

# EL DERECHO ADMINISTRATIVO

2003

SERIE ESPECIAL



EL DERECHO

BUENOS AIRES



# La experiencia argentina en materia de tarifas reguladas por el sistema de *Price-Caps*

por ESTELA B. SACRISTÁN

*Under pressure...*  
D. BOWIE-QUEEN

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. – II. UN COMPLEJO DE RELACIONES. – III. CUESTIONES ANEXAS. – IV. NOTA SOBRE LOS DISTINTOS SISTEMAS TARIFARIOS. – V. UN ÍNDICE, UN FACTOR DE EFICIENCIA, Y LA PERIODICIDAD. LOS *PRICE-CAPS*. – VI. ADOPCIÓN DE LOS *PRICE-CAPS* EN LAS PRIVATIZACIONES ARGENTINAS. – VII. LA APLICACIÓN DEL ÍNDICE (*TEST I*). – VIII. LA APLICACIÓN DEL ÍNDICE (*TEST II*). – IX. CONCLUSIÓN.

## I Introducción(\*)

El tema de las tarifas de los servicios públicos –al igual que otras tantas cuestiones cotidianas pero trascendentes– ofrece un punto de encuentro para consideraciones tanto económicas como jurídicas, y un punto de confluencia de intereses muchas veces diferentes: tales los del regulador, los de la empresa regulada, los de los usuarios.

Como recordaremos, el capítulo de las tarifas de los servicios públicos privatizados se inserta en el universo de la regulación económica, y a fin de una ordenada aproximación al tema, no podemos dejar de tener presente un concepto fundamental expuesto por CASSAGNE<sup>(1)</sup>: tal el de que el servicio público –al igual que las actividades de interés público– constituyen el “objeto” de la regulación económica.

Tal relación se verifica, de cara a los usuarios del servicio, con mayor “intensidad” cuando me-

dia un monopolio legal –por ejemplo, por habersele conferido al prestador la exclusividad por determinado número de años– o natural –por resultar antieconómica la libre concurrencia, siendo ya clásico el ejemplo de la provisión de agua y cloacas, o el transporte de gas<sup>(2)</sup>–. Asimismo, debemos tener presente que el Estado cumple un rol como gestor del Bien Común<sup>(3)</sup>, conforme enseña COMADIRA; en ese contexto, se sigue que, en el cumplimiento de ese papel, deba proteger al usuario ante los monopolios<sup>(4)</sup>.

Al mismo tiempo, y de cara a la relación entre el prestador del servicio y la autoridad concedente, recordemos que el régimen de las tarifas constituye uno de los capítulos centrales del pliego respectivo cuando se privatiza el servicio, y por ende, la sección más importante del correspondiente contrato toda vez que el régimen tarifario allí acordado incluye –nada más y nada menos que– la renuncración del prestador.

En el presente trabajo abarcaremos diversos puntos de interés académico en torno a las tarifas, que incluyen, en una primera parte, un breve

(2) CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. II, pág. 512. En sentido concordante, se afirma que hay monopolio natural cuando un mercado es servido en forma más eficiente por una sola firma, conf. HARRISON, JEFFREY, *Law and Economics*, West, St. Paul, Minn., 1995, pág. 220.

(3) COMADIRA, JULIO, *Reflexiones sobre la Regulación de los Servicios Públicos Privatizados y los Entes Reguladores (con particular referencia al Enargas, Enre, CNT y Etoss)*, en su “Derecho Administrativo”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pág. 215. Acerca de la regulación sobre la actividad privada en general, véase BARRA, RODOLFO C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. I, pág. 149 y sigs.

(4) Sobre las privatizaciones con desmonopolización y las privatizaciones con monopolio puede verse GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, t. 2, págs. VI-3/VI-6.

reparo sobre la pluralidad de relaciones en las cuales se hallan inmersas afectándose la caracterización de su naturaleza jurídica; una somera descripción de algunos de los distintos sistemas tarifarios; y algunas precisiones en relación a las tarifas reguladas por el sistema de *price-caps*, que es el modo de regulación por el que, en el ámbito de los cuatro principales servicios públicos, optara el privatizador argentino. Luego nos detendremos en la experiencia argentina en la materia en punto a dicha opción, y en dos importantes *tests* a los que han sido sometidas las tarifas reguladas por el sistema de *price-caps*, en un debate que aún no ha concluido, para, finalmente, esbozar las conclusiones que estimamos pertinentes a la luz del desarrollo efectuado.

## II Un complejo de relaciones

La cuestión de la naturaleza de las tarifas devela su atractivo de cara a un fenómeno que consiste en que, por lo general, el acto de aprobación de las mismas parecería dirigido a una firma prestadora en particular. De allí que, inicialmente, pueda percibirse al respectivo acto como un acto de alcance particular, que abarca a esa determinada prestadora. Empero, si se considera que los efectos de ese acto se propagarán hacia todos los usuarios comprendidos que eventualmente deberán sufragarla, puede también entenderse que se está ante un acto que irradia efectos hacia más allá del destinatario individual originario. A fin de aclarar esta cuestión, no resulta ocioso recordar que las tarifas, según lo ha admitido la doctrina, presentarían una naturaleza jurídica de carácter “doble”. En tal sentido, es menester diferenciar el juego de relaciones que se generan entre la empresa prestadora y la autoridad concedente, por un lado; y la empresa prestadora y los usuarios, por el otro.

Entre empresa prestadora y autoridad concedente existe un contrato; por ende, la naturaleza de la tarifa aparecerá presentando un carácter contractual<sup>(5)</sup>. Para los usuarios, en cambio, la

(5) En cuanto a la licencia, coincidimos con CASSAGNE en que “tanto la concesión de servicios públicos como la figura de la licencia de explotación de servicios públicos constituyen contratos administrativos en razón de su objeto, que reflejan una equivalencia de prestaciones nacida de un acuerdo de voluntades entre la Administración y el particular”, conf. CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. II, pág. 527.

tarifa se presenta como un acto de alcance general, y coinciden en este punto, en el ámbito de la doctrina nacional, tanto CASSAGNE<sup>(6)</sup> como BIANCHI<sup>(7)(8)</sup>.

## III Cuestiones anexas

Antes de indagar en los múltiples modos de regulación de las tarifas es necesario, a modo de guía de análisis, repasar cuáles son las preocupaciones del privatizador en relación al servicio cuando éste va a ser privatizado:

**La firma y su rentabilidad:** Una preocupación primordial del privatizador involucrada en el negocio que se privatiza son las ganancias que pueda obtener la firma prestadora. En la literatura local se han generado encendidos alegatos en contra de la rentabilidad sin límites de la firma, en contra de las ganancias sin límite objetivo alguno<sup>(9)</sup> con las que ella pueda beneficiarse. Esta cuestión, asimismo, se vincula íntimamente con la calidad del servicio pues en pos de la maximización de las rentas podría hacerse peligrar dicho aspecto.

**La red y su expansión:** Además, al privatizador le interesará que el servicio sea expandido, para que sea aprovechado por el mayor número de usuarios. A título de ejemplo, consideremos el universo de usuarios que poseía la ex-Entel cuando era una empresa de propiedad estatal<sup>(10)</sup>.

(6) CASSAGNE, *Derecho...*, cit., t. II, págs. 443 y 522.

(7) BIANCHI, ALBERTO B., *La Regulación Económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, t. I, pág. 327.

(8) Ello, más allá de que, oportunamente, Marienhoff haya asimilado la noción de acto de alcance general a la de reglamento administrativo MARIENHOFF, MICHAEL S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1993, t. II, págs. 226/227: “Los actos administrativos de contenido “general” o “abstracto” hallan expresión en los “reglamentos”(…) Los “reglamentos” no son otra cosa que una especie de actos administrativos”.

(9) Puede verse, entre otros, GORDILLO, AGUSTÍN, *Las Ganancias sin Límite Objetivo Alguno*, en su Cien Notas de Agustín-Notas Asistenciales de un Lustró de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, pág. 138 y sigs.

(10) Conf. la información que se brinda en [www.cnc.gov.ar](http://www.cnc.gov.ar) al momento de la toma de posesión, luego de la privatización de Entel, esto es, en noviembre de 1990, había 3.471.283 líneas instaladas, mientras que a septiembre del 2000, la cantidad era de 8.349.670; la telefonía pública, pasó de 22.549 en noviembre de 1990 a 192.775 en septiembre del 2000.

(\*) Las secciones I a VII de este trabajo se basan en la exposición efectuada el 6/11/01 en el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, cuyo director es el Dr. Juan Carlos Cassagne.

(1) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho Administrativo*, 6ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. II, pág. 513.

Un objetivo primordial en la respectiva privatización en nuestro país fue, por ende, la expansión del servicio a la mayor cantidad de usuarios.

**La eficiencia a desplegar por la firma:** Además, un objetivo del privatizador será que el desempeño de la firma sea eficiente. Si bien este es un concepto de aristas difusas<sup>(11)</sup>, resulta esclarecedor enfocarlo a partir de la denominada ley de Lichenstein<sup>(12)</sup>, de 1966, conforme la cual, sin importar cuán adecuadamente haya sido diseñada una organización —pública o privada— al principio, la misma tenderá inevitablemente, a la ineficiencia<sup>(13)</sup>, ineficiencia X en la terminología del citado autor que puede calificarse de exógena o endógena, según el origen de sus causas<sup>(14)</sup>. En oposición a la mencionada categoría, LIEBENSTEIN sistematizó el concepto de "eficiencia X", que depende de tres elementos: eficiencia motivacional intra-empresa; eficiencia motivacional externa; y eficiencia de *inputs* extra-mercado<sup>(15)</sup>. Aquella ineficiencia puede solucionarse, en el sector privado a través de la actuación de los dueños de la organización o firma. En cambio, en el sector público, su corrección es difícil porque la propiedad de la empresa se halla altamente diluida entre toda la ciudadanía<sup>(16)</sup>; de allí, entendemos, la conveniencia de la privatización. Las empresas de propiedad estatal se caracterizarían, en esta escena, por los costos ineficientemente elevados, hallán-

dose administradas por un nivel gerencial que no es dueño de la empresa o beneficiadas por precios fijados sobre la base de los costos tal que éstos siempre se hallan cubiertos, lo cual —en ambos casos— genera una ineficiencia X<sup>(17)</sup>. La distinción señalada posee relevancia jurídica por dos razones: por un lado, las dos clases de eficiencia que consideramos generan movimientos disímiles (una empresa puede tener una óptima asignación de recursos y elevados costos derivados de contratos laborales incompletos<sup>[18]</sup>); además, el aumento de los ingresos por mediar una mejor eficiencia asignativa resulta trivial comparado con el aumento derivado de una mayor eficiencia X<sup>(19)</sup>.

**Carga regulatoria:** Asimismo, al privatizarse un servicio, se toma en cuenta la carga regulatoria —el trabajo del regulador en la tarea de control— pues lo ideal sería que esa carga no fuera excesivamente pesada; no sería aconsejable que los costos de la regulación —tanto desde el punto de vista del regulador como desde la perspectiva de la empresa regulada— fueran elevados, ya que en ambos casos repercutirían, eventualmente, en los usuarios o en la comunidad toda.

#### IV Nota sobre los distintos sistemas tarifarios

Tomando en cuenta estos objetivos, entonces, veamos, ahora, someramente, cuáles son algunos sistemas tarifarios, según se los considerara antes de la primera de las privatizaciones británicas, que sirvieran de modelo en nuestro país<sup>(20)</sup>.

**Rentabilidad sin límites:** Un modo relativamente sencillo de regular las tarifas podría ser el no regularlas, dejarlas en manos de las reglas del

mercado, permitiendo una rentabilidad sin límites en cabeza de la empresa prestadora. Esta modalidad ofrece un perfil atractivo para el inversor, insta a la expansión del servicio y estimula la eficiencia y la innovación pues ambas poseerán como contrapartida la propiedad plena de las ganancias, sin importar cuán elevadas sean. Asimismo, en este caso, la carga regulatoria será escasa —posiblemente concentrada en la regularidad del servicio— pues la firma misma monitoreará aquellos tres aspectos. Pero en una situación de prestación monopólica del servicio, las tarifas podrían aumentar sin límites hasta que la demanda se tornara inelástica y ya nadie más pudiera sufragar un mayor precio por el servicio. Evidentemente, este modo de no-regulación de las tarifas ofrece irremediables desventajas: no protege al universo de usuarios, y vacía de funciones al ente de control.

**Rentabilidad máxima:** Por ello, podrían regularse las tarifas permitiéndosele a la firma prestadora una tasa de rentabilidad máxima; por ejemplo, el 8% anual, sobre el capital invertido. Ello significa que la firma podrá percibir tarifas de un monto tal que le brinden esa rentabilidad. Esta decisión, acerca de una determinada tasa, es una decisión "económica" e implica definir cuándo una tarifa es justa y razonable como para permitirle a la firma obtener esa rentabilidad máxima<sup>(21)</sup>. En este caso, la empresa no cuida sus costos porque precisamente —lo que se le garantiza es una cierta rentabilidad sobre capital invertido— más allá de los costos; lo cual puede conducir a la denominada "sobrecapitalización" o exceso de inversión en bienes de capital y a la generación de costos operativos ineficientes. La carga regulatoria —tendiente a determinar cuál es el capital invertido sobre el cual se calculará el porcentaje de rentabilidad— será pesada, pues implicará un continuo proceso de admisión o de rechazo de inversiones en bienes de capital para encauzar aquella posibilidad de sobrecapitaliza-

ción, o bien el diseño de un farragoso marco regulatorio que prevea mayoritariamente todas las contingencias que puedan deparar costos para la firma, a los fines de su control.

