

Jurisprudencia Argentina

BS. AS. 30 / 08 / 2006 • ISBN 987-592-142-4 / FASCÍCULO N° 9

DIRECTOR: Alejandro P. F. Tuzio

2006 - III | Número Especial

- **DESAFÍOS
DE LA REGULACIÓN**

- COORDINADORA: Nidia K. Cicero

Contenido

DOCTRINA

Desafíos de la regulación. Pág. 2

La potestad reglamentaria de los entes reguladores

Por Alberto B. Bianchi. Pág. 3

El futuro de los servicios públicos

Por Juan C. Cassagne. Pág. 19

La especialidad de las normas del procedimiento jurisdiccional ante los entes reguladores

Por Julio C. Durand. Pág. 30

La regulación económica del servicio público como factor de seguridad jurídica

Por Daniel Nallar. Pág. 39

La distribución de energía eléctrica en las provincias de Tucumán, Jujuy y San Juan en la República Argentina. La recomposición de los contratos de concesión

Por Mariano Palacios. Pág. 51

La responsabilidad del Estado y de los concesionarios derivada de la prestación de servicios públicos privatizados

Por Pablo E. Perrino. Pág. 61

La asociación público-privada para el desarrollo de infraestructura en la Argentina

Por Pablo J. Piccoli y Gerónimo Rocha Pereyra. Pág. 69

La judicialización de la cuestión tarifaria. Apuntes desde la experiencia comparada

Por Estela B. Sacristán. Pág. 79

Servicios públicos y prudencia gubernativa

Por Jorge H. Sarmiento García. Pág. 88

enunciados, para lo que está facultada para solicitar al organismo promotor las aclaraciones, la documentación o los informes ampliatorios que considere pertinentes, para lo que el organismo cuenta con un plazo de treinta días.

Una vez verificado el cumplimiento de los requisitos expuestos y evacuadas las solicitudes, si las hubiere habido, la Comisión debe, dentro del plazo de 60 días, elevar un informe circunstanciado al Poder Ejecutivo Nacional en el que se analice el interés público comprometido y se aconseje la elegibilidad o desestimación de la propuesta de APP.

Así, el Poder Ejecutivo Nacional decidirá la calificación de interés público y la inclusión en el Régimen de Asociación Público-Privada establecido en el decreto bajo análisis. En caso de decretarse el interés público y la inclusión de la propuesta en este régimen, el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios iniciará el procedimiento de selección del socio privado

conforme a las leyes 13064 y 17520 y el decreto 1023/2001.

VII. CONCLUSIONES

La realidad es que pueden idearse diversas modalidades contractuales para el desarrollo de infraestructura pública, pero la viabilidad de las mismas se encuentra condicionada básicamente por tres aspectos: i) correcta evaluación de la factibilidad técnica y económica del proyecto; ii) adecuada asignación de los potenciales riesgos que garantice la seguridad jurídica de todos los involucrados; y iii) eficiente estructura de financiamiento.

De todos modos, a las condiciones expuestas debemos adicionar una más, que consiste en la actitud que adopte el Estado. Para que resulte exitoso cualquier proyecto de estas características es condición ineludible contar con un "socio estatal confiable" que garantice la seguridad jurídica en la toma de decisiones y que cumplimente los distintos compromisos que asuma.

La judicialización de la cuestión tarifaria

Apuntes desde la experiencia comparada

Por Estela B. Sacristán

SUMARIO:

I. Planteo.— **II. La Corte Suprema norteamericana y la revisión judicial de tarifas fijadas oficialmente.**— **III. Un punto de inflexión.**— **IV. El contexto. Sede regulatoria:** a) Inicio del procedimiento de ratemaking; b) Suspensión deferida al regulador; c) Legitimación en sede administrativa; d) El procedimiento de ratemaking. Participación. Motivación; e) Base legal para la participación; f) Carga de la prueba; g) El regulador no beneficia sólo a los usuarios; h) Caso por caso; i) Iniciativas legislativas.— **V. El contexto. Sede judicial:** a) Decisión definitiva; b) Discrecionalidad. Aspectos de oportunidad; c) Existencia de caso judicial; d) Carga de la prueba. Presunciones.— **VI. Reflexiones finales**

I. PLANTEO

La cuestión de la revisión judicial de las tarifas, sobre la cual se ha explayado la doctrina (1) y alrededor de la cual existe una vasta y polifacética experiencia jurisprudencial, siempre de elevada interés académico, es especial si se adopta el punto de vista del Derecho

comparado. Es que, como en el poema de Henry Wadsworth Longfellow, "la marea sube, la marea baja", originándose etapas ora de marcada intervención judicial, ora de mayor desjudicialización.

En dicho renglón cabe anotar que se habría acusado un notable descenso en los casos de revisión judicial

(1) Véanse, en especial, Grecco, Carlos M., "Potestad tarifaria, control estatal y tutela del usuario (a propósito de la privatización de ENTEL)", RDAdm. 1990-5, Ed. Depalma, p. 481 y ss.; Cassagne, Juan C., "El servicio público en el campo de la contratación administrativa", en Cassagne, Juan C. y Ariño Ortiz, Gaspar, "Servicios públicos, regulación y renegociación", 2005, Ed. Lexis-Nexis - Abeledo-Perrot, ps. 51/92, esp. ps. 72/75 para la revisión judicial en materia de protección de licencias y concesiones; y, específicamente, Ariño Ortiz, Gaspar, "Servicio público y control judicial. El caso de las tarifas", en Cassagne y Ariño Ortiz, "Servicios públicos..." cit., ps. 131/152.

de tarifas en el medio norteamericano (2). Al mismo tiempo, en la Argentina se advierte una sustancial judicialización de dichos planteos. Considérese, enunciativamente, que la Corte Suprema argentina ha debido dirimir, como máximo tribunal, trascendentes casos – algunos de ellos ya célebres– tales como el del rebalanceo telefónico (3); el del redondeo del *ticket* de subterráneo (4); el de instalación de medidor de agua en un edificio de propiedad horizontal con cargo al consorcio (5); el del encuadre tarifario del punto de suministro de alumbrado público (6); el de la procedencia del cargo por servicio universal y mejora ambiental (7); el de la suspensión cautelar del ajuste por el índice previsto en la fórmula para todas las licenciatarias de transporte y distribución de gas del país (8); entre muchos otros. Tal escena colocaría, *prima facie*, el peso de la decisión por fuera de los organismos habilitados para el dictado de resoluciones de alcance general y dentro de la esfera de actuación de la rama de gobierno llamada a decidir casos o controversias judiciales.

