de eficiencia... expuestos por el demandado en la causa para justificar el redondeo, son o no razonables". El control de razonabilidad del redondeo, entonces,

(88) Fallos, 322:3008, cons. 19 del voto de la mayoría.
(89) Fallos, 322:3008, cons. 16 del voto de la mayoría.
(90) Fallos, 322:3008, cons. 20 del voto de la mayoría.
(91) Fallos, 322:3008, cons. 15 del voto del juez Boggiano.
(92) Fallos, 322:3008, cons. 16 del voto del juez Boggiano.
(93) Fallos, 322:3008, cons. 20 del voto del juez Boggiano.
(94) Fallos, 322:3008, cons. 7º del voto del juez Petracchi.
(95) Fallos, 322:3008, cons. 9º del voto del juez Petracchi.
(96) Fallos, 322:3008, cons. 9º del voto del juez Petracchi.

debe aplicar"(84). La razonable ganancia aludida se inserta en el marco de la tarifa justa y razonable requerida en el respectivo marco regulatorio. Puede decirse, entonces, que en ese margen de razonabilidad, según la disidencia citada, cabe la absorción del impuesto en la medida en que no se provoque un desarreglo o desequilibrio en las tarifas que aquélla aplica, test similar pero menos exigente que el empleado en "Maruba", que llegó a aludir a quebrantos, no bastando las meras diferencias.

6. Innecesariedad del test

En el caso "Fernández"(85), que versaba sobre la constitucionalidad del acto de aprobación del redondeo por encima del centavo en el marco del cuadro tarifario del servicio de subterráneos(86), cabe destacar, amén de la opinión mayoritaria, las opiniones de los jueces Boggiano y Petracchi. El primero, en un voto concurrente, relacionó el concepto de tarifa justa y razonable con la idea de proporcionalidad entre valor y servicio prestado, y en la disidencia del juez Petracchi se calificó lo justo y razonable como no abusivo o arbitrario. Sintéticamente, así se pronunció la Corte Suprema:

La mayoría sostuvo que "[e]sa doctrina [de Ventafridaj] fue recientemente recordada por este Tribunal [en Prodelco] para ratificar la diferencia entre el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas, del ejercicio mismo de la potestad tarifaria, que no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe substituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad"(87). Siguiendo esa divisoria, en el caso, la Corte no ejerció el control de la legalidad, razonabilidad o proporcionalidad del redondeo.

(84) Fallos, 322:2624, sección X del Dictamen del Procurador General.
(85) "Fernández, Raúl c. Estado Nacional (PEN) s/ amparo ley 16.986", Fallos, 322:3008 (1999).
(86) Para el aspecto de la legitimación activa en este fallo véase MORELLO, AUGUSTO M., Una Legitimación de Tres Centavos, en JA, suplemento del 26/7/2000, pág. 10 y ss. Acerca de la cuestión de fondo, véase la opinión de RODRÍGUEZ, MARÍA J., La Potestad Tarifaria de la Administración en un Reciente Fallo de la Corte Suprema de Justicia - La justificación del redondeo de la tarifa en el caso "Fernández": ¿hacia una nueva tipología de motivación in aliunde ex post facto, producida en instancia judicial...?, en ED, 187-1040.
(87) Fallos, 322:3008, cons. 13 del voto de la mayoría.

tarifa justa y razonable ligado al sistema de tasa de rendimiento o rate of return, de fuerte arraigo en los Estados Unidos(101).

Es que, en realidad, y como se ha concluido entre los británicos, ambos regímenes no parecían ser tan diferentes(102). Al revisarse el factor X, se toman en cuenta, entre otros, el valor de los activos, el costo del capital, la tasa de crecimiento de producción y demanda esperadas, y el avance de la competencia. Los ingleses eligieron el sistema de price cap porque no requería de mediciones más o menos complicadas del capital o de la tasa de rendimiento o rate of return. Pero, se asegura, si bien el price cap no requeriría de tales mediciones, aparentemente, los reguladores, al momento de la revisión tarifaria, dada su preocupación por la eficiencia de asignación (allocative efficiency), han tenido que tomar en consideración tales elementos(103). Entonces, sería natural que un estándar -de tarifa justa y razonable- asociado al sistema de tasa de rendimiento o rate of return pueda ser trasladable al ámbito de las tarifas reguladas bajo el sistema de price cap. Ello, sin embargo, no deja a salvo la preocupación señalada por TAWN, mencionada ut supra, en tanto no se diseñe un sistema en el cual converjan ambos tipos de regulación, como se ha propuesto en la doctrina regulatoria inglesa dadas las desventajas detectadas en el sistema que prevaleció en las privatizaciones inglesas(104). Tampoco salva las advertencias formuladas, por ejemplo, por BUDASSI(105) respecto de la conveniencia de este estándar o mecanismo -en sus términos- de control de las tarifas.