**Impuesto a la productividad:** En el marco de las privatizaciones británicas, alguna vez se propuso un modo de regulación de las tarifas especialmente diseñado para obtener la expansión del *output* de la empresa; en el caso, se trataba de la privatización de las telecomunicaciones, uno de cuyos objetivos era que se ampliara la respectiva red. Este sistema de regulación de la respectiva tarifa fue denominado ORLP (*output related profits levy*), y conllevaba un impuesto o *leva* a las ganancias derivadas de la producción o *output*. Fue propuesto por WALTERS antes de la privatización de British Telecom, y, en síntesis, consistía en la aplicación del siguiente mecanismo: la empresa, sirviendo a cierto número de usuarios, tendría que sufragar, en concepto de impuesto, un cierto *quantum*, no trasladable a la tarifa. La expansión del servicio implicaría que la firma tendría que sufragar un mayor *quantum* en concepto de impuesto, por lo que para no sufragar un monto mayor, y mantener su rentabilidad, tendría que rebajar las tarifas en la medida de la expansión de la red. Esta alternativa regulatoria fue desechada en oportunidad de la antes mencionada privatización por ser complicada, no estimular la eficiencia, además de ofrecer un valladar importante: el correcto calibrado inicial del impuesto.

**Techo a las ganancias:** También se ha propuesto, como modo de regulación de las tarifas, el establecimiento de un techo a las ganancias (*profit ceiling*). Esta decisión, de índole no ya económica sino política, consiste en definir, por exclusión, qué tarifas son irrazonables. Por ejemplo, dada una rentabilidad fijada en el 5%, se podría establecer un techo o máximo a las ganancias del 9%; a su vez, ese techo del 9% se activaría, o comenzaría a operar, cuando la empresa superara aquel 5%. Esta modalidad también implica una decisión política, y si bien poseería la virtud de incentivar a la empresa mientras el techo está inactivo —pues durante esa inactividad el estímulo a la eficiencia y a la expansión está garantizado— deparando plena propiedad de las ganancias, cuando el techo entra en actividad disminuye ese estímulo. Además, un problema se suscita ante la determinación del

(11) Ampliar en Instituto de Economía Energética Asociado a Fundación Bariloche, *Los Nuevos Marcos Regulatorios en el Sector Energético Argentino*, San Carlos de Bariloche, mayo 1993, pág. 8 y sigs.; y en BUDASSI, IVÁN F., *Licencias y Concesiones Un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina*, en "Revista de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Depalma, 1997, N° 24/26, pág. 227 y sigs., esp. pág. 253.

(12) LIEBENSTEIN, HARVEY, *Allocative Efficiency versus X-Efficiency*, en "American Economic Review", vol. LVI, N° 3, junio 1966, pág. 392 y sigs.

(13) LIEBENSTEIN, *Allocative Efficiency...*, cit., pág. 413; *For a variety of reasons people and organizations normally work neither as hard nor as effectively as they could.*

(14) CONF. VESCO, ADOLFO, *Los Entes de Regulación - Problemas de Diseño y Contexto. Aportes para un Debate Urgente en la Argentina*. Norma, Buenos Aires, 1999, pág. 151.

(15) Ampliar en LIEBENSTEIN, *Allocative Efficiency...*, cit., págs. 406/7.

(16) Tal es la tesis de DONAHUE, JOHN D., *The Privatization Decision*, Harper Collins, s/l, 1989, pág. 49 y sigs., esp. pág. 50.

(17) Ampliar en WEYMAN-JONES, THOMAS G., *Regulating the Privatized Electricity Utilities in the UK*, en Clarke, Thomas y Pitelis, Christos (eds.), *The Political Economy of Privatization*, Routledge, Londres, 1993, pág. 98 y sigs.

(18) El ejemplo es de LIEBENSTEIN, *Allocative Efficiency...*, cit., pág. 407. Acerca de esta clase de contratos, puede verse MATA, ISMAEL, *Panorama del Control sobre los Entes Regulatorios*, en ED, 30(30), sección III.

(19) LIEBENSTEIN, *Allocative Efficiency...*, cit., pág. 413, quien menciona, para la primera, un aumento del 0 al 10%, y uno superior al 10% para la segunda.

(20) Se sigue, en lo principal, a LEITCHFIELD, STEPHEN C., *Regulation of British Telecommunications' Profitability Report to The Secretary of State*, February 1983, Department of Industry, Londres, 1983.

(21) Considerando, como explica MAIRAL, que la razonabilidad de la tarifa hace a lo económico (por ej., a la retribución del concesionario), y la justicia de la tarifa hace a la forma de aplicación de la misma (por ej., en forma no discriminatoria), conf. MAIRAL, HÉCTOR A., *La Determinación de las Tarifas en la Concesión de Servicios Públicos*, en "Revista Argentina de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Universidad del Museo Social Argentino, 1971, N° 2, pág. 54.

techo: si es demasiado bajo y cercano a la tasa de rendimiento esperada, el sistema se convierte en uno de rentabilidad máxima, con el techo a las ganancias operando permanentemente, y si el techo está activado todo el tiempo, desciende el estímulo a la firma, con sus consecuencias negativas.

**Price-caps:** Las desventajas reseñadas llevaron, en la escena británica, al diseño de un modo de regulación de las tarifas de modo tal que se asegurara primordialmente la reducción de las mismas, pero al mismo tiempo se garantizara la eficiencia y, en su caso, la expansión. A tal fin, y en términos generales, se estableció la fijación de un "precio inicial" -que puede denominarse  $P_0$ , o "p" cero- y se concibió que ese precio inicial se fuera reduciendo en función del objetivo de eficiencia que tuviera que alcanzar la empresa, lo cual implica una reducción originada en los ahorros en costos por parte de aquélla. Por eso, en términos generales, puede afirmarse que el sistema de regulación de tarifas por medio de *price-caps* consiste en el establecimiento, por el regulador, de un precio máximo que podrá percibir la empresa como retribución; bajo esta perspectiva, la empresa deberá mantener sus costos por debajo del máximo establecido para obtener ganancias<sup>(22)</sup> porque no puede cobrar más que ese precio máximo. Este sistema fue denominado *price-capping*, y también se lo conoce como sistema de precios máximos o tope.

El estudio de la regulación de las tarifas reguladas por *price-caps* constituye, tal vez, el capítulo más apasionante en esta materia.

Por un lado, devela el encanto de lo simple; por otro lado, parece ofrecer debida protección al usuario que no tiene que pagar las ineficiencias de la firma. Además, la aparentemente escasa carga regulatoria involucrada tendería a desterrar las complicaciones ya señaladas relativas al control de gastos e inversiones. Se induce a la empresa a ser eficiente pues no conlleva, *prima facie*, la imposición de un límite a las ganancias de aquélla. Veamos, ahora, con mayor detalle, algunas particularidades de esta modalidad.

(22) LORRENTI, PEDRO M., *Aproximación al Régimen Jurídico del Sector Eléctrico en la República Argentina y a sus Fuentes en el Derecho Comparado*, en "Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública", Editorial Ciencias de la Administración, N° 227, pág. 83 y sigs., esp. pág. 90.

## V Un índice, un factor de eficiencia, y la periodicidad. Los price-caps

Para comprender este modo de regulación de las tarifas, denominado *price-capping*, resulta de inevitable consulta el Informe elaborado por STEPHEN LITTLECHILD, profesor de Commerce de la Universidad de Birmingham, elaborado en 1983, previo a la privatización de British Telecom<sup>(23)</sup>. Dicho informe, de escasa extensión pero de innovador contenido, se denomina *Regulación de las Ganancias de British Telecom -Regulation of British Telecommunications' Profitability-*, y representa la presentación en sociedad del sistema de reducción de tarifas que nos ocupa, habitualmente denominado con la expresión "RPI-X". Veamos, ahora, en detalle, cómo opera este modo de regulación de las tarifas. Tengamos en cuenta, liminarmente, que el mismo conlleva un "índice" y un "factor", por un lado; y una "frecuencia" o *timing* o periodicidad, por el otro.

**Planteo:** En primer lugar, se fija una tarifa inicial con un valor o precio fijo, preestablecido. Dicha tarifa inicial se elabora tomando en cuenta el precio de los bienes y servicios involucrados en el servicio en particular. Y, a los fines del reajuste de ese precio fijo, se pone en juego un "índice" y un "factor".

El "índice" compensa las variaciones de los precios de los productos o servicios cuyos valores se tuvieron en cuenta para fijar el precio inicial preestablecido. De allí que su no inclusión implicaría que la firma tendría que absorber esas variaciones, que son extrañas a su giro, que le son exógenas. Generalmente se establece en los marcos regulatorios que el índice será aplicado en forma semestral.

El "factor" que se incluye en la fórmula es un factor de eficiencia<sup>(24)</sup> que se relaciona con la función de regulación incentiva o por incentivos<sup>(25)</sup>. Se lo establece *ex ante*, a modo de esti-

(23) LITTLECHILD, S., *Regulation of British Telecommunications' Profitability...*, cit. n.º 20.

(24) Salvo algunas menciones puntuales, no nos ocuparemos en este trabajo del factor K de inversiones en detalle, señalando provisionalmente que dicho factor se emplea en fórmulas que prevén la aplicación del índice y la aplicación del factor de eficiencia; si bien éste se resta, el factor de inversiones se suma. Véase la nota y su cita.

(25) WEYMAN-JONES, *Regulating...*, cit., pág. 102.

mación para el futuro, y rige, por lo general, por cinco años. Por ejemplo, podría establecerse como objetivo de eficiencia que la firma fuera un 2% más eficiente durante un quinquenio<sup>(26)</sup>.

Para inducir la eficiencia, del juego de ambos elementos -índice y factor- tenemos que considerar que cuando las tarifas se regulan mediante este modo, el precio se reajusta en un porcentaje "algo inferior" al índice: se lo reajusta en un porcentaje igual al índice "menos" el factor de eficiencia, precisamente para inducirla. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, para ciertos servicios, se emplea la fórmula  $P_1 = P_0 (RPI - X)$ , donde RPI significa *retail price index* o índice de precios minoristas<sup>(27)</sup>. Un ejemplo práctico sería el siguiente: dado un índice del 3% y un factor de eficiencia de 2%, las tarifas se reajustan en un 1%, pues  $3\% - 2\% = 1\%$ . Si el precio anterior es de 100, el nuevo valor será de  $100 + 1\% = 101$ . Ese es el precio tope o máximo que podrá cobrar la empresa.

Vale la pena aclarar que si no se estableciera el reajuste por el índice, la firma tendría que absorber aquellas variaciones de costos, que le son exógenas. Y si no se estableciera un factor de eficiencia, la firma no tendría por qué ser eficiente, y sus ineficiencias serían sufragadas por los usuarios<sup>(28)</sup>. Desde el punto de vista del riesgo, por ende, se opera un reparto: la incidencia del índice se traslada a la tarifa que sufraga el usuario, y el deber de cumplimiento del objetivo

(26) Pueden verse ejemplos en GRAHAM COSMO, *La Regulación de las Industrias Privatizadas*, en "Primer Seminario Internacional sobre Aspectos Legales de la Privatización y la Desregulación", agosto 9/11 de 1989, Suplemento de Régimen de la Administración Pública, Editorial Ciencias de la Administración, Buenos Aires, s/f, pág. 159 y sigs., esp. pág. 162.

(27) En el Reino Unido, al igual que entre nosotros, existen, bajo el sistema de *price cap*, pluralidad de fórmulas algebraicas, según de qué servicio se trate, empleándose, además del factor X, otros factores. Para una enumeración completa de las fórmulas, tal como, en su versión simplificada, coinciden tanto el sector regulador como las empresas reguladas, puede consultarse National Consumer Council, *Paying the Price A Consumer View of Water, Gas, Electricity and Telephone Regulation*, H.M.S.O., Londres, 1993, pág. 157 y sigs.

(28) Vale la pena señalar que, antes de la privatización del transporte y distribución de gas y electricidad, y la desregulación total de la actividad de generación, nuestro país tenía que importar electricidad, al igual que gas. Hoy los guarismos se han invertido, exportándose gas y electricidad a Chile, Uruguay y Brasil.

de eficiencia recaerá plenamente sobre la empresa bajo su exclusiva responsabilidad. Asimismo, al emplearse bajos índices de economías estables, se detierra la posibilidad de efectos inflacionarios locales.

Desde el punto de vista técnico, esta clase de regulación de las tarifas se corresponde con la implementación de mecanismos que, ante un mercado monopólico por razones legales o naturales, recrean características propias de los mercados competitivos -mediante la inclusión de incentivos a la eficiencia- para la protección de los consumidores<sup>(29)</sup>.

El establecimiento de la frecuencia (*timing*) de la revisión, o del período para la vigencia del cual se establecerá el objetivo de eficiencia, se erige en un elemento exógeno<sup>(30)</sup>, de cumplimiento irreversible. El período por el cual generalmente se fija el objetivo de eficiencia es -como vimos- un quinquenio. Así, cada 5 años, se establecerá un nuevo objetivo de eficiencia a cumplir por la firma en los siguientes cinco años. La referencia a la revisión quinquenal es, entonces, automática, pues sólo depende del paso del tiempo. Por ejemplo, un firma determinada, sujeta a un factor X igual a 0% en el quinquenio inicial al suscribirse el respectivo contrato, puede hallarse bajo la obligación de cumplir con un factor X igual a -3% para su segundo quinquenio prestando servicios. Ello significa que el regulador espera que la empresa sea, en el nuevo quinquenio, un 3% más eficiente que en el período anterior, esto es, que incurra en ahorros en la medida de ese porcentaje. A título de ejemplo, dado un índice del 8%, y un factor X para el segundo quinquenio redeterminado en un -3%, durante dicho segundo quinquenio la empresa podría elevar sus precios en un 5% ( $8\% - 3\% = 5\%$ )<sup>(31)</sup>.