De otra parte, si se comparan las jurisprudencias norteamericana –en especial, la emanada de la Corte Suprema de los Estados Unidos– y argentina –especialmente la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, máximo tribunal del orden federal– en el campo del derecho procesal constitucional y en materia de revisión judicial de la actividad de la Administración, se advertirán múltiples puntos en común.

Más cuando se está ante la específica materia tarifaria ambas jurisprudencias parecerían haber adoptado, en ocasiones, senderos que se perciben como divergentes, y la *judicialización* ya apuntada podría ser un delicado extremo a tomar en cuenta. En el contexto norteamericano puede llegar a percibirse, en algún grado, una suerte de abdicación judicial en materia de revisión por la judicatura de las decisiones en materia tarifaria, situación que parecería diferir de la que se verificaría en el contexto argentino.

Ahora, si la jurisprudencia emanada de ambos máximos tribunales posee un bagaje común dadas algunas similitudes entre los textos constitucionales, cabe preguntarse qué factores habrían permitido esa especie de abdicación por parte del Poder Judicial en los Estados Unidos y qué se puede colegir de tal proceso. En especial, cabe reflexionar acerca de cómo es que esa abdicación pueda ser posible sin causar perjuicio a los derechos constitucionales de las partes involucradas. Y también corresponde indagar si aquélla, no obstante su cuño foráneo, es aconsejable o si, por el contrario, clama por alguna clase de modulación interpretativa. Es que un sector podría percibir en ese aparentemente reducido ámbito de revisión una denegación de justicia; y otro sector podría entender que una materia tan técnica como la tarifaria resulta ajena al escrutinio judicial. En otras palabras, vedar sin límites la intervención judicial parecería contrario a lo que se espera de todo Estado de Derecho con respecto a la actividad de la Administración (9); pero inadmitir el núcleo de política económica, irrevisable judicialmente, que anida en la fijación de las tarifas (10), o controlar judicialmente una tarifa o su ajuste sin que medie caso o controversia judicial, conllevaría que los magistrados se erigieran en administradores y reguladores a la vez, con agravio a la separación de poderes.

Como puede verse, el tema enfrentado es vasto. Por ello estas líneas indagan en el desarrollo norteamericano que condujera al antes mencionado descenso en los casos tarifarios que se revisan ante los tribunales federales, en especial la Corte Suprema norteamericana, haciendo hincapié en los factores que lo habrían tornado posible sin agravio constitucional.

II. LA CORTE SUPREMA NORTEAMERICANA Y LA REVISIÓN JUDICIAL DE TARIFAS FIJADAS OFICIALMENTE

La historia regulatoria norteamericana ofrece dos eta-

- (2) Breyer, Stephen G., Stewart, Richard B., Sunstein, Cass R. y Spitzer, Matthew L., "Administrative Law and regulatory policy", 2002, Aspen Law, Nueva York, p. 266.
- (3) "Prodelco v. PEN. s/amparo", Fallos 321:1252 (1998). Éste fue uno de los casos redistributivos entre usuarios del interior y de zonas urbanas; véase Aguilar Valdez, Oscar R., "El acto administrativo regulatorio", en AA.VV., "Acto administrativo y reglamento", jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, RAP, 2002, ps. 433/472, esp. p. 441.
- (4) "Fernández, Raúl v. Estado Nacional (PEN.) s/amparo", Fallos 322:3008 (1999).
- (5) "Defensor del Pueblo de la Nación v. Estado Nacional, PEN., MEOySP. y otros s/amparo ley 16986", Fallos 323:2519 (2000).
- (6) "Edenor S.A. v. resolución 664/1999 –ENRE.– (expte. 57522/97)", Fallos 327:1220 (2004).
- (7) "Defensor del Pueblo de la Nación v. EN. –PEN.– decretos 149/1997 y 1167/1997 s/proceso de conocimiento", Fallos 327:1402 (2004). Éste fue otro caso redistributivo entre usuarios servidos y usuarios potenciales; ampliar en Aguilar Valdez, "El acto administrativo regulatorio..." cit.
- (8) "Defensor del Pueblo de la Nación, incidente med. v. EN., PEN., Ministerio de Economía, decreto 1738/1992 y otro s/proceso de conocimiento", Fallos 328 (24/5/2005).
- (9) Véase, con provecho, Tawil, Guido S., "Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa", 2 tomos, 1993, Ed. Depalma.
- (10) Ampliar en Bianchi, Alberto B., "Control de constitucionalidad", t. II, 2002, Ed. Ábaco, p. 245.

pas claramente en la cual se sienten del Q d de la tari prudencia de opera una no es, su consa ejemplos de c eficacemente, a justa y razona Estado nortea dicho criterio teriormente e deral en opor creadora de l

Empero, dete inserción en e mite visualiza que enfrenta gislativament dar no brinda nifica el mism de delegació Judicial para alcances de a naían siendo diante sus so mentación de a las constan proceso difere tervenido el re lador a su fav siendo los ma sus solucione con apego a judicial variarí

- (11) Ampliar en
- (12) Constitució
- "Facultades de los fletes ferroviarios y pasajeros, se reglen las tarifas del Estado, y prohibido lograr el cumplimiento de las tarifas discriminatorias, Assemblies, whos discriminations, rates, and enfor en ED Supl. de
- (13) "(a)... La p transporte sujetos razonables para
- (14) "Munn v. Il
- (15) "Nebbia v.
- (16) 116 US. 31
- (17) 134 US. 4:

pas claramente diferenciables en materia tarifaria: una en la cual se aplican estándares o conceptos provenientes del *Common Law*, tales como el de razonabilidad de la tarifa, reconocido en la práctica y en la jurisprudencia desde el siglo XVI (11), y otra en la cual se opera una normativización de dichos estándares, estos es, su consagración en la norma positiva. Dos claros ejemplos de esta etapa normativizadora hacen, específicamente, al estándar según el cual la tarifa debe ser justa y razonable. Con la sanción de la Constitución del Estado norteamericano de Georgia del año 1877 (12) dicho criterio fue normativizado a nivel estadual. Posteriormente el mismo adquirió carta de ciudadanía federal en oportunidad de la sanción de la ley de 1887 creadora de la *Interstate Commerce Commission* (13).