(101) ARMSTRONG, MARK, COWAN, SIMON y VICKERS, JOHN, Regulatory Reform Economic Analysis and British Experience, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1999, pág. 165 y ss., esp. pág. 174.
(102) ARMSTRONG et al., Regulatory Reform..., cit., pág. 174.
(103) ARMSTRONG et al., Regulatory Reform..., cit., pág. 174. En igual sentido, NEWBERRY, DAVID M., voz "Rate of Return Regulation versus Price Regulation for Public Utilities", en Newman, Peter (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Macmillan, Londres, 1998, vol. 3, pág. 205 y ss., esp. pág. 207. Ampliar en MANA, ISMAEL, Una Visión Seguida de la Regulación, en Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, N° 256, pág. 101 y ss., esp. pág. 103.

(104) NEWBERRY, Rate..., cit., pág. 206. "Although there are forces encouraging the convergence of the two systems of regulation, there remain important differences between them, at least as practised in the US and Britain".
(105) BUDASSI, Licencias y Concesiones..., cit., pág. 245.

V Tarifa justa y razonable y tarifa óptima

Retomando la divergencia reseñada en la sección II de este trabajo, y a fin de arribar a las conclusiones necesarias para delimitar el concepto que nos ocupa, podemos señalar que, bajo el criterio de racionalidad⁽¹⁰⁶⁾ o de justificación racional⁽¹⁰⁷⁾ que debe gobernar toda decisión, administrativa o judicial, acerca de la justicia y razonabilidad de la tarifa, el apego al análisis económico, contribuyente al logro de una tarifa óptima y no meramente satisfactoria o razonable, ciertamente brindará mayor certeza o previsibilidad a la decisión. En pos de esa certeza o seguridad, resulta inevitable adherir a la concepción de BONBRIGHT en cuanto a que no basta contentarse con principios de tarifas jurídicamente razonables, sino también económicamente óptimas, o cercanas a este ideal configurando la razonabilidad admisible para la Economía.

Por otro lado, y en detrimento de la tesis pro-piciada por GOODMAN, puede recordarse que, en el campo del control judicial, el *test* de búsqueda del equilibrio de los intereses (*balancing of interests test*) ha sido calificado por respetada doctrina como ajeno al control judicial de los actos dictados en ejercicio de las competencias constitucionales asignadas por los arts. I, II y III de la Constitución norteamericana, entre los que se incluyen los emanados de las comisiones reguladoras en tanto integrantes de la Administración⁽¹⁰⁸⁾, creadas bajo el art. I⁽¹⁰⁹⁾.

No debemos olvidar, además, que lo que está en juego en toda determinación de una tarifa

justa y razonable es un juego tripartito⁽¹¹⁰⁾ de intereses: a) los de los usuarios o consumidores⁽¹¹¹⁾, b) los de la empresa prestadora⁽¹¹²⁾, y c) los de la sociedad en pleno⁽¹¹³⁾. Y en la determinación, inciden múltiples factores, tales como el costo del servicio⁽¹¹⁴⁾ y el valor del servicio⁽¹¹⁵⁾, la voluntariedad en la contratación⁽¹¹⁶⁾, las condiciones de competitividad, la influencia de las anteriores tarifas aprobadas, entre otros. Todos estos factores pueden ser demasiados a los efectos del mentado equilibrio.

A mayor abundamiento, consideremos que el sistema regulatorio mismo determina mecanismos diversos a fin de mitigar los efectos socialmente desfavorables que una tarifa económicamente óptima puede acarrear: así, por ejemplo, en el campo de las telecomunicaciones, en nuestro país, se asegura el servicio telefónico universal⁽¹¹⁷⁾; se sanciona el abuso de posición dominante en el mercado⁽¹¹⁸⁾; se prohíben los subsidios cruzados⁽¹¹⁹⁾; se reducen las tarifas a abonar por jubilados⁽¹²⁰⁾; entre otras medidas. No son estas sino respuestas legales tendientes a

(110) CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. II, pág. 510.