**Derivaciones:** Puede afirmarse que, teóricamente, si la empresa ahorra en costos y se com-

(29) Recordemos que mientras el factor X se "resta", en la determinación del *price cap*, el factor K se "suma", siendo este factor K el que premia las inversiones efectuadas por la empresa y el que posibilita que no caiga la tasa interna de retorno, conf. BIANCHI, *La Regulación...*, cit., t. I, pág. 347 y sigs.

(30) LAFFONT, JEAN-JACQUES y TIROLE, JEAN, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993, pág. 17 y sigs.

(31) Ampliar en GRAHAM COSMO, *La Regulación de las Industrias Privatizadas...*, cit., pág. 164.

porta más eficientemente de lo que había establecido el regulador, sus ganancias, durante un período dado, aumentarán, llegando incluso a ser mayores; por el contrario, si se comporta menos eficientemente en relación al objetivo de eficiencia prefijado, sus ganancias se reducirán en la medida de su ineficiencia. A su vez, aquellos ahorros en eficiencia serán tomados en cuenta por el ente regulador al momento de fijarse el factor X para el siguiente —tercer— período, cuestión sobre la que volveremos *infra*. Ciertamente, las ganancias derivadas del objetivo de eficiencia prefijado o de los ahorros de la firma no podrán llegar a ser tan elevadas como para hacer peligrar la calidad del servicio<sup>(32)</sup> o las condiciones de seguridad en las cuales se lo presta.

Nótese que a diferencia del régimen de *cost plus*<sup>(33)</sup>, que regula las tarifas tal que se cubran todos los costos históricos —de cualquier origen— de la firma, el *price-cap* implica que el regulador haga una proyección de los costos hacia el siguiente período, hacia el futuro, y permita tarifas que los cubran durante el período inmediato siguiente<sup>(34)</sup>.

Además, tengamos presente que este “sistema de reducción de las tarifas” implica no un descenso de las mismas sino un reajuste, en un grado menor que el índice de variación de costos de aquellos productos y servicios que se tomaron en cuenta para fijar el precio inicial. Por eso, puede decirse que la reducción se opera intrínsecamente, pero no de cara a aquellas variaciones de precios de bienes y servicios consideradas al

(32) Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, 1999, pág. 415; DEYOTO, ALBERTO E., *Regulación y Control del Servicio de Electricidad en Argentina*, en Barrionuevo, Arthur y Lahera, Eugenio P. (editores), *¿Qué hay de Nuevo en las Regulaciones?*, Buenos Aires, Fudeba CLAD, 1998, pág. 77.

(33) Acerca del sistema de *cost-plus*, véase LORDENT, *Aproximación...*, cit., pág. 89, quien lo identifica con el sistema de tasa de rendimiento o de tasa de retorno o *rate of return regulation*. Se ha dicho que el marco regulatorio argentino del gas poseería un fuerte componente de *cost-plus* desde la óptica británica, conf. LEWINGTON, ILKA, “Experiences and Trends in Utility Regulation: Developing and Transforming Economies”, en *Regulatory Review 1997*, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1997, pág. 158.

(34) BALDWIN, ROBERT y CAVE, MARTIN, *Understanding Regulation Theory. Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pág. 228.

momento de fijarse el cuadro tarifario inicial. Lo contrario implicaría hacer recaer sobre la firma la incidencia de dichas variaciones, que en el reparto de riesgos —como vimos— viene a incidir sobre quien sufragó la tarifa. Esta consideración así como las restantes, —repasadas en esta sección— integra el núcleo del sinalagma al suscribirse el respectivo compromiso. Se sigue, entonces, que la eliminación de uno de los elementos de la fórmula incidiría, *per se*, en los restantes, alterando dicho núcleo contractual.

**Caracteres:** Según se desprende del premencionado informe, la regulación de las tarifas mediante *price-caps* posee las siguientes notas diferenciadoras, algunas de las cuales podrían parecer sorprendentes, pero que guardan —entendemos— arreglo con la importancia económica de la respectiva privatización a la cual se halla dirigido el mismo<sup>(35)</sup>, esto es, la de la empresa estatal británica British Telecom:

a) Convencionalidad: En el esquema original ideado por Littlechild, el factor X inicial se acuerda entre la autoridad y la empresa, y generalmente es producto de una negociación entre ambas.

b) Finalidad: Ese acuerdo o negociación hace a cuánto se espera que la empresa reduzca sus costos, o cuánto más eficiente se espera que sea. Las tarifas se reducirán en la medida de la mayor eficiencia de la firma.

c) Limitación: La empresa podrá reducir costos, esto es, ahorrar, pero sin hacer peligrar el servicio, su calidad, las condiciones de seguridad a las que se obligara.

d) Periodicidad: El factor inicial se fija en el respectivo contrato; al cabo del cuarto año se trabaja en sede regulatoria en la revisión del factor X que regirá durante el siguiente segundo quinquenio; al noveno año en dicha sede se trabaja en la redeterminación del factor para el tercer quinquenio, y así sucesivamente.

e) Fijación *ex ante*: Al privatizarse el servicio, el factor X inicial se fija para el primer quinquenio, o sea, para el futuro; el factor redeterminado se determina para regir a partir del momento cero del segundo quinquenio, y así sucesivamente.

**Ventajas:** Los beneficios o ventajas de este modo de regulación de las tarifas, así caracterizado, son, entre otros, los siguientes:

(35) Citado en nota 23.

Desde el punto de vista del monopolio, los usuarios tienen una garantía de reducción de costos, y de reducción de las tarifas, por parte de la empresa.

Desde el punto de vista de la inducción a la eficiencia, se insta la innovación. En el esquema original concebido por Littlechild, las reducciones de costos dentro de X son aprovechadas por los usuarios, con lo que “los usuarios se convierten en socios del prestador” y se benefician con sus ahorros. Al mismo tiempo, a condiciones de calidad de servicio dadas, las reducciones de costos que exceden el objetivo de X, son conservadas por el prestador e integran su propiedad<sup>(36)</sup>, por lo que se cumple la función de atracción de capitales.

Finalmente, desde el punto de vista de la carga regulatoria, como no se está regulando la rentabilidad de la firma sino el precio que la firma percibe, no se atiende intensamente a cuestiones de inversiones de capital o asignaciones de costos o tasa de rentabilidad, o eventuales sobrecapitalizaciones, pues se espera que la firma misma controle tales aspectos. Nos permitimos, sin embargo, destacar la trascendente operación que anida en este modo de regulación de las tarifas para el ente de control: tal la determinación del factor de eficiencia, en marcos regulatorios en los que —como los de nuestro país— es el regulador el que, en base a la información que obtiene de la firma, determina el factor<sup>(37)</sup>, tarea delicada en extremo pues puede poner en juego el futuro de los usuarios o la viabilidad del negocio. En efecto, un factor de eficiencia demasiado “laxo” no implicará mayores exigencias de ahorros en eficiencia por parte de la empresa, y en ello se perjudican los usuarios. Por otro lado, un factor de eficiencia demasiado tenso o “exigen-

te” podría dificultar el giro de la empresa, o incluso tornar el negocio inviable.

Asimismo, huelga reiterar que los elementos de la fórmula forman una integralidad en la cual ninguno de los elementos podría ser eliminado sin afectar a los restantes. Esta cuestión será analizada con mayor detalle en las secciones siguientes, pues devela incidencia directa en el análisis de la situación a fines de 1999 y principios del 2000, generalizada con la sanción de la ley de emergencia económica 25.561 [EDLA, 2002-A-31]<sup>(38)</sup>. Por lo demás, en el delicado equilibrio señalado, no podríamos soslayar —si bien su estudio pormenorizado excede los límites del presente— la precisa incidencia que en el mismo juegan aquellos costos que deben ser trasladados —*passed through*— conforme el compromiso originario, como es el caso de la cláusula de estabilidad tributaria<sup>(39)</sup> o la incidencia de las variaciones en las cargas patronales<sup>(40)</sup>, suscitándose, según los casos, aumentos o disminuciones tarifarias<sup>(41)</sup>.

Repasemos, entonces, cuál ha sido la experiencia en nuestro país en relación a la introducción de los *price-caps*, no sin antes señalar la fuerte influencia británica que signa dicho proceso, con fundamentos en las más modernas tendencias regulatorias consagradas en las privatizaciones llevadas a cabo en la década del 80 en el Reino Unido.

## VI Adopción de los *price-caps* en las privatizaciones argentinas

Se ha señalado que el modo de regulación antes descripto ha sido, en términos generales, el

(38) B.O. 7/1/02.

(39) Sobre esta cuestión pueden verse CAPLAN, ARIEL, *A propósito de un reciente fallo: pestificación, devolución y tarifas*, en I.L., Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo, del 14/02/03, ps. 1/8; y BRICHETTO, MARCELO, *Servicio Público. Riesgo Empresarial y Estabilidad Fiscal*, en “Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública”, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2003, N° 294, págs. 79/88, quien hace especial hincapié en la noción de riesgo regulatorio.

(40) Acerca de ello puede verse LUCIBINO, ANDRÉS D., *La Reducción de los Aportes Patronales y su vinculación con las Tarifas de Servicios Públicos*, en “Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública”, Ciencias de la Administración, Buenos Aires 1996, N° 210, págs. 133/137.

(41) Puede verse, asimismo, CNACAF, sala II, “Metrogas”, 11/7/00.

(36) En igual sentido, LAFFONT y TROLE, *A Theory...*, cit., pág. 19: *In principle, price caps are not determined by previous rate of returns*; BASTOS, CARLOS MANUEL y ABDALA, MANUEL ÁNGEL, *Transformación del Sector Eléctrico Argentino*, 2ª ed., Buenos Aires, 1995, pág. 244: “Hay que dejar que las empresas que tomaron riesgo puedan obtener los beneficios de su comportamiento a través de mayores ganancias, cuando la actuación es correcta”.

(37) El pleno potencial de los entes reguladores para recabar información antes de la toma de decisión surge de los respectivos marcos regulatorios, a saber, en el caso del Enargas, ley 24.076 [EDLA, 1992-171], art. 52, inc. o); Enre, ley 24.065 [EDLA, 1992-111], art. 56, inc. n); Etoss, decreto 999/92 [EDLA, 1992-645], art. 17, inc. c).

adoptado "preponderantemente" por el privatizador argentino<sup>(42)</sup> en el marco de los cuatro principales servicios públicos; en tal sentido, enseña CASSAGNE que "en el modelo adoptado por los marcos regulatorios nacidos como consecuencia de la reforma del Estado, entre ellos, los servicios de telecomunicaciones, agua potable, energía eléctrica y gas natural, se ha adoptado el sistema denominado *price cap*"<sup>(43)</sup>. Ello, ciertamente, sin perder de vista el hecho de que, como explica el citado autor, "los regímenes tarifarios combinan, mediante formulaciones técnicas de gran diversidad, el sistema de *price cap* con el de tasa de rendimiento, y aunque en general existe una tendencia a la aplicación del primero, no se excluye la determinación de la rentabilidad a la hora de fijar las tarifas máximas que

pueden percibir los distintos concesionarios y licenciatarios"<sup>(44)</sup>. Esta concepción no guarda sino arreglo con las opiniones de LAFFONT y TROLE y LITTLECHILD, entre otros, según explicaremos más adelante.

Como decíamos, en los sectores mencionados se ha adoptado mayoritariamente una regulación de tarifas por *price-caps*. Esta modalidad —como después veremos con mayor detalle— en algunos casos pone en juego tres elementos, a saber: a) la periodicidad; b) un índice; c) un factor X que se resta, recayendo el riesgo respectivo en la empresa. Y en otros casos, involucra, además de esos tres elementos, un cuarto elemento: d) un factor de inversiones K que se suma en tanto destinado a inversiones, por lo que el respectivo riesgo se halla trasladado a quien sufraga la tarifa como miembro de la comunidad que se beneficiará con dichas inversiones durante la prestación y al momento de la reversión de los bienes cuando ella tuviere lugar<sup>(45)</sup>. Ejemplo del primer

(42) CASSAGNE, *Evolución...*, cit., pág. 4.

(43) La sistematización efectuada por TAWIL sobre el régimen de bienes es esclarecedora: luego de reseñar la transferencia en propiedad de las usinas térmicas y la transferencia de uso de las usinas hidroeléctricas con cita de MAIRAL, detalla que los principales bienes para la distribución y transmisión de electricidad fueron dados en comodato; en el caso del agua y de ferrocarriles, se transfirió el uso; en el caso del transporte y distribución de gas natural, se entregaron los bienes en propiedad con obligación de devolverlos al vencimiento; las licenciatarias recibieron la propiedad de los bienes afectados; TAWIL, GUIDO S., *Licencia y Contrato como Título Habilitante para la Prestación del Servicio Público*, en AA.VV., "Contratos Administrativos Jornadas organizadas por la Universidad Austral", Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pág. 457 y sigs., esp. pág. 462, n. 13, y su cita. De allí el diverso tratamiento de las inversiones o expansiones asociadas a dichos bienes y su traslado a la tarifa que sufraga el usuario. Entendemos que salvo cuando el desprendimiento es perpetuo, en los restantes casos mencionados resultan beneficiarios los usuarios todos en tanto miembros de la comunidad; empero, el desprendimiento perpetuo se compensa con la expansión —a la cual la firma se halla auto-incentivada— y la llegada de la desregulación y la apertura del servicio a la competencia.

