

Servicio Público, Policía y Fomento

Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho



2004



NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TARIFAS. SISTEMAS TARIFARIOS

ESTELA B. SACRISTÁN

Es abogada, especialista en Derecho Administrativo Económico, UCA (1998). Admitida en el Doctorado de la UBA (2000).

Es profesora adjunta de Derecho administrativo comparado (Master en Derecho administrativo de la Universidad Austral) y de Derecho procesal constitucional de la Escuela del Cuerpo de Abogados del Estado de la Procuración del Tesoro de la Nación.

Es miembro del Instituto de Derecho administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

Se desempeña como Secretaria de redacción de la Revista de Derecho administrativo, colaboradora permanente de la Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública.

Obtuvo el premio Corte Suprema de Justicia de la Nación, instituido por Acordada 6/91 (1995).

Actualmente, se desempeña como relatora de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso administrativo Federal.

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 Cassagne¹: 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 media 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–.² Asimismo, debemos tener presente que el Estado cumple un rol como gestor del Bien Común,³

* Las secciones I a VII de este trabajo se basan en la exposición efectuada el 06-11-01 en el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, cuyo director es el Dr. Juan Carlos Cassagne. La autora agradece también los calificados aportes recogidos en el marco de la carrera de Especialización en Regulación de los Servicios Públicos, Universidad Austral, durante el año 2003.

¹ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 6a ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, T. II, p. 513.

² Cassagne, *Derecho* [...], op. cit., T. II, p. 512. En sentido concordante, se afirma que hay monopolio natural cuando un mercado es servido en forma más eficiente por una sola firma, confrontar Harrison, Jeffrey, *Law and Economics*, West, St. Paul, Minn., 1995, p. 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, p. 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, p. 149 y sigs.

conforme enseña Comadira; en ese contexto, se sigue que, en el cumplimiento de ese papel, deba proteger al usuario ante los monopolios.⁴

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 remuneración del prestador.

El presente trabajo abarca dos temas centrales a fin de lograr una aproximación a un estudio de las tarifas: la naturaleza jurídica de las mismas, y los modos por medio de los cuales se la puede regular. Sin embargo, un análisis puramente teórico de esos dos temas sacrificaría la incidencia que podrían tener en la situación de emergencia declarada por la Ley N° 25.561.

Así, en pos de una visión integradora, se incluyen, en una primera parte, una breve conceptualización provisional de la naturaleza jurídica de las tarifas de cara a la pluralidad de relaciones en las cuales se hallan inmersas (Sección II); los objetivos del privatizador, cuestión anexa de ineludible consideración en un enfoque integral (Sección III); una descripción de algunos modos de regulación de las tarifas (Sección IV); los *price-caps* en general y en las privatizaciones argentinas (Secciones V y VI, respectivamente); y la mención de dos importantes *tests* a los que están siendo sometidos aquéllos (Secciones VII y VIII, respectivamente).

Luego nos detendremos en la cuestión de la naturaleza jurídica de las tarifas según la jurisprudencia de la Corte Suprema (Sección IX).

Finalmente, esbozaremos las conclusiones pertinentes (Sección X), en el marco de un debate que aún no ha concluido.

II. PRELIMINAR SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA

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 contractual⁵. Para los usuarios, en cambio,

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, pp. VI-3/VI-6.

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”, confrontar Cassagne, *Derecho* [...], op. cit., T. II, p. 527.

la tarifa se presenta como un acto de alcance general, y coinciden en este punto, en el ámbito de la doctrina nacional, tanto Cassagne⁶ como Bianchi⁷.⁸

Volveremos sobre este tema en la Sección IX de este trabajo, bastando los conceptos provisionalmente vertidos a los fines de las Secciones III a VIII que siguen.

III. LOS OBJETIVOS DEL PRIVATIZADOR

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 con el 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 alguno⁹ 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.¹⁰ 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,¹¹ resulta esclarecedor enfocarlo a partir de la

⁶ Cassagne, *Derecho [...]*, op. cit., T. II, pp. 443 y 522.

⁷ Bianchi, Alberto B., *La Regulación Económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, T. I, p. 327.

⁸ Igualmente, véase Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, 4a. ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1993, T. II, pp. 226-227; y este trabajo, sección IX *in fine, infra*.