Empero, detenerse en la forma en que se consagra la inserción en el texto legal del estándar respectivo permite visualizar otro fenómeno, más importante aún, que enfrenta al magistrado con el criterio prefijado legislativamente. Como la norma que consagra el estándar no brinda los precisos detalles acerca de qué significa el mismo, se verificaría, en los hechos, una suerte de delegación del Poder Legislativo a favor del Poder Judicial para que éste interprete, caso por caso, los alcances de aquél. Y así es que, caso por caso, terminarían siendo los magistrados los que proveerían, mediante sus soluciones judiciales, una suerte de reglamentación del estándar legal a interpretar, con apego a las constancias de la causa. También se percibe un proceso diferente para aquellos casos en que haya intervenido el regulador por previa delegación del legislador a su favor: si bien, caso por caso, terminarían siendo los magistrados los que proveerían, mediante sus soluciones judiciales, la mentada reglamentación con apego a las constancias de la causa, la actitud judicial variaría según se tratara de interpretar la volun-

tad del legislador o si, en su caso, hubiere mediado, además, actuación del regulador.

El fenómeno del párrafo precedente puede corroborarse si se estudia la jurisprudencia norteamericana en punto a la razonabilidad de diversas regulaciones de precios.

En el tantas veces citado fallo "*Munn v. Illinois*" (14), del año 1877, la Corte norteamericana debía ponderar la aplicabilidad de la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana a la fijación oficial de precios. En este fallo sostuvo no sólo que los Estados podían ejercer el poder de policía para controlar las tarifas y precios de las *public utilities* e industrias reguladas, sino que además esa fijación, por parte de la Legislatura, era concluyente y se hallaba exenta del control judicial. En esta línea interpretativa, años después, en "*Nebbia*" (15), señaló que sólo serían dejadas sin efecto en sede judicial las tarifas arbitrarias, discriminatorias o probadamente irrelevantes a la política que la Legislatura es libre de adoptar. De tal modo quedaba configurada la cuestión tarifaria como un asunto eminentemente legislativo, no judicial.

La entrada en escena de la admisión de la posibilidad de revisión judicial en materia tarifaria surge de los precedentes "*Railroad Commission Cases*" (16) y "*Chicago, M&SP. Railway Co. v. Minnesota*" (17). Del primero surge la procedencia de la intervención judicial cuando la Legislatura quisiera introducir una tarifa tan baja que resultare confiscatoria, esto es, que representare una expropiación sin indemnización. Y en el segundo fallo citado la Corte Suprema norteamericana afirmó que "la cuestión de la razonabilidad de las tarifas..., involucrando, como lo hace, el elemento de razonabilidad tanto en relación con la empresa como con relación al públi-

(11) Ampliar en Craig, P. P., "*Administrative Law*", 1999, Ed. Sweet & Maxwell, Londres, p. 342.

(12) Constitución de Georgia de 1877, tal como la ratificaran los votantes de ese Estado en diciembre de 1877, art. IV, "Facultades de la Legislatura con relación a los tributos", secc. II, párr. 1º: "La facultad y autoridad para reglar las tarifas de los fletes ferroviarios y de los pasajeros, evitando discriminaciones injustas; y requiriendo tarifas razonables y justas para cargas y pasajeros, se confiere, por la presente, a la Asamblea General, cuyo deber será el de: sancionar eventualmente leyes que reglen las tarifas de cargas y pasajeros, prohibir discriminaciones injustas en relación a las diferentes vías ferroviarias en este Estado, y prohibir que esas vías cobren tarifas que no sean justas y razonables, aplicando las penalidades adecuadas para lograr el cumplimiento de ello" ("*The power and authority of regulating railroad freight and passenger tariffs, preventing unjust discriminations, and requiring reasonable and just rates of freight and passenger tariffs, are hereby conferred upon the General Assembly, whose duty it shall be to pass laws from time to time, to regulate freight and passenger tariffs, to prohibit unjust discriminations on the various railroads of this State, and to prohibit said roads from charging other than just and reasonable rates, and enforce the same by adequate penalties*"). Puede ampliarse en nuestro "El concepto de tarifa justa y razonable", en ED Supl. de Derecho Administrativo, t. 2000/2001, p. 510 y ss.

(13) "(a)... La política del gobierno de los Estados Unidos consiste en proveer a la regulación imparcial de las modalidades de transporte sujetos a este subtítulo y (1) al regular esas modalidades... (D) alentar el establecimiento y mantenimiento de tarifas razonables para el transporte..." (conf. 49 USC. parág. 10101.a.1.d).

(14) "*Munn v. Illinois*", 94 US. 113 (1877).

(15) "*Nebbia v. New York*", 291 US. 502 (1934).

(16) 116 US. 307 (1886).

(17) 134 US. 418 (1890), esp. p. 458.

co, es eminentemente una cuestión para la revisión judicial, requiriendo el debido proceso de ley para su determinación. Si a la compañía se la priva del poder de cobrar tarifas por el uso de su propiedad, y tal privación tiene lugar en ausencia de una investigación por parte de la maquinaria judicial, se la priva de un uso legítimo de su propiedad, y, de tal modo, sustancialmente y en los efectos, de la propiedad misma, sin el debido proceso de ley...".

Esta jurisprudencia fue acotada en "*Budd v. New York*" (18) a aquellos casos en que la tarifa hubiera sido fijada por la comisión reguladora, y excluida de casos en que las tarifas hubieran sido fijadas por la Legislatura.

Finalmente, el ciclo jurisprudencial apuntado halla un *quietus* en "*Reagan v. Farmers Loan & Trust Co.*" (19) y en "*Smyth v. Ames*" (20), donde se concedió que también cuando hubiere sido la Legislatura la que fijara las tarifas ejercerían los magistrados la revisión judicial en materia tarifaria.

III. UN PUNTO DE INFLEXIÓN

Una ligera consideración de la jurisprudencia de la sección precedente podría dar a entender que se habría abierto la senda para la ilimitada intromisión de la judicatura en lo tarifario, no sólo ante la decisión tarifaria del legislador sino también ante la decisión tarifaria del regulador. Empero, un análisis más detenido de la experiencia norteamericana indicaría que no fue ése el concreto resultado alcanzado.

El punto de inflexión fue el caso "*Hope*" (21), del año 1944.