Enseña MATA que en algunos casos al concesionario sólo le transfiere la tenencia de los bienes necesarios para la concesión (agua), y en otros casos el desprendimiento del dominio es perpetuo (licencias telefónicas) o temporario (gas); MATA, ISMAEL, *Régimen de los Bienes en la Concesión de Servicios Públicos*, en AA.VV., "Contratos Administrativos Jornadas Organizadas por la Universidad Austral", Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pág. 291 y sigs., esp. pág. 294.

Sobre el caso particular de los bienes en el sector del gas, puede verse SALOMONI, JORGE L., *Régimen de los Bienes*

(44) Concordanamente: CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Evolución de los Principios Aplicables a los Servicios Públicos y Problemas Actuales tras los Procesos de Privatización*, en LL, 27/2/02, pág. 5, también publicado en "Revista de Derecho Administrativo", N° 36/39, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2001, págs. 62/87: "En el modelo adoptado por los marcos regulatorios nacidos como consecuencia de la reforma del Estado, entre ellos, los servicios de telecomunicaciones, agua potable, energía eléctrica y gas natural, se ha adoptado el sistema denominado *price cap*"; BIANCHI, *La Regulación...*, cit., pág. 348 y: "En los marcos regulatorios de los servicios públicos privatizados en la Argentina... veremos que la técnica elegida para regular las tarifas de los concesionarios se aproxima, con diversas modalidades, a este segundo sistema [de *price-caps*]; BIANCHI, *La Tarifa en los Servicios Públicos (Del Rate of Return al Price-Cap)*, en "Contratos Administrativos Jornadas organizadas por la Universidad Austral", Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, págs. 503 y sigs., esp. pág. 520: "el sistema adoptado por los marcos regulatorios ha sido el *price-cap*... en materia de gas donde rige el principio de tarifas máximas, al igual que en la energía eléctrica que hace referencia a precios máximos, y el agua donde los valores tarifarios y precios vigentes en cada momento serán considerados como valores máximos regulados. En materia de telecomunicaciones lo dicen expresamente los considerandos del decreto 92/97...", y sus citas normativas.

Compárese: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación...*, cit., págs. 26 y 37/8, restringiendo, hacia 1999, la regulación por *price-caps* a los sectores de gas natural, telecomunicaciones y energía eléctrica, siendo el del agua "mixto con precio tope y ajuste en función del índice de costos y cumplimiento de inversiones por expansión"; TAWIL, GUIDO, *Avances Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria*, en El DERECHO, Serie Especial de Derecho Administrativo del 28 de julio de 2000, pág. 6: "en algunos supuestos como la Argentina, el sistema de *price cap* predominaba en los casos de gas natural y la energía eléctrica".

(45) CASSAGNE, *Evolución...*, cit., pág. 5.

supuesto es el de las telecomunicaciones en el ámbito de las respectivas privatizaciones en Reino Unido y en nuestro país para el período de exclusividad, y ejemplo del segundo supuesto es el del gas natural en nuestro país.

La explicitación de las particularidades de cada uno de los marcos regulatorios mencionados a los fines de la individualización de cada uno de los involucrados en su regulación por *price-caps* excede ampliamente el marco de este trabajo.

No obstante ello, tengamos presente la regla general —para los sectores antes mencionados— oportunamente consagrada, de establecimiento de "precios máximos" o "precios tope", a saber: el art. 40 de la ley 24.076 de marco regulatorio del gas<sup>(46)</sup>; los arts. 42 inc. b)<sup>(47)</sup> y 43<sup>(48)</sup> de la ley 24.065 de marco regulatorio de la electricidad, subanexo II-C de uno de los contratos de transporte de electricidad<sup>(49)</sup> y cláusula 27 de los contratos de las distribuidoras<sup>(50)</sup> y su remisión

*Públicos en las Concesiones o Licencias de Servicios Públicos (El caso de la explotación de la distribución de gas natural)*, en AA.VV., "El Derecho Administrativo hoy", Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 1996, pág. 302 y sigs.; y SALOMONI, JORGE L., *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, págs. 359/371.

(46) "Los pliegos de condiciones por los cuales se liciten habilitaciones de transporte y distribución o las acciones de las sociedades habilitadas como transportistas y distribuidoras incluirán, como un anexo, el texto de las respectivas habilitaciones y éstas, a su vez, contendrán un cuadro tarifario que fijará las tarifas máximas que corresponden a cada tipo de servicio ofrecido las que serán determinadas de conformidad con lo dispuesto por los arts. 38 y 39 de la presente ley" (la bastardilla no es del original).

(47) "Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que... a) Establecerá las tarifas iniciales que correspondan a cada tipo de servicio ofrecido, tales bases serán determinadas de conformidad con lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la presente ley; b) Las tarifas subsiguientes establecerán el precio máximo que se fije para cada clase de servicios; c) El precio máximo será determinado por el ente..." (la bastardilla no es del original).

(48) "Finalizado el período inicial de cinco (5) años el ente fijará nuevamente las tarifas por períodos sucesivos de cinco (5) años. El cálculo de las nuevas tarifas se efectuará de conformidad con lo establecido por los arts. 40 y 41 y se fijarán precios máximos de acuerdo a lo dispuesto por el artículo precedente" (la bastardilla no es del original).

(49) Nos referimos al de Transener, publicado en [www.ente.gov.ar](http://www.ente.gov.ar).

(50) "Los cuadros tarifarios que aprueba la Autoridad de Aplicación constituyen valores máximos, límite dentro del cual la Distribuidora facturará a sus usuarios por el servicio prestado" (la bastardilla no es del original).

al subanexo I; el art. 18.4 del pliego<sup>(51)</sup> y cláusula 11.4 del contrato del agua<sup>(52)</sup>; y —originariamente— el pliego aprobado por dto. 62/90 [EDLA, 1990-329] conforme los considerandos del dto. 92/97 de aprobación de nueva estructura tarifaria telefónica<sup>(53)</sup>.

Siendo el modelo aplicado a la industria del gas natural uno de los que más clara y nítidamente devela la aplicación del modo de regulación de tarifas por *price caps*, repasaremos ahora algunas generalidades, las cuales —pese a provenir de un marco regulatorio conocido ampliamente— son de remisión ineludible para comprender el modo de regulación que nos ocupa. Similar temperamento adoptaremos para el marco regulatorio del agua.

**El modelo adoptado en el sector del gas natural:** Además de la normativa recién reseñada, a los fines de este sector, recordaremos que la ley 24.076, en lo pertinente, establece que "a los efectos de posibilitar una razonable rentabilidad a aquellas empresas que operen con eficiencia, las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán contemplar: a) que dicha rentabilidad sea similar a la de otras actividades de riesgo equiparable o comparable; b) que guarde relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios"<sup>(54)</sup>.

En relación al índice, se prescribe que "en el curso de la habilitación las tarifas se ajustarán de acuerdo a una metodología elaborada en base a indicadores de mercado internacional que reflejen los cambios de valor de bienes y servicios re-

(51) "Precios máximos; Exenciones y rebajas dispuestas por el Concesionario. Los valores tarifarios y precios vigentes en cada momento serán considerados como valores máximos regulados" (la bastardilla no es del original).

(52) Ídem nota anterior.

(53) Véase ADLA, 1997-A-211/212: "Que el marco regulatorio vigente adoptó el sistema de precio tope, *price cap* creado en el Reino Unido de Gran Bretaña por S. C. LITTLECHILD, que implica fijar una tarifa tope a la que se le aplica un factor de descuento sobre valores reales, partiendo de la base de que la empresa será cada vez más eficiente y con costos cada vez menores. El pliego de bases y condiciones aprobado por decreto 62/90 y sus modificatorios fijó ese factor de descuento en el 2% anual para el período de exclusividad. Que la tarifa de partida fue fijada en el punto 16.1. de los contratos de transferencia de acciones aprobados por decreto 2332/90, sin perjuicio de su corrección dos veces al año conforme al índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de América prevista por el decreto 2585/91" (la bastardilla no es del original).

(54) Ley 24.076, art. 39.

presentativos de las actividades de los prestadores" (55). En cuanto al factor de inversiones y de eficiencia, se establece que dichos indicadores "serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones (...) (56). De allí que se prevean, en las reglas básicas de la licencia, un factor de inversiones que se suma factor K - y un factor de eficiencia que se resta factor X - en el marco normativo aplicable al transporte (57) y a la distribución (58) de gas.

La periodicidad o *timing* de la revisión se halla expresada de la siguiente manera: "Cada cinco (5) años el Ente Nacional Regulador del Gas revisará el sistema de ajuste de tarifas. Dicha revisión deberá ser efectuada de conformidad con lo establecido por los artículos 38 y 39 y fijará nuevas tarifas máximas de acuerdo a lo dispuesto por el art. 39 de la presente ley" (59).

La reglamentación de la ley 24.076 especifica el índice estableciendo que "la metodología para ajustar las tarifas de los transportistas y distribuidores en base a indicadores de mercado internacional a que se hace referencia en el art. 41 de la ley será incluida en las respectivas habilitaciones" (60), por lo que en los modelos de licencia de transporte y de distribución de gas, aprobadas por decreto (61), se establece, además de la dolarización de la tarifa (62), que ésta "será reajustada semestralmente de acuerdo con la variación operada en el PPI" (63). Este índice se halla definido en el primer numeral de dichas reglas o condiciones básicas en los siguientes términos: "PPI: índice de precios del productor bienes industriales (1967 = 100) publicado por la Oficina de Estadísticas Laborales del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos, o la agencia que lo reemplace, o si se discontinuare tal publicación, la estadística comparable de

evolución de los precios industriales" (64). Asimismo, en el art. 96 de la ley 24.076 se establece que "en caso de conflicto normativo entre otras leyes y la presente, prevalece esta ley".

Como veremos más adelante, la aplicación del índice extranjero fue dejada sin efectos por decisión judicial y, posteriormente, dicha aplicación del índice fue legislativamente interdictada por la ley 25.561, estableciéndose asimismo en pesos las tarifas, sin perjuicio de lo dispuesto con alcances generales en el decreto 214/02 [EDLA, 2002-A-121] para el campo obligacional.

**El modelo adoptado en el sector del agua:** Amén de las disposiciones reseñadas al inicio de esta sección, a los efectos de este sector resulta ilustrativo el capítulo VII del Anexo I del decreto 999/92, que prescribe, en su art. 44, lo que -provisionalmente- podemos calificar como una directriz general de exigencia de eficiencia e inversiones a la firma. Establece la precitada norma: "el régimen tarifario de la concesión para la provisión de los servicios de agua potable y desagües cloacales se ajustará a los siguientes principios generales: a) propenderá a un uso racional y eficiente de los servicios brindados y de los recursos involucrados para su prestación (...) d) Los precios y tarifas tenderán a reflejar el costo económico de la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales incluyendo el margen de beneficio del concesionario e incorporando los costos emergentes de los planes de expansión aprobados (...) El monto resultante de las tarifas facturadas a los usuarios deberá permitir al concesionario, cuando éste opere eficientemente, obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos implícitos en la operación, mantenimiento y expansión de los servicios prestados" (65).

En cuanto a las revisiones y su periodicidad, se establece que "los cuadros tarifarios y precios aplicables a los servicios que preste el concesionario inicialmente se fijarán en el contrato de concesión y luego serán propuestos por éste como parte esencial de los planes de mejoras y expansión que se sometan a la aprobación del ente regulador en el marco de las revisiones periódicas que establezca el contrato. Todo ello

sin perjuicio de las revisiones extraordinarias que correspondieren" (66).

En relación a los requerimientos de eficiencia e inversiones, se establece que "el ente regulador ejercerá la regulación tarifaria en base al análisis que él mismo realice de los planes de mejoras y expansión que el concesionario presente periódicamente. La variable de regulación tarifaria será el monto de ingresos que el concesionario reciba por los servicios que preste en función del número de usuarios servidos en cada año, y las condiciones de eficiencia que se propongan en cada plan" (67). El régimen tarifario y los cuadros de precios y tarifas se revisarán y modificarán por medio de revisiones periódicas quinquenales y revisiones extraordinarias. Las revisiones periódicas se definen como las que corresponden a cambios, ya sea en las metas como en las erogaciones de capital previstas, en el plan de mejoras y expansión del servicio, integrado por los sucesivos planes quinquenales (68). Las revisiones extraordinarias son, entre otras, las derivadas de variaciones significativas de costos, cambios sustanciales e imprevistos en las condiciones de prestación de los servicios y en las normas de calidad, cambios justificados en la relación entre inversiones en activos y costos de operación del servicio (69). Además, las modificaciones no podrán ser "un medio de penalizar al concesionario por beneficios pasados y/o logrados en la operación de los servicios ni tampoco deberá ser usada para compensar déficit incurridos derivados del riesgo empresarial ni convalidar ineficiencias en la prestación de los servicios" (70). Correlativamente, en el contrato de concesión se previó un régimen de revisiones ordinarias (71) y extraordinarias (72).

En el sector que nos ocupa, empero, no se previó originariamente un "índice" de aplicación

(66) Decreto 999/92, Anexo I, art. 46.

(67) Decreto 999/92, Anexo I, art. 47.

(68) Resolución SOPYC 186/92, de aprobación del respectivo pliego, numeral 18.11.3.

(69) Decreto 999/92, Anexo I, art. 48.