⁹ Puede verse, entre otros, Gordillo, Agustín, "Las Ganancias sin Límite Objetivo Alguno", en su *Cien Notas de Agustín - Notas Asistemáticas de un Lustró de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, p. 138 y sigs.

¹⁰ Confrontar la información que se brinda en 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.

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, p. 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, p. 227 y sigs., esp. p. 253.

denominada Ley de Liebenstein,¹² 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,¹³ ineficiencia X en la terminología del citado autor que puede calificarse de exógena o endógena, según el origen de sus causas.¹⁴ 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.¹⁵ 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;¹⁶ de allí, entendemos, la conveniencia de la privatización. Las empresas de propiedad estatal se caracterizarían, en esta escena, por los costos ineficientemente elevados, hallándose 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. Ello –en ambos casos– genera una ineficiencia X.¹⁷ 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)¹⁸; además, el aumento de los ingresos por mediar una mejor eficiencia asignativa resulta trivial comparado con el aumento derivado de una mayor eficiencia X.¹⁹

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 desproporcionados en relación a los fines perseguidos, ya que en ambos casos repercutirían, eventualmente, en los usuarios o en la comunidad toda según el origen de los recursos del regulador.

¹² Liebenstein, Harvey, "Allocative Efficiency versus X-Efficiency", en *American Economic Review*, Vol. LVI, N° 3, junio 1966, p. 392 y sigs.

¹³ Liebenstein, "Allocative Efficiency [...]", op. cit., p. 413: "For a variety of reasons people and organizations normally work neither as hard nor as effectively as they could"

¹⁴ Confrontar Vispo, Adolfo, *Los Entes de Regulación — Problemas de Diseño y Contexto. Aportes para un Debate Urgente en la Argentina*, Buenos Aires, Norma, 1999, p. 151.

¹⁵ Ampliar en Liebenstein, "Allocative Efficiency [...]", op. cit., pp. 406-7.

¹⁶ Tal es la tesis de Donahue, John D., *The Privatization Decision*, Harper Collins, s/l, 1989, p. 49 y sigs., esp. p. 50.

¹⁷ Ampliar en Weyman-Jones, Thomas, "Regulating the Privatized Electricity Utilities in the UK", en Clarke, Thomas y Pitelis, Christos (eds.), *The Political Economy of Privatization*, Londres, Routledge, 1993, p.98 y sigs.

¹⁸ El ejemplo es de Liebenstein, "Allocative Efficiency [...]", op. cit., p. 407. Acerca de esta clase de contratos, puede verse Mata, Ismael, "Panorama del Control sobre los Entes Reguladores", en *E.D.*, 30-03-01, Sección III.

¹⁹ Liebenstein, "Allocative Efficiency [...]", op. cit., p. 413, quien menciona, para la primera, un aumento del 0 al 10%, y uno superior al 10% para la segunda.

IV. MODOS DE REGULACIÓN DE LAS TARIFAS

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.²⁰

Abstenerse de regular

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 las respectivas tarifas. 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.

Permitir una rentabilidad máxima

Por ello, podrían regularse las tarifas permitiéndosele a la firma prestadora una tasa de rentabilidad máxima; por ejemplo, el ocho por ciento 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.²¹ 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 sobrecapitalización, 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.

Establecer un 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;

²⁰ Se sigue, en lo principal, a Littlechild, Stephen C., *Regulation of British Telecommunications' Profitability — Report to The Secretary of State, February 1983*, Londres, Department of Industry, 1983.

²¹ Considerando, como explica Mairal, que la razonabilidad de la tarifa hace a lo económico (por ejemplo, a la retribución del concesionario), y la justicia de la tarifa hace a la forma de aplicación de la misma (por ejemplo, en forma no discriminatoria), confrontar 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, p. 54.

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 u "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: las dificultades en el correcto calibrado inicial del impuesto.

Establecer un 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 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.

Regular por precio máximo

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 P0, 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 aquella. 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 ganancias²² porque no puede cobrar más

²² Lorenti, 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, Nro. 227, p. 83 y sigs., esp. p. 90.