(111) CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. II, pág. 543, donde agrega que la representación de los usuarios no es ejercida por la Administración; GORDILLO, *Tratado*, cit., t. 2, pág. VI-19, en el sentido de que los usuarios tienen a no pagar tarifas que sean injustas o desproporcionadas.

(112) CASSAGNE, *Derecho Administrativo*, cit., t. II, pág. 545 y sigte., donde invoca la libertad constitucional para el ejercicio de toda industria lícita (art. 14, CN), reglamentable razonablemente (art. 28, CN); GORDILLO, *Tratado*, cit., t. 2, pág. VI-19, donde asevera que las concesionarias y licenciatarias tienen derecho a tener ganancias razonables para asegurar a estabilidad y crecimiento del sistema.

(113) Cuyo órgano supremo es el Estado, conf. BARRA, RODOLFO C., *Principios de Derecho Administrativo*, Abaco, Buenos Aires, 1980, pág. 31.

(114) TAWIL, *Avances*, cit., pág. 5, n. 60, y sus citas; GREEN, RICHARD y RODRIGUEZ PARDINA, MARTÍN, *Reseting Price Controls for Privatized Utilities A Manual for Regulators*, Economic Development Institute Development Studies, The World Bank, Washington, D.C., 1999, pág. 7.

(115) BIANCHI, *La Tarifa*, cit., pág. 42, n. 25, y sus citas.

(116) Respecto del consumidor, ampliar en MURATORIO, JORGE, *La Regulación Constitucional de los Servicios Públicos en la Reforma de 1994*, en CASSAGNE, JUAN CARLOS (Dir.), *Estudios sobre la Reforma Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, pág. 97 y ss., esp. pág. 131.

(117) Decreto 764/2000, art. 3°.

(118) Ley 24.065, art. 19.

(119) Ley 24.065, art. 42, inc. c).

(120) Decreto 764/2000, RGSU, art. 26.

proteger, y hasta fortalecer, un criterio sanamente económico de subsunción de la justicia o razonabilidad de las tarifas a un ideal admisible económicamente⁽¹²¹⁾.

Curiosamente, y en el escenario del Reino Unido, si bien las nociones de control de razonabilidad y de justicia natural se hallan fuertemente insertas en el concepto de revisión judicial en el ordenamiento jurídico de dicho país (y para comprender esta afirmación basten con repasar las obras clásicas⁽¹²²⁾), son casi inexistentes los marcos regulatorios que han echado mano, al menos expresamente, del principio de que las tarifas deban ser justas y razonables. Por ejemplo, en la ley que regula la electricidad⁽¹²³⁾ bajo un sistema de *price cap*⁽¹²⁴⁾, luego de prescribirse que la tarifa a cobrar podrá incluir cargos fijos, cargos en relación con la disponibilidad de energía eléctrica y una ganancia u otro cargo en relación al medidor de consumo eléctrico o planta generadora provista por el proveedor, se establece —en lo relativo a qué puede cobrar la empresa— que el proveedor de la energía eléctrica podrá recuperar “los gastos en los que razonablemente haya incurrido⁽¹²⁵⁾”, pudiendo recuperarlos “en la medida de lo razonable en todas las

(121) De cualquier manera, y dentro de las limitaciones del tópicus del presente trabajo, vale la pena tener presente no sólo el perfil jurídico, o, en su caso, económico, del planteo, sino también su esencia ética: desplazarse más cerca o más lejos de los ideales económicos bien podría significar localizar el problema más cerca o más lejos de ésta última disciplina.