(70) Resolución SOPYC 186/92, de aprobación del respectivo pliego, numeral 18.11.1.2.

(71) Por cambios en las metas o en las erogaciones de capital previstas, en el plan de mejoras y expansión, numeral 11.11.3 del contrato aprobado por decreto 778/93.

(72) Por modificación de costos, numeral 11.11.4 del contrato aprobado por decreto 778/93; por otras causales, numeral 11.11.5., contrato citado.

automática -al estilo del RPI británico, que en el caso del agua se inserta en la fórmula  $RPI + K + U$ , o como el PPI en el marco regulatorio argentino del gas- por lo que podría, *prima facie*, percibirse que las variaciones en los precios de los bienes y servicios tomados en cuenta al fijarse los valores tarifarios iniciales, y su incidencia en las tarifas del sector, parecerían haber sido soslayados, a diferencia de lo ocurrido en otros marcos regulatorios de nuestro país, donde explícitamente se prevé la aplicación de índices que, en forma expresa, contemplan esas variaciones (73).

Sin embargo, puede afirmarse que el privatizador previó expresamente esas variaciones al diseñar esa causal de revisión extraordinaria por modificación de costos (74). En todo caso, puede detectarse, en dicho contexto, una suerte de modificación predispuesta en el "grado de automaticidad" de la aplicación de la variación: en un sistema de RPI-X, el índice es de aplicación automática, por el mero paso del semestre, por ejemplo, si así se lo hubiera convenido en punto a su aplicación; en cambio la premencionada revisión parecería apuntar a igual finalidad: incorporación de variaciones de costos. Lo que no puede soslayarse es la realidad de que aquellas variaciones, en tanto exógenas a la firma, no pueden sino propiciar una revisión, no sólo por estar previstas contractualmente sino -más que nada- por corresponder a factores que son incontrolables por la firma.

En cuanto a la Ley de Convertibilidad, además, el privatizador convino -y ello es también propio del equilibrio del contrato de concesión oportunamente aprobado- que la modificación legal de la paridad fijada por la ley 23.928 [EDLA, 1991-114] (75) suscita la revisión extraordinaria; por ende, cualquier modificación en la paridad cambiaría motiva esa clase de revisión (76). Posteriormente, en el Acta Acuerdo aprobada por decreto 1167/97 (77), se establece que, en relación a dicha causal de revisión extra-

(73) Ello, sin perjuicio de lo hoy dispuesto en la ley 25.561.

(74) Numeral 18.11.4. del pliego aprobado por resolución SOPYC 186/92 y numeral 11.11.4, contrato cit., n. 72.

(75) Numeral 11.11.5.1., contrato cit., n. 72.

(76) Concordanientemente, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación...*, cit., pág. 559.

(77) B.O. 20/11/97.

(55) Ley 24.076, art. 41.

(56) Ley 24.076, art. 41.

(57) RBL de Transporte, decreto 2255/92 [EDLA, 1993-A-527].

(58) RBL de Distribución, decreto 2255/92.

(59) Ley 24.076, art. 42.

(60) Decreto 1738/92, art. 41, inc. 3°.

(61) Decreto 2255/92, Anexos A y B.

(62) Decreto 2255/92 cit., Anexo, Numeral 9.2.

(63) Decreto 2255/92 cit., Anexo, Numeral 9.4.1.1.

(64) Decreto 2255/92 cit., Anexo, Numeral 1.1.

(65) Decreto 999/92, Anexo I, art. 44.

ordinaria, se traslada la variación legal de la paridad<sup>(78)</sup>, lo que ha llevado a que se afirmara que se dolarizó la tarifa<sup>(79)</sup>.

Finalmente, la aplicación del índice, y la dolarización en los términos descriptos, han quedado suspendida a partir del 6/1/02 en virtud de la ley 25.561, estableciéndose en pesos las tarifas, sin perjuicio de lo dispuesto con alcances generales en el dto. 214/02.

**El modo de regulación adoptado en el sector del agua (una necesaria interpretación):** Permítansenos ahora efectuar algunas aclaraciones respecto del modo de regulación adoptado en este sector, puesto que el hecho de que los precios de la prestación deban reflejar el costo económico de la misma ha llevado a que se afirmara que el modo de regulación que nos ocupa no constituiría estrictamente un sistema de *price-cap* sino de puro *passthrough*, o incluso de *cost-plus*. Lo primero, con fundamentos en que, en la modalidad adoptada, *prima facie*, el elemento preponderante parecería ser el destinado a compensar, periódicamente, las inversiones (planes de mejoras y expansión del servicios) y las modificaciones en los costos, por medio de —respectivamente— las revisiones ordinarias y las extraordinarias<sup>(80)</sup>. Lo segundo, porque al admitirse “el traspaso a la tarifa de virtualmente todos los cambios en los costos, el cuadro ofrecido se parece bastante a una regulación costo-plus”<sup>(81)</sup>.

Coadyuvaría a tal interpretación, excluyente del *price-capping*, el hecho de que las “condiciones de eficiencia que se proponen en cada plan”<sup>(82)</sup> no aparecerían como objetivos a cumplir sino sólo como metas. A su vez, el riesgo ínsito en el cumplimiento de ese aparentemente único objetivo de inversiones o de reconocimiento de variaciones de costos se hallaría, en esta interpretación, trasladado a quien sufragaba la tarifa<sup>(83)</sup>. Ello, toda vez que el marco específico<sup>(84)</sup> establece que los precios y tarifas ten-

drán a reflejar el costo económico de la prestación del servicio, más el margen de beneficio de la firma, incorporando los costos emergentes de los planes de expansión aprobados.

Sin embargo, la premencionada interpretación no prospera a poco que se detectan en el marco regulatorio en cuestión elementos propios de la regulación por *price-caps*, si bien no en su forma pura, tal como la reflejara Littlechild en su informe, sino en una forma híbrida. Veamos:

La doctrina económica encabezada por LAFFONT y TIROLE —como explicamos en otro lugar<sup>(85)</sup>— ha admitido la existencia de *price-caps* puros y de *price-caps* híbridos. Los primeros, bajo la tradicional fórmula RPI X, hacen caso omiso de las ganancias obtenidas por la firma, o los costos por ella incurridos<sup>(86)</sup>, apuntando a la aplicación periódica de un índice de variaciones de los precios de los bienes y servicios tomados en cuenta para la fijación del precio inicial, y a una determinación original y posterior redeterminación (generalmente quinquenal) del factor de eficiencia. Los segundos, que precisamente han sido sugeridos por la doctrina económica para este sector<sup>(87)</sup>, pueden tomar en cuenta alguno de aquellos dos extremos. La previsión del precitado art. 44, inc. d) apuntaría en tal dirección en la medida en que toma en consideración los costos emergentes de los planes de expansión aprobados. Tengamos presente que, como se señalara, la regulación por *price-caps* no implica ignorar de plano los costos (o las ganancias); la diferencia con la regulación por *price-caps* se halla en el “grado” de atención o relevancia que el privatizador, y luego el regulador, otorgue a esos aspectos al producir las diversas decisiones a lo largo de la vida del contrato<sup>(88)</sup>.

(85) Véase nuestro *Eficiencia y Tarifas (con especial referencia al factor X)*, en “Revista de Derecho Administrativo”, LexisNexis Depalma, N° 36/38, enero-diciembre 2001, pág. 173 y sigs., esp. pág. 193, n. 110 y pág. 195.

(86) En el esquema puro, además, las ganancias no podrían ser consideradas implícitamente en la revisión del factor. Véase, asimismo, n. 36, *supra*.

(87) Esta alternativa se sugiere en Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación...*, cit., pág. 553.

(88) Resulta interesante en este punto hacer hincapié en una resolución, proveniente del Ente Nacional Regulador de la Electricidad, en la que a los fines de la determinación del objetivo de eficiencia, se hace especial mención de diversos renglones usualmente comprendidos en un análisis bajo el régimen de tasa de rendimiento, que apunta —entre otros

Sin embargo, ello no basta para estarse a que se está ante un *price-capping* híbrido, ya que el elemento fundamental, el factor de eficiencia, parecería no hallarse contemplado expresamente en el respectivo régimen. La cuestión es ineludible, máxime cuando hoy en día, un mandato constitucional apunta en dirección del mentado elemento pues el art. 42 de la Constitución Nacional<sup>(89)</sup> prescribe que “las autoridades proveerán (...) al [control] de (...) la eficiencia de los servicios públicos”. A partir del texto de la cláusula constitucional puede inferirse que el Constituyente encomendó a los entes reguladores, autoridades competentes, esa labor, que ejercen en oportunidad de cada revisión contractualmente dispuesta.

No obstante ello, tal aparente omisión puede propiciar otra propuesta interpretativa basada en el trámite de la licitación que oportunamente se llevara a cabo y la correspondiente adjudicación, y las exigencias del privatizador en el respectivo pliego volcadas en el contrato de concesión. Tal interpretación —adelantamos— apunta a que se está ante un *price-capping*, híbrido, y no ante un mero *passthrough* o ante una regulación *cost-plus*. Veamos:

Cuando se privatizara el servicio, cada oferente debía proponer el coeficiente de “reducción” del factor K o CAFK contemplado en el pliego<sup>(90)</sup>; ganaría la licitación el oferente que propusiera la mayor reducción de la tarifa promedio, habiéndose fijado en el respectivo pliego

objetivos a examinar, en sede regulatoria, los costos incurridos por la firma y la base de la tarifa sobre la cual se calcula la tasa de rendimiento. Nos referimos a la Res. Entre 1650/98, analizada en la sentencia de la CNACAF, sala IV, “Central Térmica Güemes” del 5/12/02; piezas que nos fueron gentilmente facilitadas por OSCAR AGUILAR VALDEZ.

(89) MORDUGLIA ha explicado claramente esta cláusula, señalando que la misma impone a los concesionarios “obligaciones para hacer cumplir determinados objetivos, en beneficio de los usuarios”; conf. MORDUGLIA, ROBERTO M., *Elementos de Derecho Constitucional Económico*, en “Lecciones y Ensayos”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998/1999, Nos. 72/73/74, págs. 235/271, esp. pág. 253.

(90) El numeral 4.4.1. del respectivo Pliego aprobado por RES SOPyC 186/92 establece: “La oferta económico-financiera deberá contener un ajuste a la tarifa para todo el período de la Concesión (...) A tal efecto, el oferente deberá proponer un coeficiente de ajuste al factor “K” (CAFK), a fin de calcular la tarifa que él mismo propone (...) Dicho coeficiente CAFK (...) multiplicará al factor K del régimen tarifario mencionado a fin de establecer su valor a la fecha de Toma de Posesión”.

las exigencias de expansión y calidad del servicio. El oferente que propuso la mayor reducción —un coeficiente de 0,731— ofertó una reducción o descuento de los precios fijados en el Pliego del 26,9%; los restantes oferentes habían propuesto el 26,1% y el 10,5%<sup>(91)</sup>.

La primera impresión que tal mecanismo sugería es que el oferente proponía derecha y exclusivamente el valor del factor K, indeterminado en el respectivo Pliego, tal que CAFK = K. La fórmula aplicable, entonces, sería mera aplicación del factor K cotizado por el oferente, eventual adjudicatario, sin perjuicio de las revisiones ordinarias o extraordinarias conducidas por el Ente. Esta interpretación que guardaría arreglo con el art. 44, inc. d) del decreto 999/92 establece, como vimos, una suerte de regla general de traslado —a quienes sufragaban la tarifa— de costos emergentes de los planes de expansión aprobados más la rentabilidad de la empresa. Empero, conduciría a la conclusión de que ningún riesgo recae en la firma, pues el valor de K (una rebaja del 26,9%) se trasladaría en las fórmulas empleadas en el pliego a quienes sufragaban la tarifa. Destacamos que la lectura integradora de la letra del marco regulatorio conduce a una interpretación diversa pues está previsto en el sector que nos ocupa no sólo un factor K —concebido de aquella manera— sino también un factor X, “implícito” en aquél. Ello, en razón de que:

En primer lugar, a lo largo del pliego, en cláusulas que luego se reflejan en el contrato de concesión, la firma asume el riesgo de desempeñarse en forma eficiente; a título de ejemplo, pueden mencionarse las siguientes cláusulas: la eficiente prestación del servicio<sup>(92)</sup>; la rehabilitación de redes que no permitan la eficiente prestación del servicio<sup>(93)</sup>; las subcontrataciones del concesionario, que deben asegurar la calidad y eficiencia del servicio<sup>(94)</sup>; la eficiente maximización de ingresos obtenidos en el área de deudas de los usuarios<sup>(95)</sup>; la eficiencia en la recaudación<sup>(96)</sup>; el uso de registraciones que faciliten

(91) Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación...*, cit., pág. 548.

(92) Numeral 4.1., contrato cit., n. 72.

(93) Numeral 4.3.7., contrato cit., n. 72.

(94) Numeral 9.1.2. *in fine*, contrato cit., n. 72.

(95) Numeral 11.9., contrato cit., n. 72.

(96) Numerales 11.11.4.3., inc. d) y 11.11.5.2., inc. d), contrato cit., n. 72.

el eficiente manejo de la concesión<sup>(97)</sup>, y su actualización<sup>(98)</sup>; la eficiente atención de la demanda de agua<sup>(99)</sup> y de desagües cloacales<sup>(100)</sup>; entre otros. A su vez, el Acta Acuerdo de 1997<sup>(101)</sup> hace expresa mención de las metodologías para la determinación de indicadores particulares de eficiencia<sup>(102)</sup>. Ello conduce a estimar que fue preocupación del privatizador el que la empresa actuara eficientemente.