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: no se trata de regular la rentabilidad de la firma, sino de regular el precio máximo que cobrará. Por ello, parece ofrecer debida protección al usuario que no tendrá que pagar las ineficiencias –gastos ineficientes– de la firma. Además, la aparentemente escasa carga regulatoria involucrada tendería a desterrar las complicaciones ya señaladas relativas al control de gastos e inversiones en la modalidad de rentabilidad máxima. E 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.

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.²³ Dicho informe, de escasa extensión pero de innovador contenido, que ya cuenta con veinte años de edad, 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, como opera este modo de regulación de las tarifas. Tengamos en cuenta, en forma liminar, 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 exclusión 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 eficiencia²⁴ que se relaciona con la función de regulación incentiva o por incentivos.²⁵ Se lo establece *ex ante*, a modo de

²³ Littlechild, *Regulation of British Telecommunications Profitability* [...], op. cit., n. 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 27 y su cita.

²⁵ Weyman-Jones, “Regulating [...]”, op. cit., p. 102.

estimación para el futuro, y rige, por lo general, por cinco años. Por ejemplo, podría establecerse como objetivo de eficiencia que la firma fuera un dos por ciento más eficiente durante un quinquenio.²⁶

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 $P1=P0 (RPI -X)$, donde RPI significa *retail price index* o índice de precios minoristas.²⁷ 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.²⁸ 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 de eficiencia recaerá plenamente sobre la empresa bajo su exclusiva responsabilidad. Asimismo, al emplearse bajos índices de economías estables, se destierra 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.²⁹

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,³⁰ de cumplimiento irreversible. El período por el cual generalmente se fija el objetivo de eficiencia es

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 09-11 de 1989, Suplemento de Régimen de la Administración Pública, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, s/f, p. 159 y sigs., esp. p. 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*, Londres, H.M.S.O., 1993, p. 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.

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, confrontar Bianchi, *La Regulación [...]*, op. cit., T. I, p. 347 y sigs.

³⁰ Laffont, Jean-Jacques y Tirole, Jean, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press, 1993, p. 17 y sigs.

—como vimos— un quinquenio. Así, cada cinco 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, una firma determinada, sujeta a un factor X igual a cero por ciento 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% ($8\% - 3\% = 5\%$).³¹

Derivaciones

Puede afirmarse que, teóricamente, si la empresa ahorra en costos y se comporta 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 con el objetivo de eficiencia prefijado, sus ganancias se reducirán en la medida de su ineficiencia. A su vez, aquellos ahorros en eficiencia serán considerados o 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 servicio³² o las condiciones de seguridad en las cuales se lo presta.

Nótese que a diferencia del régimen de *cost plus*,³³ 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.³⁴

Además, tengamos presente que esta modalidad de regulación, también denominada “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

³¹ Ampliar en Graham, Cosmo, “La Regulación de las Industrias Privatizadas [...]”, op. cit., p. 164.

³² Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, 1999, p. 415; Devoto, Alberto E., Devoto, 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, Eudeba - CLAD, 1998, p. 77.

³³ Acerca del sistema de *cost-plus*, véase Lorenti, “Aproximación [...]”, op. cit., p. 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, confrontar Lewington, Iika, “Experiences and Trends in Utility Regulation: Developing and Transforming Economies”, en *Regulatory Review 1997*, Londres, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, 1997, p. 158.

³⁴ Baldwin, Robert y Cave, Martin, *Understanding Regulation - Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 228.

servicios consideradas al 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 sufraga 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 y afectando aquel sinalagma.

Caracteres

Según se desprende del antes mencionado 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,³⁵ 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:

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,

³⁵ Citado en nota 23.

las reducciones de costos que exceden el objetivo de X, son conservadas por el prestador e integran su propiedad,³⁶ 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, con base en la información que obtiene de la firma, determina el factor,³⁷ 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 “exigente” 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 N° 25.561.³⁸

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 –mediante la técnica de *passthrough*– conforme el compromiso originario, como es el caso de la cláusula de estabilidad tributaria³⁹ o la incidencia de las variaciones en las cargas patronales,⁴⁰ suscitándose, según los casos, aumentos o disminuciones tarifarias.⁴¹

Repasemos, entonces, cuál ha sido la experiencia en nuestro país en relación con la introducción de los *price-caps*, no sin antes señalar la fuerte influencia británica que signa dicho

³⁶ En igual sentido, Laffont y Tirole, *A Theory...*, op. cit., p. 19: “In principle, price caps are not determined by previous rates of return”; Bastos, Carlos Manuel y Abdala, Manuel Ángel, *Transformación del Sector Eléctrico Argentino*, 2a ed., Buenos Aires, 1995, p. 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 N° 24.076, Artículo 52, inciso o); Enre, Ley N° 24.065, Artículo 56, inciso n); Etoss, Decreto N° 999/92, Artículo 17, inciso c).