En este caso, cuyos detalles fácticos son minuciosamente reseñados por el tribunal, la Corte norteamericana sostuvo que:

"...cuando se impugna ante los tribunales la orden de la Comisión, la cuestión es si la misma, considerada en su integridad, reúne los recaudos de la ley... Bajo el estándar de justicia y razonabilidad lo que es dominante es el resultado alcanzado y no el método empleado...

Si el efecto total de la decisión tarifaria no puede ser calificado de injusto o irrazonable, la indagación judicial, bajo la ley, llega a su fin..."

Es por ello que se ha puntualizado que este fallo, de 1944, significó la abdicación de la Corte norteamericana (22) a su rol revisor de la valuación de la base-cálculo que puede conducir a tarifas más altas o más bajas— en un marco que requería tarifas justas y razonables, y, en un plano general (23), a resignar, a favor del organismo especializado, las correspondientes indagaciones.

Para así hacer el tribunal razonó: primero, que la determinación de las tarifas era una especie de fijación de precios; segundo, que la fijación de precios podía reducir el valor de la propiedad regulada; tercero, que la reducción del valor no invalidaba la acción regulatoria; debía arribarse a un justo valor en tanto producto final del proceso de determinación de las tarifas, no en tanto punto de partida; por último, no resultaba judicialmente revisable una decisión regulatoria que no afectaba en forma sustancialmente adversa los derechos del apelante a la luz del futuro accionar administrativo, y recurrir a los tribunales en tales circunstancias devenía prematuro o habría involucrado una cuestión extraña al control judicial.

Después del precitado "*Hope*" la revisión judicial, ante los tribunales federales, de casos tarifarios descendió en forma notable (24).

Y una ilustración sobre los alcances precisos de hasta dónde aceptaría la Corte Suprema una determinación tarifaria emanada de una comisión reguladora surge de un fallo del año siguiente, "*Market St. Ry.*" (25): la comisión reguladora había reducido la tarifa de la empresa de siete centavos a seis centavos en la visión de que la reducción del precio aumentaría el tráfico y daría a la firma una renta del 6%; en sede judicial el máximo tribunal convalidó constitucionalmente la medida en la inteligencia de que si se llegara a operar el aumento del tráfico se concretaría el rendimiento apuntado, y si las expectativas de aumento de tráfico hubieran sido infundadas, la firma no habría obtenido rendimiento alguno a partir de tarifa alguna.

(18) 143 US. 527 (1892).

(19) 154 US. 362 (1894), esp. p. 397.

(20) 169 US. 466 (1898).

(21) "*FPC. v. Hope Natural Gas Co.*", 320 US. 591 (1944).

(22) Breyer et al., "*Administrative Law...*" cit., p. 266.

(23) "*Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.*", 320 US. 591 (1944).

(24) Ampliar en Breyer et al., "*Administrative Law...*" cit., p. 266 y ss.

(25) "*Market St. Ry. v. Railroad Commn.*", 324 US. 548 (1945).

IV. EL CON

El descenso prevenido. Eto de factores en el ord bilitado ese (

Enumerar las les menciona pero, téngas procedimient *due Act*) sar de alcance e pectivamente son elaborad generalment seguida se v que las *rates*

En cuanto a l de fijación d que siguen, l cabeza de la

a) Inicio del

Los procedin dido de la fir investigación ser que quier el procedimie

b) Suspensi

En algunos si puede suspe oficio, la enti del máximo rado ese má agencia com tribunales ju

(26) Ampliar e

(27) Por ej., te

(28) Goodmar

(29) "*Trans Al*

(30) 49 USC.

(31) Goodmar

(32) "*Texas E*

(33) Conf. Lul

Public Sector l

mientos ampli

los entes regu

(34) Se explay

Breyer, Steph

IV. EL CONTEXTO. SEDE REGULATORIA

El descenso apuntado puede sorprender al lector desprevenido. Empero, bien cabe destacar que un conjunto de factores, en especial de índole legislativa, previstos en el ordenamiento norteamericano habrían posibilitado ese descenso.

Enumerar las medidas legislativas generales y sectoriales mencionadas excede el límite de este trabajo. Empero, téngase presente la ley federal que regula los procedimientos administrativos (*Administrative Procedure Act*) sancionada en 1946, que regula las normas de alcance general destinados a reglar el futuro prospectivamente (*rules*), actos generales que, en principio, son elaborados con participación previa en un contexto generalmente informal y excepcionalmente formal. Enseguida se volverá sobre ello, pues esa ley establece que las *rates* (tarifas) son *rules*.

En cuanto a los aspectos particulares del procedimiento de fijación de la tarifa bien cabe tomar en cuenta los que siguen, pues ubican importantes competencias en cabeza de la Comisión Reguladora.

a) Inicio del procedimiento de ratemaking

Los procedimientos tarifarios pueden comenzar a pedido de la firma, pero también pueden ser iniciados por investigaciones de oficio por la agencia, o bien puede ser que quien sufra la tarifa sea quien solicite se inicie el procedimiento (26).

b) Suspensión deferida al regulador

En algunos sectores las normas prevén que la Comisión puede suspender –y postergar–, a pedido de parte o de oficio, la entrada en vigencia de la nueva tarifa, dentro del máximo temporal que la ley habilite, y, que superado ese máximo la tarifa entra en vigencia, haya la agencia completado sus procedimientos o no (27). Los tribunales judiciales pueden revisar si la suspensión se

dictó dentro del ámbito de competencia de la agencia, pero si la agencia rechaza el pedido de suspensión, los tribunales no pueden frenar la entrada en vigencia de la tarifa (28). Y si la ley no prevé la posibilidad de suspensión, los tribunales sí pueden suspenderla, pero al solo efecto de evitar perjuicios “irreparables” durante la tramitación administrativa pendiente (29).

c) Legitimación en sede administrativa

La legitimación en sede administrativa es amplia, más laxa que la que se debe evaluar en una causa judicial (30), y ello es connatural al procedimiento administrativo, liberado de los más estrictos criterios para acceder a la jurisdicción judicial. Las asociaciones de usuarios pueden participar en el procedimiento efectuando presentaciones, pero no pueden participar en la producción de prueba o en las pruebas de testigos (31).

d) El procedimiento de ratemaking. Participación. Motivación

Como se adelantó, bajo la APA, las *rates* o tarifas son *rules* (5 USC, parág. 551.4). Como las *rules* o reglamentos reglan el futuro, las tarifas pueden ser modificadas sólo para el futuro –vgr., prospectivamente–; sólo podrán ser modificadas retrospectivamente si hubieran sido fijadas en forma provisional (32).