En segundo lugar, al momento de ofertar, la reducción ofrecida por los oferentes debía responder al despliegue de eficiencia por parte de la firma, pues, como vimos, a exigencias de expansión y calidad del servicio dadas en el pliego o posteriormente aprobadas<sup>(103)</sup>, la variable era el ahorro en eficiencia. La otra variable, remuneración, no podía ser alterada en tanto el marco regulatorio establece que los precios y tarifas "incluyen" a) el costo económico de la prestación de los servicios, b) el margen de beneficio del concesionario, incorporando c) los costos emergentes de los planes de expansión<sup>(104)</sup>. Dicho margen de beneficio, por cómo se implementó la respectiva privatización, se halla inescindiblemente unido al contenido de la oferta, que —básicamente y de acuerdo a lo requerido en el pliego— contenía lo relativo a cómo hacer frente a la prestación de los servicios y a los costos emergentes de los planes de expansión que el pliego mismo preveía. A la luz de esta conclusión —nos permitimos reiterar— la variable reflejada en el porcentaje ofertado devino un objetivo de eficiencia implícito *per se* de inexorable cumplimiento para la adjudicataria, el riesgo por el cual recaía exclusivamente sobre ella. La reducción propuesta por el adjudicatario puede así ser concebida como una reducción en eficiencia empresarial, cuya proyección y posibilidad de cumplimiento futuro es bajo condiciones constantes —y en tanto previsibles por el oferente— oportunamente volcada en su propuesta de coeficiente de ajuste del factor K. En el plano temporal, nótese que el despliegue de esfuerzo

por alcanzarlo debía operarse a partir de la toma de posesión misma<sup>(105)</sup>, pues ya entonces era aplicable el cuadro de precios máximos con la rebaja ofertada por el adjudicatario.

En tercer lugar, coadyuva a la interpretación que acabamos de exponer la experiencia británica. En efecto, en el respectivo sector tampoco se verifica el empleo de un factor X explícito<sup>(106)</sup>. En tal inteligencia, la respectiva fórmula aparecería como un constante ajuste por factor K<sup>(107)</sup>, tal que el modo de regulación devendría puro *passthrough* o traslado a quien sufraga la tarifa. En el ámbito británico, la particular situación que describimos, al igual que ocurre entre nosotros, también difiere de la empleada en la privatización de British Telecom o, entre nosotros, de la ex-Entel, o en el transporte y distribución de gas tanto en aquel país como en el nuestro. En dichos casos —British Telecom, Entel, gas— en ambos países se han previsto expresamente ambos factores en las respectivas fórmulas. Empero, puede aseverarse que no es que en la privatización de los servicios de agua y cloacas en aquel país o en nuestra área metropolitana se haya "olvidado" o soslayado todo incentivo a una mayor eficiencia y a la correlativa posibilidad de precios más bajos para los usuarios en función de los ahorros derivados de aquélla. Antes bien, como explica el Consejo Nacional de Consumidores británico, "las estimaciones de los ahorros en eficiencia son incorporados al factor K acordado entre el Ofwat y cada empresa"<sup>(108)</sup>. En nuestro medio, esas estimaciones de ahorros en eficiencia se produjeron en oportunidad de ofertarse y, posteriormente, en oportunidad de cada revisión, y se hallan, como vimos, incorporadas o implícitas en el factor K.

(105) A diferencia de otros regímenes, en los que el objetivo de eficiencia se determinó inicialmente en 0%, para, a partir del primer quinquenio pasar a ser de, por ej., el 3%, en el sector que nos ocupa, en el marco de un período de adaptación a las condiciones del mercado respectivo inexistente, la demanda de eficiencia implícita en la reducción ofertada debió ser puesta en práctica inmediatamente, en oportunidad del inicio de la prestación de servicios, sin mediar acomodamiento alguno de la firma al mercado pertinente.

(106) Ampliar en National Consumer Council, *Paying the Price...* cit., pág. 25.

(107) La fórmula es  $RPI + K$ , más un factor U que es el porcentaje de K no empleado *surplus*— en años anteriores.

(108) National Consumer Council, *Paying the Price...* cit., pág. 25.

A la luz de las consideraciones efectuadas cuya extensión entendemos inesperada —pero necesaria—, puede concluirse en que, en el sector que nos ocupa, el privatizador optó por una regulación de las tarifas por medio de un *price-capping* híbrido —empleando la terminología de LAFFONT y TIROLE<sup>(109)</sup>—, pues, en tanto comprensivo no sólo de un objetivo de inversiones sino también de un objetivo de eficiencia en un marco de precios máximos, se halla fuertemente influenciado por los costos que deben ser retribuidos.

En esta tesitura, ambos factores devendrían, en oportunidad de la respectiva adjudicación y suscripción del contrato, de carácter convencional en la terminología de LITTLECHILD<sup>(110)</sup>, y, ciertamente, un elemento expreso e implícito, —respectivamente— en la fórmula. Dicho factor de eficiencia, implícito, además, se redetermina tomando diversos elementos en cuenta<sup>(111)</sup> en oportunidad de cada revisión. Recordemos que el concesionario, para obtener la satisfacción de los costos "implícitos en la operación, mantenimiento y expansión de los servicios prestados"<sup>(112)</sup>, debe actuar, como vimos, "eficientemente", por mandato legal<sup>(113)</sup>. Por ende, puede afirmarse que también en cada plan quinquenal que se proponga, y que eventualmente el Ente apruebe, se incluye no sólo un objetivo de inversiones sino también un objetivo de eficiencia<sup>(114)</sup> en cabeza de la firma, incorporado a aquél.

El Acta Acuerdo del año 1998, aprobada por resolución 1103/98, que introduce un "factor de exposición financiera neta quinquenal" —FENQ— en reemplazo del sistema originalmente convenido en oportunidad de la privatización —en base al cual se efectuaron las reflexiones precedentes—, en nada altera la interpretación adoptada en punto al modo de regulación y, en especial, al factor de eficiencia. Considerando que en dicha acta se prevé que "el objetivo del modelo es establecer la eficiencia relativa a alcanzar por el

Concesionario en el quinquenio siguiente"<sup>(115)</sup>, y teniendo presente las conclusiones a las que se arribara sobre la existencia de un factor K y de un factor X implícito, la eficiencia empresarial modelo aludida no puede sino ser considerada un factor X "explicitado" en tanto objetivo.

Efectuada esta breve pero necesaria reseña de dos importantes sectores, veamos, ahora, cuál ha sido la experiencia recogida en materia de *price-caps* en nuestro país, en especial de cara a la crisis que desbaratará el modo de regulación hasta aquí reseñado en tanto suspendiera la aplicación del índice.

## VII La aplicación del Índice (Test I)

El modo de regulación de las tarifas mediante el sistema comúnmente conocido como RPI-X, o *price-caps*, ha estado operando desde principios de la década del '90, en el ámbito de contrataciones de las denominadas "de larga duración": consideremos que se trata de contratos de 35 años, como en el caso de la distribución de gas<sup>(116)</sup>. A modo de ejemplo, pensemos que, en una relación de base contractual de treinta y cinco años, el índice, semestral, se aplicará en varias decenas de oportunidades, y el factor X de eficiencia —y, en su caso, el factor K de inversiones— se fijará para el primer quinquenio y se lo redeterminará seis veces más.

El problema que se ha planteado en el 2001 es la aplicación del elemento "índice" en la fórmula que describimos —como integrada por un índice y un factor, y por la periodicidad—, de cara a las prescripciones de la Ley de Convertibilidad 23.928, del año 1991, a la que ya nos referimos tangencialmente.

Resultan, así, de referencia obligada dos sentencias dictadas en dos casos en los que, en lo principal, se impugnaba la aplicación del índice, pretensiones que recibieran favorable acogida judicial. Se trata del caso del Defensor del Pueblo<sup>(117)</sup>,

(115) Resolución 1103/98, Anexo I, numeral 2.1.

(116) Decreto 2255/92, numeral 3.1. de las Reglas Básicas de la Licencia.

(117) CNACAP, sala V, causa n° 39.674/2000, "Defensor del Pueblo de la Nación - Incidente de Med. c. E.N. P.E.N. M° E. Decreto 1732/92 y otro s/proceso de conocimiento" del 5/10/01 [EDA, 2001/2002-198], con dos votos concurrentes, quedando el voto del tercer magistrado en disidencia.

(109) LAFFONT y TIROLE, *A Theory...*, cit., pág. 18.

(110) Véase sección V de este trabajo, y el desarrollo sobre "caracteres" de los *price-caps* en el marco de la doctrina británica, específicamente, el de convencionalidad.

(111) Nos remitimos a nuestro *Eficiencia y Tarifas...*, cit., pág. 195 y sigs., esp. págs. 197/8.

(112) Arg. Decreto 999/92, art. 44, inc. d).

(113) Arg. Decreto 999/92, art. 44, inc. d).

(114) Decreto 999/92, art. 47.

(97) Numeral 12.1.1., párr. 1°, contrato cit., n. 72.

(98) Numeral 12.1.3., contrato cit., n. 72.

(99) Numeral 1.1. del Anexo I del contrato cit., n. 72.

(100) Numeral 1.2. del Anexo I del contrato cit., n. 72.

(101) Cit. nota 72.

(102) Decreto 1167/97, Anexo I, numeral 4.1.5.

(103) Decreto 999/92, Anexo I, art. 44.

(104) Decreto 999/92, Anexo I, art. 44.

y del caso Consumidores Libres<sup>(118)</sup>. Repasemos los hechos y soluciones brindados en cada uno de ellos<sup>(119)</sup>.

En el caso del Defensor del Pueblo, los hechos relevantes a considerar son los siguientes: En 1991 se sanciona la Ley de Convertibilidad 23.928, y en 1992, cuando se privatiza el transporte y distribución de gas, en el art. 41 de la ley 24.076 se establece que, durante la vida del contrato –30 años–, “las tarifas se ajustarán en base a indicadores de mercado internacional”<sup>(120)</sup>. Además, el citado artículo prescribe que dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones, previniéndose así la fórmula “índice X + K”. Como vimos, en el art. 41 del decreto 1738/92 [EDLA, 1992-751] reglamentario de aquella ley, se establece la metodología para ajustar las tarifas de los Transportistas y Distribuidores, la cual se efectuará “en base a indicadores de mercado internacional a que se hace referencia en el artículo 41 de la Ley será incluida en las respectivas habilitaciones”, por lo que en el numeral 9.4.1.1. de las Reglas Básicas de la Licencia aprobadas por decreto 2255/92 [EDLA, 1993-A-527] se individualiza el indicador en los siguientes términos: “Las tarifas (...) serán ajustadas semestralmente de acuerdo con la variación operada en el PPI”. Recordemos que en la misma ley 24.076<sup>(121)</sup> se establece que en caso de conflicto normativo “prevalece” la ley 24.076.

Entre fines de 1999 y principios del 2000, las transportistas y distribuidoras de gas acuerdan con el Gobierno –con participación del Ente Regulador– postponer la aplicación del índice a enero del 2000 y julio 2000. Esos índices –se

(118) CNACAP, sala IV, causa n° 28.067/2000, “Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prov. de Serv. Incid. Med. e. Telefónica de Argentina y otro s/proceso de conocimiento” del 4/10/01 [EDLA, 2001/2002-121], con dos votos concurrentes, no interviniendo el tercer magistrado.

(119) Acerca de estos dos fallos, ampliar en BOJÓ E. ROBERTO, *La Ley de Convertibilidad y la Tarifa de los Servicios Públicos. A Propósito de Dos Pronunciamientos Judiciales*, en “Revista de Derecho Administrativo”, N° 36/39, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2001, págs. 215/227.

(120) Art. 41, ley 24.076.

(121) Ley 24.076, art. 96.

acuerda–, aplicados a las tarifas, se cobrarán en 24 cuotas desde julio de 2000. El Defensor del Pueblo solicita la suspensión cautelar de ese decreto alegando, según surge de la sentencia y en lo principal, que: a) no se había celebrado audiencia pública<sup>(122)</sup>; b) la ley 23.928 de convertibilidad prohíbe la indexación de precios por lo que la aplicación de un índice extranjero es improcedente<sup>(123)</sup>; en otras palabras, se estaría “importando” inflación norteamericana en un país sin inflación.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia, que había acogido la medida solicitada, considerando, en lo principal<sup>(124)</sup>: a) el reconocimiento del derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios bajo el art. 42. CN; b) el hecho de que, el del caso, es un servicio público esencial, en el que casi no existen la libertad de elección y las reglas del mercado; c) una extendida crisis económico financiera por insuficiencia de recur-

(122) Consid. IV, párr. 2°.

(123) Consid. IV, párr. 2°.