(122) EVANS, J. M., *de Smith's Judicial Review of Administrative Action*, 4th ed., Stevens and Sons Ltd., Londres, 1980, ps. 156 y ss.; SCHWARZ, BERNARD Y WADDE, H. W. R., *Legal Control of Government*, Clarendon Press, Oxford, 1972, ps. 241 y ss. y 253 y ss.; WADDE, WILLIAM, RAGNE-MALM, HANS Y STRAUSS, PETER L., *Administrative Law The Problem of Justice*, Giuffrè, Milán, 1991, ps. 129 y ss. y 169 y ss.; SUPERSTONE, MICHAEL y GORDIE, JAMES, *Judicial Review*, Butterworths, Londres, 1992, ps. 19 y ss. y 152 y ss.; WOLF, HARRY, JOWELL, JEFFREY Y LE SUEUR, ANDREW, *de Smith, Woolf & Jowell's Principles of Judicial Review*, Sweet and Maxwell, Londres, 1999, ps. 248 y ss. y 459 y ss.; CRAIG, P. P., *Administrative Law*, 4th ed., Sweet and Maxwell, Londres, 1999, ps. 401 y ss. y 579 y ss.

(123) *Electricity Act 1989*, Capítulo 29, Parte I; se cita la publicación de The Stationery Office Ltd., Londres, reimpression de 1997, pág. 16.

(124) TRAIN, KENNETH, *Optimal Regulation The Economic Theory of Natural Monopoly*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1997, pág. 317, donde analiza la regulación de los servicios públicos ingleses bajo este sistema.

(125) *Electricity Act 1989*, Capítulo 29, Parte I, sección 19 (1).

circunstancias⁽¹²⁶⁾. Ello, ciertamente, difiere de que la tarifa eléctrica deba ser justa y razonable. En el caso del gas, servicio también regulado bajo el sistema de *price cap*⁽¹²⁷⁾, se fija un precio tope o máximo⁽¹²⁸⁾ para su reventa, sin mencionarse criterios de razonabilidad; lo mismo en materia de agua⁽¹²⁹⁾.

La razón para tal decisión regulatoria puede hallarse en dos factores: por un lado, la actitud de, en general, antipatía de los privatizadores ingleses hacia el enfoque adoptado por los norteamericanos en punto a cómo estos últimos regulan y han regulado a las empresas que prestan servicios públicos; para los ingleses, la regulación norteamericana ha sido “legalista” en extremo⁽¹³⁰⁾. Por otro lado, puede deberse a lo que los estudiosos de la regulación inglesa han denominado como el “evitar las reglas generales”⁽¹³¹⁾; nociones tales como lo justo, lo razonable, lo debido, poseen un amplio margen de interpretación, al igual —valga la paradoja— que el concepto de certeza, el cual aparece más o menos definido según cada caso en particular⁽¹³²⁾. A fin de evitar la incertidumbre es necesario, sostiene la doctrina inglesa, que exista un entendimiento mutuo —y una interpretación mutua— entre, al menos, los intérpretes tanto de sede administrativa como judicial y los miembros del sector regulado⁽¹³³⁾. Ello resulta plenamente de aplicación para las tarifas justas y razonables: los tres sectores deberían compartir una interpretación dada, generando certidumbre o certeza

(126) *Electricity Act 1989*, Capítulo 29, Parte I, sección 19 (1).

(127) TRAIN, KENNETH, *Optimal Regulation*, cit., pág. 317.

(128) *Gas Act 1986*, capítulo 44, Parte I, sección 37(1); se cita la publicación de The Stationery Office Ltd., Londres, reimpression de 1998, pág. 40.

(129) *Water Act 1989*, Capítulo 15, Parte II, Capítulo IV, sección 82(4); se cita la publicación de The Stationery Office Ltd., Londres, reimpression de 1991, pág. 95.

(130) PROSSER, TONY, *Law and the Regulators*, Clarendon Press, Oxford, 1997, pág. 50.

(131) Véase BLACK, JULIA, *Using Rules Effectively*, en McCrudden, Christopher (ed.), *Regulation and Financial Policy and Practice in the Utilities and Financial Services Industries*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pág. 95 y ss., esp. pág. 100.

(132) Ampliar en DIVER, C.S., *The Optimal Precision of Administrative Rules*, en BALDWIN, ROBERT, SCOTT, COLIN Y HOOD, CHRISTOPHER (eds.), *A Reader on Regulation*, Oxford University Press, 1998, pág. 219 y ss.

(133) BLACK, *Using Rules*, cit., pág. 101.

acera de qué se entienda por el concepto jurídico indeterminado que nos ocupa⁽¹³⁴⁾.