Las *rules* se elaboran mediante un procedimiento de *rulemaking*, que puede ser formal o informal, y las tarifas, como *rules*, generalmente son adoptadas mediante un procedimiento formal (33), si bien la Corte Suprema norteamericana no ha dejado en claro si el procedimiento de *ratemaking* debe ser formal, aun cuando la mayoría de las agencias adoptan el procedimiento formal (34). En síntesis, el procedimiento de fijación de la tarifa es, por regla, participativo, y la APA opera como un techo máximo (ver *infra*). La excepción a tal procedimiento participativo es que medie justa causa por la cual se infiera que ese procedimiento participativo será impracticable, innecesario o contrario al

(26) Ampliar en Breyer, Stephen, “*Regulation and its reform*”, 1982, Harvard University Press, Cambridge, Mass., ps. 36/37.

(27) Por ej., la *Interstate Commerce Act*, parág. 15.7; ampliar en “*Trans Alaska Pipeline Rate cases*”, 436 US. 631 (1978).

(28) Goodman, Leonard S., “*The process of ratemaking*”, PUR, t. I, 1998, Viena, Va., p. 53.

(29) “*Trans Alaska Pipeline Rate cases*”, 436 US. 631 (1978), esp. ps. 644/5.

(30) 49 USC, parág. 11701.b.

(31) Goodman, “*The process...*” cit., t. I, p. 54.

(32) “*Texas Eastern Transmission Corp. v. FERC.*”, 102 F.3d 174 (5th Cir. 1996).

(33) Conf. Lubbers, Jeffrey S., “*A Guide to Federal Agency Rulemaking*”, 1998, American Bar Association, Government and Public Sector Lawyers Division and Section of Administrative Law and Regulatory Practice, Chicago, p. 5. Sobre estos procedimientos ampliar en la ponencia pronunciada en este mismo congreso por Bianchi, Alberto B., “La potestad reglamentaria de los entes reguladores”.

(34) Se exploya sobre las dudas que deja entrever la Corte Suprema norteamericana en punto a exigir un procedimiento formal Breyer, Stephen, “*Regulation and its reform*”, 1982, Harvard University Press, Cambridge, Mass., esp. p. 380.

interés público (35), y la invocación de la justa causa se halla, a su vez, sujeta a control judicial (36).

Se colige de lo dicho que el acto que concluya el procedimiento de *ratemaking* deberá estar motivado, esto es, deberá reseñar las razones que lo fundan. Para los procedimientos formales la sección parág. 557.c.3.A prescribe que "todas las decisiones... forman parte del expediente e incluirán una declaración de (A) las determinaciones [fácticas] y conclusiones, y las razones o fundamentos para ello, acerca de todas las cuestiones materiales de hecho, derecho, o discrecionalidad presentadas en el expediente". Similar temperamento es adoptado en la *Model State Administrative Procedure Act* de 1981 (37), que es la ley modelo a efectos de las leyes de procedimiento administrativo de cada Estado. Así, la regla es el requerimiento de exposición de las determinaciones fácticas y conclusiones, las razones, los fundamentos de la decisión. Y en el caso de que la Administración brinde razones insuficientes, o directamente no las brinde, la única alternativa para el magistrado es reenviar el expediente a la sede administrativa a los fines de las investigaciones o justificaciones adicionales (38).

e) Base legal para la participación

Salvo que un procedimiento resulte inconstitucional por causar agravio a la cláusula del debido proceso, los tribunales no pueden ordenarle al regulador que adopte un procedimiento diferente sin base legal previa (39). En otras palabras, a los tribunales se les ha vedado el mejorar los procedimientos para la elaboración de actos de alcance general que adopta cada comisión según su normativa específica.

f) Carga de la prueba

Sea iniciado el procedimiento a pedido de una firma o bien a pedido de quien sufragó la tarifa, la carga de la prueba pesa sobre quien solicite el aumento o la reducción de la tarifa (40).

g) El regulador no beneficia sólo a los usuarios

La facultad que posee el regulador de determinar cuál es una tarifa justa y razonable es ejercicio de facultades "de equidad" y depara, por ende, alcanzar un resultado justo para todas las partes interesadas (41): aquí lo equitativo es lo razonable, y la solución equitativa o razonable no puede pasar por alto las prescripciones de la normativa aplicable (42). La fijación de las tarifas, en esta tesitura, involucra equilibrar los intereses del inversor y los del usuario. En tal sentido, se ha puntualizado que "Desde el punto de vista del inversor o de la empresa, es importante que haya suficientes ingresos no sólo para los costos operativos sino también para los costos del capital... Éstos incluyen el servicio de la deuda y los dividendos... De acuerdo con ese estándar, el rendimiento para la firma debe ser comparable con la rentabilidad sobre inversiones que obtienen otras firmas que sufren riesgos equivalentes. Ese retorno, es más, debe ser suficiente para asegurar la confianza en la integridad financiera de la empresa como para mantener su crédito y atraer capitales" (43).

h) Caso por caso

Como regla general, el regulador se halla vinculado al precedente: todas las industrias reguladas deben recibir igual trato o mediará indebida discriminación (44). La aplicación del precedente tiene sus límites; empero, no se lo puede aplicar soslayando las constancias del expediente o se configurará un error apelable en sede judicial (45). Ahora, en materia tarifaria no existe la cosa juzgada, o *stare decisis* (46); el regulador, de cara a nuevos desarrollos o a la luz de la consideración de los hechos relevantes y de su competencia, puede alterar sus interpretaciones pasadas y revocar anteriores decisiones administrativas y prácticas de esa índole. Se supone que las agencias reguladoras, dentro de los límites legales y de una administración justa y prudente, pueden adaptar sus normas y prácticas "de conformidad con las necesidades de la Nación en una economía volátil y cambiante... [A las agencias] no se les exige ni

se supone que de los límites

i) Iniciativas

El regulador e da -acotada, ocasiones p Congreso o e acuerdan uni esa compete se la puede a un capricho todo ello, baj Corte reflexio ropaje de ejer ramente adm una comisión tades a ella (fue ejercitad: pedita" (48).