(124) Consid. 8°, que, no obstante su extensión, transcribimos: “Que, ciertamente, el Tribunal pondera, y así lo ha sistemáticamente aplicado, el principio de presunción de legitimidad de las decisiones administrativas. No ignora ni desconoce tampoco, como se ha señalado, que el así llamado control de legalidad en absoluto comporta una habilitación genérica ni un apoderamiento para sustituir a los órganos administrativos en el ejercicio de potestades que el ordenamiento expresamente les asigna y constituyen materia de su primaria valoración. Pero simultáneamente, no puede tampoco dejar de ponderar el derecho que la Constitución reformada reconoce en su art. 42 a los consumidores y usuarios de bienes y servicios; el hecho indiscutible de que por la especial conformación económica, técnica y financiera del servicio público del cual se trata, la libertad de elección y las reglas del así llamado “mercado” resultan prácticamente inexistentes y, en fin “una delicada crisis económico financiera, por insuficiencia de recursos, acumulación de deuda interna y consecuencias recesivas que afecta a amplios sectores de la población (considerando 7° del decreto 668/00), todo lo cual –si por otra parte se tiene en cuenta la dolarización de las tarifas y el seguro de cambios que ello implica como etapa preliminar a una indexación en función de la evolución de precios extraños a la economía doméstica y la eventual huida de expresas disposiciones de la ley de convertibilidad (que, por cierto, no alcanza a las restantes variables de la economía nacional y particularmente a los salarios)– aconseja la suspensión precautoria de los efectos del decreto impugnado hasta tanto se pronuncie sentencia sobre el fondo de la cuestión propuesta”.

dos, acumulación de deuda interna y recesión; d) la dolarización de las tarifas; e) el seguro de cambios que ella implica; f) la indexación en función de la evolución de precios extraños a la economía doméstica; g) el apartamiento de expresas disposiciones de la ley de convertibilidad, que no alcanzaría a los salarios. Todo ello –según expresa la sentencia– aconsejaba la suspensión precautoria de los efectos del decreto impugnado.

La segunda causa que nos ocupa es la de Consumidores Libres<sup>(125)</sup>. Los hechos relevantes son los siguientes: cuando se privatizó Entel en los contratos de transferencia de acciones, aprobados por decreto 2332/90, se acordó que las empresas podrían actualizar mensualmente las tarifas de acuerdo con la evolución del índice de precios al consumidor; posteriormente, se sancionó la Ley de Convertibilidad 23.928 [EDLA, 1991-114]; finalmente, se dictó el decreto 2585/91, por el cual –conforme el art. 2° de cada uno de los dos convenios que integran el Anexo I de dicho decreto– se admite la corrección del pulso telefónico, semestralmente, en función del CPI (*Consumer Price Index*) estadounidense.

Consumidores Libres apela la sentencia de primera instancia, por la cual no se había hecho lugar a la medida cautelar solicitada, alegando, en lo principal, que: la Ley de Convertibilidad prohíbe la actualización monetaria; dicha ley fue “violada” por el decreto 2585/91, que permite la actualización de tarifas de acuerdo a índices de precios norteamericanos; en un contexto deflacionario, la aplicación de esos índices deviene en un aumento tarifario.

Los principales argumentos, para revocar la sentencia de primera instancia y acoger la medida solicitada, son los siguientes<sup>(126)</sup>: “El sistema de correcciones acordado entre el Estado Nacional y Telefónica, Telecom, Cía de Inversiones en Telecomunicaciones S.A. y Nortel Inversora S.A., aprobado por decreto 2585/91 aparecería, *prima facie*, como contrario a la prohibición contenida en la ley 23.928, de orden público. Ello sería así en tanto, por su intermedio, se habría establecido un sistema de actualización que contrariaría el sistema basado en el principio nominalista que mediante la ley 23.928 se pre-

tendió establecer, y a través del cual se persiguió eliminar cualquier sistema de indexación o reopotenciación de obligaciones, precios o tarifas imperantes en el país”. En tales condiciones, se ordena al Estado Nacional que se abstenga de aplicar las correcciones emergentes de los acuerdos aprobados por decreto 2585/91.

Ciertamente, ambas decisiones cautelares han sido apeladas ante la Corte Suprema, por lo que, no hallándose firmes, el debate en torno a la aplicación del índice no ha concluido, ni parecería hoy haber devenido abstracto dado el período temporal que abarcan los respectivos ajustes vedados.

## VIII

### La aplicación del índice (*Test II*)

Un segundo *test* al que han sido sometidas las tarifas de los servicios públicos privatizados corresponde a la sanción de la ley 25.561 de Emergencia Económica<sup>(127)</sup>, en tanto afecta a las tarifas de servicios públicos todas. Adelantamos que, en términos generales, lo prescripto en dicha ley implica, en los hechos y a primera vista, la derogación del elemento “índice” en la fórmula que antes describiéramos, esto es, la prohibición del reajuste, o, en términos de CASSAGNE, el regreso al sistema nominalista<sup>(128)</sup>.

El art. 8° de dicha ley establece que, entre otros, en los contratos de servicios públicos “quedan sin efecto las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio”. A propósito de la mentada suspensión del índice, la promencionada ley, en su art. 9°, autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar aquellos contratos, tomando en consideración diversos “criterios”, a saber: el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y de distribución de ingresos, la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente, el interés de los

(127) B.O. 7/1/02. Sancionada el 6/1/02, promulgada parcialmente el mismo día.

(128) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Los Contratos Públicos y la Ley de Emergencia*, en “Revista de Derecho Administrativo”, N° 39, Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002, pág. 137.

(125) Cit. n.118.

(126) Consid. X, sentencia cit., n. 118.

usuarios y la accesibilidad de los servicios, la seguridad de los sistemas comprendidos, y la rentabilidad de las empresas. Por su parte, el art. 10 de la ley 25.561 establece que lo dispuesto en los dos artículos anteriores "en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones". En síntesis, de la letra de la normativa reseñada, surgiría que la ley deja sin efecto el mecanismo indexatorio propiciando la renegociación a los fines de esa suspensión, y establece exigencias para con las firmas<sup>(129)</sup>. Ello, acompañado por el establecimiento de las tarifas en pesos -art. 8° de la ley citada- y la pesificación general de obligaciones del decreto 214/02.

(129) Esta interpretación, relativa a la causa de la renegociación, deja a salvo los mecanismos de reajuste -a operarse en sede regulatoria bajo el principio de especialidad, sobre cuyo contenido definitorio se ha explayado COMADIRA, JULIO, *Reflexiones sobre la Regulación...* cit., pág. 237- que usualmente se incluyen en los contratos cuyas tarifas están reguladas por medio de *price caps*. En efecto, este modo de regulación -como se vio- "congela" las tarifas que percibirá la firma: tal el mecanismo de los precios máximos o precios tope antes aludidos, que, en el plano general, se reajustan semestralmente por aplicación del índice y quinquenalmente por redeterminaciones del factor de eficiencia y, en su caso, de inversiones. También las "presiona" hacia la reducción por medio del objetivo de eficiencia, que se resta, y que la firma asume como riesgo propio, endógeno, bajo su control. Asimismo, prevé puede prevenir *ab initio* el traslado de determinados costos -véase texto correspondiente a notas 39 y 40).

Para hacer frente, entonces, a circunstancias especiales -que, desde cierta perspectiva podrían ser catalogadas de imprevistas o de "imprevistos contractualizados", pero que a efectos de la regulación por *price-caps* sólo responden a circunstancias "exógenas" a la firma en el equilibrio que debe rodear a los *caps*, esto es, causas que se hallan fuera del control de aquella- se prevén en los marcos regulatorios mecanismos de ajuste encararlas. Un ejemplo podría ser el las causales incluidas en la cláusula de circunstancias extraordinarias explicada en la sección VI en relación al modelo adoptado en el sector del agua; otro ejemplo podría emerger de las causas ponderadas a la luz del art. 46 de la ley 24.065 y su similar de la ley 24.076. El estudio de dichos cambios exógenos o incontrolables, en relación al riesgo regulatorio y a la exposición de los capitales a éste, puede verse en ALEXANDER, IAN, MAYER, COLIN y WEEDS, HELEN, *Regulatory Structure and Risk: An International Comparison*, prepared for PSD/PPI, World Bank, enero 1996, en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

Ello, sin perjuicio del análisis de la exacta incidencia del art. 8° de la ley 25.561 -derogatorio del índice- sobre la actual accesibilidad a dichos mecanismos de ajuste consagrados en los marcos regulatorios vigentes, cuestión que excede los límites de este trabajo.

En lo principal, posteriormente, mediante el decreto 293/02<sup>(130)</sup> se encomienda al Ministerio de Economía la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos, y se crea la respectiva Comisión de Renegociación<sup>(131)</sup>; luego, por decreto 370/02<sup>(132)</sup>, se define la integración de la Comisión, y por resolución 20/02<sup>(133)</sup> del Ministerio de Economía, se aprueban las normas de procedimiento para la renegociación de los contratos de prestación de obras y servicios públicos, enumerándose los contratos a los cuales se les deberá aplicar ese procedimiento.

En forma paralela, por resolución ME 38/02 [EDLA, 2002-A-221] se dispone que los entes reguladores deben abstenerse de adoptar decisiones en materia tarifaria; y por Res. ME 487/02<sup>(134)</sup> se exceptúa al Enre y al Enargas de las restricciones de aquella resolución, dictándose inclusive la Res. Enre<sup>(135)</sup> de convocatoria a audiencia pública<sup>(136)</sup> en el procedimiento respectivo de formación de la voluntad regulatoria<sup>(137)</sup> bajo el art. 46 de la ley 24.065 [EDLA,

(130) B.O. 14/2/02.

(131) Este decreto enumera los servicios públicos comprendidos: provisión de agua potable y desagües cloacales, distribución y comercialización de energía eléctrica, transporte y distribución de gas, telecomunicaciones de telefonía básica fija, transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo, concesiones viales con cobro a usuarios incluyendo los accesos a Buenos Aires, el sistema nacional de aeropuertos, los servicios portuario, el servicio postal, el servicio ferroviario de cargas, y las vías fluviales por peaje.

(132) B.O. 27/2/02.

(133) B.O. 20/3/02. Un análisis de esta resolución se encuentra en ROTA, PATRICIA, *Resolución M.E. 20/02 Las normas de procedimiento para la renegociación de los contratos de prestación de obras y servicios públicos*, en "Revista de Derecho Administrativo", Buenos Aires, LexisNexis Depalma, 2002, N° 40, págs. 471/476.

(134) B.O. 17/10/02.

(135) B.O. 22/10/02.

(136) Endeuzada a llevar adelante el procedimiento de ajuste bajo el art. 46 de la ley 24.065 solicitado por transportistas -por causas objetivas y justificadas, en el preliminar encuadre que el regulador efectúa-. Dicha convocatoria fue cautelarmente suspendida, JCAF N° 3: "Unión de Usuarios", del 14/11/02, resolución que, asimismo, fuera apelada.

(137) Ello, a fin de alcanzar el dictado del acto administrativo definitivo, combinación previa de actos que representan "el camino que inexorablemente debe transitarse", conforme la descripción de CANOSA, ARMANDO, *El Procedimiento como Elemento del Acto Administrativo*, en Acto Administrativo y Reglamento Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2002, ps. 51/63, esp. pág. 55.

1992-111] posteriormente suspendido por decisión judicial<sup>(138)</sup>.

Este segundo *test* -que en el plano formal puede calificarse como de suspensión legislativa del índice- al que han sido sometidas las tarifas resulta, prístinamente, más amplio, en sus efectos, que el que describimos en la sección anterior en tanto: a) se dejan sin efecto, en los contratos de servicios públicos, las cláusulas de ajuste en dólar o en otras divisas extranjeras y las cláusulas indexatorias basadas en índices de precios de otros países y cualquier otro mecanismo indexatorio<sup>(139)</sup>; y, al mismo tiempo, b) se establece que, aun en esas condiciones, las empresas no podrán suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones<sup>(140)</sup>.

La situación generada puede, sintéticamente, ser analizada de la siguiente manera, a la luz de las consideraciones vertidas en las secciones anteriores:

Primero, como específicamente señala CASSAGNE, el Estado, unilateralmente, ha "derogado" cláusulas contractuales de los respectivos contratos públicos, "modificándolos"<sup>(141)</sup>. Esta situación, a su vez, en caso de no ser recompuesta, conduciría a la rescisión contractual, según explica el citado autor<sup>(142)</sup>.

Segundo, la normativa reseñada afecta, tanto jurídica como económicamente, a las tarifas reguladas por medio de *price-caps*. Y lo hace de una forma aún más gravosa que si de una regulación por *cost-plus* se tratara. Veamos en detalle en qué se basa esta afirmación:

La fórmula empleada preponderantemente, como vimos en las secciones que anteceden, incluye un índice, un factor de eficiencia acompañado a veces por un factor de inversiones, y la periodicidad en las revisiones. No perdamos de vista que las privatizaciones, operadas a inicios de la década del 90, incluyen al menos una revisión quinquenal, hallándose en algunos casos -en virtud del *timing*- vencido el plazo para la segunda revisión quinquenal. Y en ese lapso, los índices, de aplicación semestral, se han venido aplicando -o debieron haberse aplicado- ininte-

rumpidamente en algunos casos más de una decena de veces.

En especial, y en relación a dicha fórmula, considerando que el sistema de regulación de tarifas por medio de *price-caps* consiste en el establecimiento, por el regulador, de un "precio máximo" que podrá percibir la empresa como retribución, tal que ésta deba mantener sus costos por debajo del máximo establecido para obtener ganancias<sup>(143)</sup> no pudiendo cobrar más que ese precio máximo, y dado que las tarifas así reguladas ponen en juego dos elementos (índice y factor, o factores) y un tercer elemento temporal (*timing* o periodicidad), la derogación o eliminación de uno de los términos de la fórmula desbarata a los restantes elementos de la misma. En el caso, al derogarse el índice se impide el contraste entre valores reales y nominales. Además, dicha fórmula se halla contenida en el acuerdo original<sup>(144)</sup> sobre el que descansan los derechos y expectativas de los cocontratantes a partir del momento de la privatización<sup>(145)</sup>, por lo que es aquel el que se ve afectado, concretamente de cara a la capacidad operativa de la empresa y el mantenimiento de su capital financiero.