VI A modo de conclusión

El debate sobre la subsumción o subordinación del carácter justo y razonable de las tarifas a apreciaciones económicas, que prefieren apoyarse en el ideal del precio óptimo y, eventualmente, en el costo del servicio más la ganancia —desplazando consideraciones de balanceo o equilibrio de intereses— es una realidad tangible en la jurisprudencia de nuestra Corte Suprema. Con lo cual, queda demostrado que la determinación económica del carácter justo y razonable de una tarifa es jurídicamente admisible.

A modo de ejemplo, puede señalarse el razonamiento propiciado en la disidencia del juez Petracchi en la causa "Fernández", voto en el que se efectúan los siguientes controles, propiciados por BONBRIGHT⁽¹³⁵⁾:

a) Costo del servicio⁽¹³⁶⁾: se toma en consideración que al poder administrador le han sido delegadas atribuciones suficientes para "determinar las tarifas respectivas, bien que atendiendo tanto al costo de explotación, como a la utilidad de los usuarios".

b) Racionalidad desde el punto de vista del consumidor⁽¹³⁷⁾: se rechaza la justificación del costo de transacción por ser el ajuste de redondeo superior a la utilidad marginal obtenida por los usuarios en razón de la pretendida mejora del servicio.

(134) Sin embargo, y a fuer de verdad, la disyuntiva entre lo económicamente razonable y lo jurídicamente razonable, pasando por las respuestas meramente satisfactorias o el anhelo del ideal, se ha visto receptado también en el plano europeo, cobrando así mayor razón de ser la preocupación señalada precedentemente (sección IV) respecto de las dificultades emergentes de la aplicación a los sistemas de *price cap* de nociones de adecuación de la tasa de rendimiento de los sistemas de rendimiento, conf. European Policy Forum, *The Report of the Commission on the Regulation of Privatised Utilities*, The Hansard Society, Londres, 1996, pág. 35.

(135) BONBRIGHT, DANIELSEN y KAMERSCHEN, *Principles...* cit., pág. 108 y ss.
(136) Fallos, 322:3008, cons. 6° de la disidencia del juez Petracchi.
(137) Fallos, 322:3008, cons. 10 de la disidencia del juez Petracchi.

c) Atracción de capitales⁽¹³⁸⁾: según BONBRIGHT, la venta del servicio al costo proveerá suficientes recursos para que la empresa pague sus gastos de operación y sus cargos de capital, con más una tasa de rendimiento que atraiga capitales; la excepción se da en el caso de que el servicio esté subsidiado; verificado tal extremo en el caso de que analizamos⁽¹³⁹⁾ y suponiendo que el *quántum* anual derivado del redondeo sería descontado del monto del subsidio, no corresponde el análisis del ítem de referencia.

d) Transferencias compensatorias de ingresos: bajo esta directiva, cualquier persona que con un ingreso dado, debería poder asignar parte de sus ingresos, a costos equivalentes y oportunidades equivalentes, a cualquier otro bien o servicio. Ello está prístinamente explicado en el voto disidente: "es claro que si los usuarios hubiesen sido libres de elegir por sí mismos, difícilmente hubieran aceptado pagar tres centavos y fracción de más por un centavo y fracción de mejora en la calidad del servicio"⁽¹⁴⁰⁾.

En conclusión, la tesis propiciada por el mencionado especialista puede y ha sido aplicada al campo de las tarifas de los servicios públicos en el ámbito nacional; saludable iniciativa, que, esperamos, genere su progrese. Los resultados pueden ser sumamente positivos; mayor certeza o previsibilidad respecto de la decisión, con la consecuencia de que el estándar de tarifas justas y razonables no resultará sino fortalecido. Todo ello, considerando —permítasenos recordarlo— a todos los actores involucrados: por un lado, los consumidores, que aspiran a obtener el servicio más eficiente al menor precio posible; por el otro, las empresas prestadoras del servicio público, que esperan las ganancias suficientes para proteger a sus inversores y atraer las mayores inversiones necesarias para sufragar y promover un funcionamiento eficiente; y finalmente —mas no por ello desmereciéndolo— el interés de la comunidad en general.

(138) Fallos, 322:3008, cons. 11 de la disidencia del juez Petracchi.
(139) Fallos, 322:3008, cons. 11 de la disidencia del juez Petracchi.
(140) Fallos, 322:3008, cons. 10 de la disidencia del juez Petracchi.