V. EL CONT

Además, cal judicial de la bajo la Ley i orden federa esa ley se ha entre la mate órganos y en

a) Decisión

Así, se requir judicialment por lo que no de acción pl Rigen asimis miento de la administrativ

b) Discrecio

Se veda, baj de la Admini

- (47) "America
- (48) "ICC. v. li
- (49) Ampliar e
- (50) "Franklin
- (51) 231 US.
- (52) "Ohio Va
- (53) 174 US.
- (54) "San Die
- US. 39 (1917
- (55) 222 US.

(35) 5 USC. parág. 553.b.3.13.

(36) "Tennessee Gas Pipeline Co. v. FERC.", 972 F.2d 376 (DCCir. 1992).

(37) "Selected federal and state administrative and regulatory laws", 1999, West, St. Paul, Minn., p. 299 y ss.

(38) Davis, Kenneth C., "Administrative Law treatise", t. I, 1994, Ed. Little Brown and Co., Boston, p. 394.

(39) "Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council", 435 US. 519 (1978), esp. ps. 524/525; "Pension Benefit Guar. Corp. v. LTV Corp.", 496 US. 633 (1990), esp. ps. 654/655.

(40) Véase, por ej., 49 USC. parágs. 10701.a y 10709.d.e.

(41) En este sentido, el *justice* Frankfurter en "Rochester Telephone Co. v. US.", 307 US. 125 (1939), esp. p. 142.

(42) "AT&T v. FCC.", 487 F.2d 865 (2nd Cir., 1973), esp. p. 881.

(43) "FPC. v. Hope Natural Gas Co.", 320 US. 591, 603 (1944), con cita de "Chicago GT. Ry. v. Wellman", 143 US. 339, esp. ps. 345/346 (1892); "Missouri ex rel. Southwestern Bell Tel. Co. v. Public Serv. Commission", 262 US. 276, esp. p. 291 (1923).

(44) "Tennessee Gas Pipeline Co.", 12 PUR4th 464 (1990), esp. p. 474.

(45) "Alabama Power v. Alaska Public Service Commission", 390 So.2d 1017 (Alaska, 1980), esp. p. 1026.

(46) "Tagg Bros. & Moorehead v. US.", 280 US. 410 (1930), esp. p. 445.

se supone que regulen el presente y el futuro dentro de los límites inflexibles del pasado" (47).

i) Iniciativas legislativas

El regulador ejerce competencia reglamentaria delegada –acotada, por ende, a la delegación recibida– y en ocasiones puede enviar propuestas legislativas al Congreso o a la Legislatura estadual. Los tribunales acuerdan una fuerte presunción de validez al fruto de esa competencia sustancialmente normativa, y sólo se la puede atacar por arbitrariedad, por representar un capricho o por ser de otra manera irrazonable; todo ello, bajo la APA. En 1910, en "ICC. v. Illinois", la Corte reflexionó: "[los tribunales no pueden], 'bajo el ropaje de ejercer la jurisdicción, usurpar funciones meramente administrativas' a fin de soslayar una orden de una comisión que se halla dentro del ámbito de facultades a ella delegadas, con base en que esa facultad fue ejercitada de manera inadecuada o en forma expedita" (48).

V. EL CONTEXTO. SEDE JUDICIAL

Además, cabe apuntar los lineamientos de la revisión judicial de la actividad administrativa en lo general y bajo la Ley de Procedimientos Administrativos en el orden federal (49): el derecho a la revisión judicial bajo esa ley se halla fuertemente limitado, sin diferenciarse entre la materia tarifaria y las demás decisiones de los órganos y entes de la Administración.

a) Decisión definitiva

Así, se requiere, bajo la APA, que la decisión a revisar judicialmente sea *final* o *definitiva* (5 USC, parág. 704), por lo que no se pueden impugnar en sede judicial cursos de acción planificados o programas regulatorios (50). Rigen asimismo, según los casos, las reglas del agotamiento de la instancia administrativa ("exhaustion of administrative remedies") y sus excepciones.

b) Discrecionalidad. Aspectos de oportunidad

Se veda, bajo la APA, la revisión judicial de decisiones de la Administración "confinadas por la ley a la discre-

cionalidad de la agencia" (5 USC, parág. 701.a.2). En lo estrictamente tarifario se limita la revisión judicial mediante la dicotomía trazada entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho.

La decisión que aprueba la tarifa tendrá aspectos de hecho que se relacionan sólo con la conveniencia y que son irrevisables judicialmente, y contendrá también otras determinaciones que hacen a las facultades de la Comisión y a la prohibición de confiscación, aspectos que sí son revisables por el magistrado. Esta distinción surge de "Louisville & Nashville RR. v. Garrett" (51), en el cual se sostuvo que debía analizarse, en el caso, si "la Comisión, al establecer la tarifa, actuó dentro de sus facultades", y si "no violó derechos constitucionales... imponiendo requisitos confiscatorios".

Abandonada la doctrina de 1920 producida en "Ben Avon" (52) –según la cual un tribunal judicial podía decidir con independencia sobre las cuestiones de hecho y de derecho–, se ha sostenido que las determinaciones fácticas en punto a la razonabilidad de la tarifa no pueden ser dejadas sin efecto por los tribunales (conf. "San Diego Land Company v. National City" [53], entre otros precedentes [54]).

En "ICC. v. Union Pacific RR." (55), caso en el que se revisaban las determinaciones fácticas efectuadas por la Interstate Commerce Commission, se sostuvo que "Las cuestiones de hecho podrán estar involucradas en la determinación de cuestiones de derecho, de modo tal que una decisión, aparentemente regular, podrá ser dejada sin efecto si aparece una tarifa lo suficientemente baja como para ser confiscatoria...; o si la Comisión actúa tan arbitraria e injustamente como para fijar tarifas contrarias a las pruebas producidas, o sin pruebas que las sustenten; o si las facultades ejercidas han sido desplegadas de modo tan irrazonable como para provocar su inclusión en la elemental regla de que de que es la sustancia, y no la sombra, lo que determina la validez del ejercicio de esa potestad... En la determinación de estas cuestiones mixtas de derecho y de hecho, la Corte se limita al interrogante último de si la Comisión actuó dentro de su competencia. No considerará la celeridad o la conveniencia de la decisión, o la posibilidad de que ante testimonios similares hu-

(47) "American Trucking Association v. Atchinson, T. & S. F. Ry. Co.", 387 US. 397 (1967), esp. p. 416.