En cuanto al índice el cual, en tanto proveniente de una economía estable como la norteamericana, reflejaría las variaciones de costos de los bienes y servicios considerados para la fijación de los cuadros tarifarios máximos -al momento de la privatización-, su derogación implica, *prima facie*, que la imposibilidad de reajuste conlleve un faltante de ingreso necesario para hacer frente a las obligaciones contraídas en la moneda de aquella economía. En efecto, en

(143) LORENTI, *Aproximación...*, cit., pág. 90.

(144) Se ha sugerido la expresión "contrato regulatorio" (*regulatory contract*) para tal relación, que involucraría no sólo la firma que presta el servicio y al Estado que privatiza, sino también al ente regulador competente. Ampliar en Budassi, *Licencias...*, cit., pág. 256, y en PARKER, D., *Caveat Emptor at Privatization? Reflections on the Regulatory Contract in the UK*, Occasional Paper 9, Centre for the Study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1997.

(145) Para la relación contractual en general, véase CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, cit., t. II, pág. 534. Para la hipótesis de revisión anticipada, véase ARIKO ORTIZ, GASPAS, *Teoría y Práctica de la Regulación para la Competencia (Hacia un nuevo concepto de servicio público)*, en "Revista de Derecho Administrativo", Depalma, Buenos Aires, 1995, N° 19/20, pág. 223 y sigs, esp. pág. 279.

(138) Véase n. 158.

(139) Ley 25.561, art. 8°.

(140) Ley 25.561, art. 10.

(141) CASSAGNE, *Evolución...*, cit., cap. XIII en pág. 6.

(142) CASSAGNE, *Evolución...*, cit., cap. XIII en pág. 6.

algunos casos las obligaciones se hallan contraídas en moneda extranjera —dólares estadounidenses—, obligaciones que, a su vez, fueron asumidas en el marco de las operaciones permitidas por el ordenamiento jurídico entonces vigente, que garantizaba una paridad entre el peso y el dólar, y en el marco de la libre decisión empresarial que dicho ordenamiento permite. Esa libre decisión que generó, en algunos casos, endeudamientos en moneda extranjera —a tasas muy inferiores a las ofrecidas en nuestro país— se hallaba, en todos los casos, motivada por la exigencia de eficiencia en la asignación de recursos o de ahorro en costos exigida normativamente por los respectivos pliegos<sup>(146)</sup>.

El elemento eficiencia, apreciado desde el punto de vista de quien sufraga la tarifa, también se ve comprometido por lo dispuesto en los arts. 8° y 10 de la ley 25.561. En efecto, como los *price-caps* se corresponden con la implementación de mecanismos —que, como vimos, ante un mercado monopólico por razones legales o naturales, recrean características propias de los mercados competitivos mediante la inclusión, y mantenimiento, de incentivos a la eficiencia, para la protección de los consumidores, tal que se permita monitorear de cerca las economías de la empresa<sup>(147)</sup>—, la derogación del índice, al afectar el cumplimiento del objetivo de eficiencia, predeterminado, coloca al usuario en situación de desprotección: éste se convierte en testigo de la menor eficiencia de la firma. Ello se verifica pues la firma no podría, al mismo tiempo, asumir su propio riesgo (cumplimiento de aquel objetivo), y el riesgo que contractualmente estaba desplazado hacia los usuarios (índice de variaciones de precios y servicios de economías estables tomados en cuenta al fijarse el precio inicial), pues ello no estaba previsto en el compromiso original.

Además, como vimos, bajo la regulación por *price-caps*, los usuarios se benefician con la eficiencia e innovaciones de la empresa (v. gr., con el empleo efectivo de la mano de obra, del capi-

tal y de otros recursos; con las dimensiones, frecuencia y localización de las inversiones; con el desarrollo de nuevas técnicas<sup>(148)</sup>). Dado que el propósito primario de este modo de regulación es proteger al consumidor<sup>(149)</sup> por lo que se trata de reducir los precios que éste paga en términos reales<sup>(150)</sup> y de obtener mejoras en el servicio, no de reducir las ganancias de la firma<sup>(151)</sup>, la eliminación del índice —destinado a atemperar los efectos de las variaciones incontralables para ésta, en el precio de los bienes y servicios tomados en cuenta para la fijación del precio inicial— acarrea, en los hechos, la imposibilidad de mejoras del servicio, si no su empeoramiento. Consiguientemente, la insistencia estatal en la exigencia de dichas mejoras en el servicio —cuando no su mero mantenimiento—, hallándose vigente la suspensión del índice, surte efectos directos sobre los derechos de propiedad de la firma bajo la apariencia de una *creeping expropriation*<sup>(152)</sup>.

Lo mismo ocurre en relación a la exigencia de que se mantenga incólumne, en general, el cumplimiento de las obligaciones de aquélla, no obstante la redacción del art. 10 de la ley 25.561. De tales obligaciones —como sabemos— la de mayor virtualidad en la propiedad de la empresa es la de cumplimiento del plan de inversiones, y la provisión del servicio con el nivel de calidad exigido en los respectivos marcos regulatorios.

(148) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., pág. 10.

(149) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., pág. 6: *From the point of view of public policy, the primary purpose of regulation is to protect the consumer.*

(150) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., pág. 35: *To avoid public misunderstanding, it should be clear that a price reduction of X per cent in real terms is consistent with a price increase in nominal terms.*

(151) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., pág. 6: *Regulation considers bringing pressure to bear on profits, wages, costs and efficiency as a means of reducing prices and improving other aspects of performance.*

(152) Esta cuestión es primordial. GORDILLO, en relación al sistema de restricciones sobre los depósitos bancarios, señalaba hacia en mayo del 2002, que todo el andamiaje absurdo debía ceder “para empezar a restituir los contratos privados entre particulares a lo que eran antes”; conf. GORDILLO, AGUSTÍN, *Justicia Federal y Emergencia Económica*, en “Control de la Administración Pública Jornadas Organizadas por la Universidad Austral”, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, págs. 117/122, esp. pág. 122, n. 13. De igual manera, creemos que los derechos de propiedad que surgen no ya de contratos entre particulares sino de concesiones y licencias, también deben ser devueltos a su estado anterior, evitándose los efectos erosivos del capital de medidas que, ulteriormente, perjudican a los usuarios.

(146) Este endeudamiento en moneda extranjera, y el consecuente *default*, es analizado por MAIRAL, HECTOR A., *Argentina: El Derecho en Tiempos de Cólera*, en Actualidad Jurídica Uría & Menéndez, N° 3/2002, págs. 9/23, esp. pág. 19, edición on line.

(147) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., pág. 28: *Rate of return schemes have a very poor track record on efficiency.*

Y así como se ha afirmado que las ganancias derivadas de los ahorros, en el marco de los *price-caps*, no podrán ser tan elevadas como para hacer peligrar la calidad del servicio<sup>(153)</sup>, tampoco debería hacerse peligrar esa calidad vedándose a los prestadores los ingresos que se aseguraron al establecerse el sinalagma contractual, que la fijaban como objeto a cumplir.

En cuanto a la periodicidad propia del *price-capping*, como ya dijimos, las revisiones del factor se operan fatalmente, al solo vencimiento del plazo<sup>(154)</sup>. En el caso de que se derogue el elemento índice de la fórmula, también el elemento temporal se ve afectado. Este fenómeno se explica de la siguiente manera: la firma tiene, prefijado, para el siguiente período, un objetivo de eficiencia a cumplimentar en un lapso determinado; y el sistema no prevé que pueda trasladar el riesgo por dicho cumplimiento a los usuarios. Ahora, el cumplimiento de ese objetivo depende, entre otros factores, de que la firma tenga, contemporáneamente, un ingreso ajustado por el índice: tal la integralidad de la fórmula. El menor ingreso por hallarse vedado el reajuste imposibilita el cumplimiento de aquel objetivo en tiempo y forma, pudiendo llegar a tornar el giro de la firma inviable.

Recordemos, asimismo, que la regulación de las tarifas por *price-caps* posee una doble función maximizadora: la función maximizadora del bienestar y la función maximizadora de las ganancias<sup>(155)</sup>. Así como la maximización de las ganancias debe tener como límite el posicionamiento de los consumidores (por lo que se deben establecer restricciones al determinarse el factor X, esto es, se establecen por vía regulatoria límites a los ahorros en eficiencia), la maximización del bienestar de los usuarios debe también tener un límite: que los precios que pueda cobrar la empresa no se reduzcan tanto que el giro de la firma se imposibilite. La derogación del índice, en los hechos, de cara al mantenimiento de las obligaciones —conforme al art. 10 precitado— conduce también a ese resultado.

(153) Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación...*, cit., pág. 415; DEVOTO, *Regulación...*, cit., pág. 77.

(154) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., pág. 35.

(155) BÖS, DIETER, *Pricing and Price Regulation an Economic Theory for Public Enterprises and Public Utilities*, Elsevier, Amsterdam, 1994, pág. 278 y sigs.

## IX Conclusión

Existen muchos modos de regulación de las tarifas, algunos de los cuales mencionamos antes en este trabajo. En nuestro país, en el marco de las principales privatizaciones —servicios de telecomunicaciones, transporte y distribución de electricidad y gas, y provisión de agua y cloacas— llevadas a cabo a principios de la década del 90, se optó preponderantemente por el sistema de *price-caps*, de un modo acorde con las entonces recientes privatizaciones británicas.

Las ventajas que ofrece ese modo de regulación son innumerables, y, entre ellas, cabe destacar:

a) la protección del usuario ante el monopolio en el que puede tener que ser prestado el servicio;

b) la garantía de eficiencia con que se beneficia al usuario, que se concreta en una reducción de costos por parte de la firma prestadora, reducción —cuyo cumplimiento como riesgo— pesa exclusivamente sobre ésta;

c) esas reducciones en eficiencia, dentro del factor X predeterminado, son compartidas con los usuarios, por lo que puede decirse que en tal sentido, el usuario se convierte en “socio” del prestador, cumpliéndose la función maximizadora del bienestar de aquéllos, conservando la firma las restantes, todo ello bajo condiciones de calidad del servicio dadas y con plena protección de los derechos de propiedad;

d) la carga regulatoria es aparentemente leve pues evita los pesados controles burocráticos propios de otros modos de regulación, en especial el de tasa de rendimiento.

Por lo demás, es el modo de regulación por el que se optara no sólo en Reino Unido sino también en los Estados Unidos, desde hace varias décadas en el sector de telecomunicaciones, y el que actualmente orienta en dicho país la desregulación eléctrica<sup>(156)</sup>.

Sin embargo, el equilibrio insito en los *price-caps* y los referentes de economías estables a él asociado, en los últimos dos años, ha ingresado en una severa crisis. Ha sufrido —está sufriendo— dos duras pruebas, de cara a la ley de converti-

(156) Los documentos en consulta pública en tal proceso se pueden consultar en [www.ferc.gov](http://www.ferc.gov).

bilidad para el período anterior a enero de 2002 al que nos hemos referido, y frente a la emergencia económica declarada por la ley 25.561 que propiciara –en lo que aquí interesa– la suspensión del índice, desbaratando la fórmula toda que brindara sustento a las tarifas oportunamente acordadas. La primera prueba será eventualmente decidida por la Corte Suprema por los períodos involucrados. La segunda prueba en curso ha abierto en forma paralela a la vía de los ajustes provisionales de sede regulatoria –como por ejemplo, los estacionales<sup>(157)</sup>– la vía administrativa de una renegociación de emergencia<sup>(158)</sup>.

(157) A título de ejemplo, también podrían transitar por esa vía regulatoria otros ajustes mencionados en el texto correspondiente a las notas 30 y 40.

(158) En el medio de dicha crisis, las decisiones del poder administrador –ordenando ajustes de emergencia, regulando la información puesta a disposición a los fines de la renegociación, derogando singularmente el régimen general de pesificación de las tarifas, vedando a los entes reguladores adoptar decisiones en materia tarifaria aun en casos de ejercicio de competencias propias dadas por el legislador, sustrayendo luego innecesariamente a dos de

Esperamos que ambas propicien el logro de la integración adecuada entre los fines e intereses en juego tal que, como destaca CASSAGNE, se “recomponga el equilibrio contractual”<sup>(159)</sup> de cada concesión o licencia; creemos que ello es lo que, en el largo plazo, protege al público usuario<sup>(160)</sup> ■

ellos de aquella orden– han suscitado pluralidad de decisiones de diversos matices en sede judicial, que abarcan, entre otras, las siguientes: CNACAF, sala IV: “Asociación Vecinal Belgrano” del 24/9/02; CNACAF, sala III: “Asociación Importadores y Exportadores” del 1/10/02; JCAF N° 8: “Caplan” del 16/5/02; JCAF N° 3: “Unión de Usuarios” del 24/9/02; JCAF N° 3: “Unión de Usuarios” del 14/11/02; CNACAF, sala III: “Unión de Usuarios” del 31/10/02; CNACAF, sala III: “Unión de Usuarios” del 18/12/02; JCAF N° 3: “Unión de Usuarios” del 25/2/03; JCAF N° 1: “Defensoría del Pueblo” del 10/12/02; JCAF N° 5: “Defensor del Pueblo de la Nación” del 12/12/02; JCAF N° 12: “Defensoría del Pueblo” del 17/2/03; JCAF N° 7: “Defensor del Pueblo de la Nación” del 4/3/03; las mismas han sido referenciadas en la conferencia de MIRIAM IVANEGA sobre “Control judicial de las tarifas de los servicios públicos” en las Jornadas de Servicio Público, Poder de Policía y Fomento organizadas por la Universidad Austral, 2003.

(159) CASSAGNE, *Evolución...*, cit., pág. 5.

(160) Véase nota 89 y su cita.