La Teoría del Contrato Administrativo y el Derecho Norteamericano

por HÉCTOR A. MAIRAL

Casa más, casa menos ...
Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. — 2. LOS CONTRATOS DEL ESTADO EN EL DERECHO NORTEAMERICANO. — 3. UN CASO RECIENTE. — 4. LOS PODERES IMPLÍCITOS Y LOS CONTRATOS DEL ESTADO. — 5. LA COMPARACIÓN CON EL DERECHO ARGENTINO. — 6. LOS CONTRATOS DEL ESTADO Y LA LEY DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS. — 7. LA SUSTANTIVIDAD SEGUN BARRA. — 8. EL ESTADO ACTUAL DEL DEBATE. — 9. CONCLUSIÓN.

1 Introducción

La impugnación que hace ya dos años formuláramos a la teoría tradicional del contrato administrativo⁽¹⁾ sigue encontrando contradicciones. Varios cultores de nuestro derecho administrativo en su versión más tradicional han salido a la palestra a defender una de las instituciones más caras de la materia. No siempre definen qué posición sostienen en la afirmativa, pero sí dejan en claro que no están de acuerdo con la nuestra. Ahora es el turno del Dr. ALBERTO BIANCHI⁽²⁾ cuya opinión es doblemente interesante ya que une a su condición de especialista en derecho público de vertiente "norteamericana", una rica experiencia en el tema de los contratos con el Estado. Su enfoque es minoritario: el derecho norteamericano también comulgaría con la teoría del contrato administrativo. Minoritario porque, si bien coincide con la opinión que hace algunas décadas expresara GASPAR ARIÑO

ORTIZ⁽³⁾, contraría la opinión receptada que expresa, entre otros, la Enciclopedia de Derecho Comparado⁽⁴⁾. Minoritario y, además, poco convincente: como esperamos demostrar en este trabajo, utilizando las mismas obras que cita BIANCHI, el derecho norteamericano es un ejemplo de cómo se puede reglar la práctica contractual del Estado protegiendo sus intereses pero sin caer en la confusión ínsita en la teoría del contrato administrativo.

De todos modos BIANCHI reconoce que el debate ha modificado la posición mayoritaria sobre el contrato administrativo, si bien tampoco él explica de qué manera y con qué alcances. Por nuestra parte observamos que las cláusulas exorbitantes implícitas, contra las que centramos nuestra crítica, están comenzando a parecer un bien mostrado del cual pocos quieren ser responsables⁽⁵⁾. Si se confirmara esta percepción, y no se preferiera reemplazarlas por un régimen exorbitante de origen doctrinal e idéntica imprecisión en sus consecuencias, la cuestión estaría en gran medida solucionada. Habríamos pasado así de una teoría a una descripción "de tipo didáctico, ilustrativo", como bien señala GORDILLO⁽⁶⁾, con lo que el de-

(3) En su prólogo a la obra de J. I. MONTERO GIL, *Doctrina del Contrato del Estado*, Madrid, 1977.

(4) Ver en el Vol. VII, Cap. IV, "Public Contracts" de la *International Encyclopedia of Comparative Law*, escrito por C. TURPIN.

(5) Tampoco BIANCHI parece apoyarse, al decir "No pretendo justificar la existencia de tales cláusulas ni aplaudir su uso" (ob. cit., ED, 184-905).

(6) Ver su *Tratado de Derecho Administrativo*, t. 1, 4ª ed., pág. XI-21, donde leemos que "Clásicamente se ha buscado explicar las notas generales comunes a estos distintos regímenes jurídicos, pero debe tenerse cuidado en advertir que no se trata de una suerte de inducción empírica válida de reglas generales de las cuales luego se pueda deducir su aplicación a un caso concreto, sino que es tan sólo una generalización de tipo didáctico, ilustrativo."

(1) De la *petigrosidad* o *inutilidad* de una teoría general del contrato administrativo, ED, 179-655.

(2) Algunas reflexiones críticas sobre la *petigrosidad* o *inutilidad* de una teoría general del contrato administrativo (Una perspectiva desde el derecho administrativo de los Estados Unidos) ED, 184-900 y 185-714.