(48) "ICC. v. Illinois Cent. R.R.", 215 US. 452, 470 (1910).

(49) Ampliar en Tribe, Laurence, "American Constitutional Law", vol. I, 2000, Ed. Foundation Press, Nueva York, p. 286 y ss.

(50) "Franklin v. Massachusetts", 505 US. 788 (1992), esp. ps. 795/798.

(51) 231 US. 298, 310-13 (1913).

(52) "Ohio Valley Co. v. Ben Avon Borough", 253 US. 287 (1920).

(53) 174 US. 739, 750, 754 (1899). Íd., "Minnesota Rate Cases, Simpson v. Shepard", 230 US. 352, 433 (1913).

(54) "San Diego Land & Town Co. v. Jasper", 189 US. 439, esp. ps. 441/442 (1903). También, "Van Dyke v. Geary", 244 US. 39 (1917); "Georgia Ry. v. Railroad Commission", 262 US. 625, esp. p. 634 (1923).

(55) 222 US. 541, esp. ps. 547/548 (1912). También, "ICC. v. Illinois Cent. R.R.", 215 US. 452, esp. p. 470 (1910).

quiera arribado a una resolución similar... La conclusión [de la Comisión], por cierto, se encuentra sujeta a revisión, pero cuando está avalada por pruebas, se la acepta como definitiva... los tribunales no examinarán los hechos más allá de [lo necesario] para determinar si había pruebas sustanciales para fundar la decisión" (56).

c) Existencia de caso judicial

Además, el caso debe hallarse *maduro* a efectos de la revisión judicial (57) para evitar que "los tribunales, a través del desplazamiento de decisiones prematuras, no se involucren en desacuerdos abstractos en relación a las políticas administrativas" (recaudo de madurez del agravio), o, desde otra perspectiva, para proteger a las agencias de la intervención judicial hasta que se haya formalizado la decisión administrativa y sus efectos sean sentidos de forma concreta por los impugnantes (recaudo de actualidad del gravamen).

Es en este escenario que, además, la doctrina de la jurisdicción primaria administrativa cobra renovados bríos cuando se intenta reclamar contra una tarifa irrazonable o discriminatoria directamente ante la justicia: es claro que se trata de casos que requieren soluciones uniformes (58).

Aun cuando la firma puede ir a la sede judicial para obtener una medida cautelar contra tarifas confiscatorias sin tener que esperar indefinidamente hasta que se pronuncie la Comisión (59), el tribunal no debe interferir cuando aún no se hayan producido los resultados prácticos emergentes de la aplicación de la tarifa impugnada (60).

d) Carga de la prueba. Presunciones

Quien impugna la tarifa carga con la prueba (61) y, en

su caso, debe ofrecer un caso de "manifiesta invalidez constitucional" (62).

Sin subestimar la posibilidad judicial de declarar la inconstitucionalidad de las tarifas sobre la base de la privación sustancial del debido proceso, la Corte norteamericana ha señalado que no corresponde dejar sin efecto un resultado tenido por ella por justo sobre la mera base de las tachas de que pueda ser pasible el método empleado por la Comisión: "La decisión de la Comisión no entra en sospecha por el mero hecho de que sea impugnada. El producto del juicio [administrativo] experto lleva consigo una presunción de validez. Y pesa sobre aquel que la impugna... la pesada carga de demostrar convincentemente que es inválida por ser injusta o irrazonable en sus consecuencias" (63).

Va de suyo que en el ámbito norteamericano el estándar de la tarifa justa y razonable no obliga a los organismos que fijan las tarifas a aplicar una fórmula o combinación de fórmulas (64). Los organismos a quienes se delega esta potestad normativa tienen libertad, dentro del ámbito de su competencia normativamente fijada, de efectuar ajustes programáticos requeridos por las circunstancias en particular (65). Y si bien se ha afirmado que una asignación de costos involucra juzgar sobre una miriada de hechos por no tratarse de una ciencia exacta (66), cuando la ley establece una fórmula el regulador debe respetarla.

Por último, con posterioridad a la crisis del '30 rige "Crowell" (67), conforme al cual no se puede ordenar una compensación tarifaria al usuario o a la firma impugnante cuando los hechos no han sido probados como para permitir su redargución (68); y el hecho de que la Comisión no se halla obligada a seguir las reglas del procedimiento civil no invalida el procedimiento administrativo en la medida en que no se hayan violado derechos sustanciales de las partes (69).

(56) Íd. nota precedente.

(57) Véase "Abbot Laboratories v. Gardner", 387 US. 136 (1967), esp. ps. 148/149.

(58) Ampliar en Reese, John H., "Administrative Law. Principles and practice", 1995, West, St. Paul, Minn., p. 679; Bonfield, Arthur E. y Asimow, Michael, "State and Federal Administrative Law", 1989, West, St. Paul, Minn., p. 737.

(59) "Smith v. Illinois Bell Tel. Co.", 270 US. 587 (1926).

(60) "Willcox v. Consolidated Gas Co.", 212 US. 19 (1909).

(61) "Des Moines Gas Co. v. Des Moines", 238 US. 153 (1915).

(62) "Minnesota Rate Cases (Simpson v. Shepard)", 230 US. 352, esp. p. 452 (1913).

(63) "FPC. v. Hope Natural Gas Co.", 320 US. 591, esp. p. 603 (1944). En igual sentido, "Wisconsin v. FPC.", 373 US. 294, esp. ps. 299, 317 y 326 (1963), criterio convalidado en "Permian Basin Area Rate Cases", 390 US. 747 (1968).

(64) A diferencia de lo que ocurre bajo los *price-caps*; cabe remitir a las reflexiones finales de este trabajo.

(65) "FPC. v. Natural Gas Pipeline Co.", 315 US. 575 (1942), esp. p. 586.

(66) "Colorado Interstate v. FPC.", 324 US. 581 (1945), esp. p. 589.

(67) "Crowell v. Benson", 285 US. 22 (1932).

(68) "Interstate Commerce Commission v. Louisville & Nashville R. R. Co.", 227 US. 88, esp. p. 93; "The Chicago Junction Case", 264 US. 258, esp. p. 263; "United States v. Abilene & Southern Railway Co.", 265 US. 274, esp. p. 288.

(69) "Interstate Commerce Commission v. Baird", 194 US. 25, esp. p. 44; "Spiller v. Atchison, T. & S. F. Ry. Co.", 253 US. 117, esp. p. 131; "United States v. Abilene & Southern Railway Co.", 265 US. 274, esp. p. 288.

VI. REFLU

Resulta in-
cidencia e
materia de
aspectos
especial, l
rifario. Ent
chos (71)
teriorment
gura guía
Poder Jud
usuarios o

Casos con
ciales -los
"Defensor
"Edenor";
"Defensor
jero" (72)-
compara t
de caso ju
sí mismo,
a efectos (

Desde el fo
de ser desi
ricana, Bre

"Los juece
para asegi
dato legisl
tos estánd
decisiones

(70) A tal fi
Ortiz, "Servi
(71) Al hac
Ed. Civitas,
(72) Citada:
(73) Breyer,
(74) En est
Basingstoke
en virtud de
todavía vige
Enargas 26
y Carlos M.
(75) Amplia
Depalma, p.
precio del g
(76) "Defen
(77) Para q
cita de "Sch
distinto esta
R. v. EN., M

VI. REFLEXIONES FINALES

Resulta inevitable hallar innumerables puntos de coincidencia entre criterios sentados por la doctrina (70) en materia de revisión judicial de las tarifas y los múltiples aspectos enumerados en la sección precedente. En especial, los relativos al estadio judicial del planteo tarifario. Entre esos aspectos, son probablemente los hechos (71) que conforman el caso administrativo y posteriormente el caso judicial los que brindan la más segura guía al momento de requerirse la intervención del Poder Judicial, sea tal intervención solicitada por los usuarios o bien por las empresas prestadoras.

Casos como los tramitados por ante los estrados judiciales —los ya mencionados “Prodelco”; “Fernández”; “Defensor del pueblo sobre resolución ETOSS. 12”; “Edenor”; “Defensor del pueblo sobre cargo Suma”; “Defensor del pueblo sobre ajustes por el índice extranjero” (72)— presentan modulaciones diversas si se los compara tan sólo desde el punto de vista del recaudo de caso judicial, presupuesto procesal que depara, en sí mismo, la verificación de legitimación procesal activa a efectos de la pretensión esgrimida.

Desde el foro de la doctrina norteamericana, y años antes de ser designado *justice* de la Corte Suprema norteamericana, Breyer (73) señaló que en una primera etapa:

“Los jueces escudriñaban las decisiones de la agencia para asegurarse de que guardaran arreglo con el mandato legislativo otorgado a la agencia... Empleando estos estándares, los jueces dejaron sin efecto muchas decisiones de las agencias hasta el *New Deal*. En esa

ocasión, el Poder Judicial, si bien empleando los mismos estándares como regla, comenzó, en la práctica, a demostrar mucha más deferencia hacia las agencias. Las agencias quedaron con pocos controles sobre su discrecionalidad, salvo por el control de la disciplina profesional... Hacia 1965 se sancionó la Ley de Procedimientos Administrativos... complementada más recientemente con leyes y regulaciones que aumentan la participación”.

En la Argentina existen entes reguladores —las agencias aludidas—; existe escaso espacio para la discrecionalidad en la modalidad tarifaria adoptada originariamente en las privatizaciones —*price-capping*— (74), y esa modalidad prevé la participación (75).

A todo evento, ya en sede judicial —no debe olvidarse que en todo Estado de Derecho la actividad de la Administración debe, en principio, poder ser controlada por los magistrados—, cuando de impugnaciones de tarifas se trata, el cumplimiento del recaudo de caso o controversia judicial —incluso en el marco de pretensiones cautelares (76)—, y, por ende, el del requisito de legitimación procesal activa (77), resguardará el rol de la que puede ser visualizada como la rama más débil del gobierno: en las condiciones descritas, se evitará que en la sede diseñada constitucionalmente para el dictado de normas de alcance particular con fuerza de verdad legal en el marco de casos o controversias se corra, ocasionalmente, el albur de producir decisiones de competencia de los órganos y entes del Estado habilitados para el dictado de actos de alcance general, y los actos de fijación de las tarifas lo son, en lo que a los usuarios respecta.

(70) A tal fin cabe remitir a Ariño Ortiz, Gaspar, “Servicio público y control judicial. El caso de las tarifas”, en Cassagne y Ariño Ortiz, “Servicios públicos...” cit., ps. 131/152.

(71) Al hacerse especial hincapié en los hechos del caso se sigue a Gordillo, Agustín, “El método en Derecho”, cap. V, 1988, Ed. Civitas, Madrid.

(72) Citadas en las notas 3 a 8 de este trabajo.

(73) Breyer, “*Regulation and its reform...*” cit., p. 378.

(74) En este sentido, Bailey, Stephen J., “*Public sector economics. Theory, policy and practice*”, 2002, Palgrave, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, esp. p. 367. Téngase presente, empero, la suspensión, en los hechos, de las fórmulas de los *price-caps* en virtud de la ley 25561, ley de emergencia de principios de 2002 que suspendió la aplicación del índice previsto en aquéllas, todavía vigente, al menos en lo que hace al mercado interno (cfr. C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, “Colbún S.A. v. Resoluciones Enargas 2687/2002, 2773/2002, 2796/2003 y 2812/2003”, sent. del 27/5/2005, suscripta por los Dres. Jorge E. Argentó y Carlos M. Grecco, no recurrida).

(75) Ampliar en Boullaude, Gustavo, “El decreto 1172/2003 y los servicios públicos”, RDAdm. 2004-51, Ed. LexisNexis - Depalma, p. 133 y ss., y su cita de Massimino, Leonardo, “El *passthrough* del gas. Los ajustes de tarifa por variaciones en el precio del gas en boca de pozo”, Cuadernos del CER, n. 2, 2001, Ed. La Ley, ps. 28/29.

(76) “Defensor del Pueblo de la Nación v. EN., PEN., s/amparo ley 16986”, Fallos 321:1187 (1998).

(77) Para que no se ejerza el gobierno mediante medidas cautelares; conf. “Prodelco v. EN.”, Fallos 321:1252 (1998), con cita de “*Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*”, 418 U.S. 208 (1974). La Corte Suprema reiteró en otro supuesto distinto esta interpretación, al hacer suyo el dictamen de la procuradora fiscal María G. Reiniz en el caso “Mosquera, Lina R. v. EN., Ministerio de Economía s/acción meramente declarativa, sumarisimo”, Fallos 326:1007 (2003).