³⁸ B.O., 07-01-02.

³⁹ Sobre esta cuestión pueden verse Caplan, Ariel, “A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas”, en *LL, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, del 14-02-03, pp. 1-8; y Bricchetto, Marcelo, “Servicio Público, Riesgo Empresarial y Estabilidad Fiscal”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2003, N° 294, pp. 79-88, quien hace especial hincapié en la noción de riesgo regulatorio.

⁴⁰ Acerca de ello puede verse Luchino, 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*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, N° 210, pp. 133-137.

⁴¹ Puede verse, asimismo, CNACAF, Sala II, “Metrogas”, 11-07-00, sobre incidencia del precio del gas en boca de pozo.

proceso, con fundamentos en las más modernas tendencias regulatorias consagradas en las privatizaciones llevadas a cabo en la década del ochenta en el Reino Unido.

VI. ADOPCIÓN DE LOS PRICE-CAPS EN LAS PRIVATIZACIONES ARGENTINAS

Se ha señalado que el modo de regulación antes descrito ha sido, en términos generales, el adoptado "preponderantemente" por el privatizador argentino⁴² 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*."⁴³

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 licenciarios."⁴⁴ Esta concepción no guarda sino arreglo con las opiniones de Laffont y Tirole 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

⁴² Concordantemente Cassagne, Juan Carlos, "Evolución de los Principios Aplicables a los Servicios Públicos y Problemas Actuales tras los Procesos de Privatización", en *L.L.*, 27-02-02, p. 5, también publicado en *Revista de Derecho Administrativo*, N° 36-39, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2001, pp. 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* [...], op. cit., p. 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, Editorial Ciencias de la Administración, 2000, p. 503 y sigs., esp. p. 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 N° 92/97 [...]", y sus citas normativas.

Compárese: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación* [...], op. cit., p. 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 *E.D.-Derecho Administrativo*, 28-07-00, p. 6: "en algunos supuestos como la Argentina, el sistema de *price cap* predominaba en los casos de gas natural y la energía eléctrica".

⁴³ Cassagne, "Evolución [...]", op. cit., p. 5.

⁴⁴ Cassagne, "Evolución [...]", op. cit., p. 4.

dichas inversiones durante la prestación y al momento de la reversión de los bienes cuando ella tuviere lugar.⁴⁵ Ejemplo del primer 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 Artículo 40 de la Ley N° 24.076 de marco regulatorio del gas;⁴⁶ los Artículos 42, inciso b)⁴⁷ y 43⁴⁸ de la Ley N° 24.065 de marco regulatorio de la electricidad, subanexo II-C de uno de los contratos de transporte de electricidad⁴⁹ y cláusula 27 de los

⁴⁵ 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 AAVV, *Contratos Administrativos - Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2000, p. 457 y sigs., esp. p. 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 AAVV, *Contratos Administrativos - Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 2000, p. 291 y sigs., esp. p. 294.

Sobre el caso particular de los bienes en el sector del gas, puede verse Salomoni, Jorge L., “Régimen de los Bienes Públicos en las Concesiones o Licencias de Servicios Públicos (El caso de la explotación de la distribución de gas natural)”, en AAVV, *El Derecho Administrativo Hoy*, Buenos Aires, Editorial Ciencias de la Administración, 1996, p. 302 y sigs.; y Salomoni, Jorge L., *Teoría General de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, Ad Hoc, 1999, pp. 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 Artículos 38 y 39 de la presente ley” (la negrita 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 Artículos 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 negrita 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 Artículos 40 y 41 y se fijarán **precios máximos** de acuerdo a lo dispuesto por el artículo precedente” (la negrita no es del original).

⁴⁹ Nos referimos al de Transener, publicado en www.enre.gov.ar

contratos de las distribuidoras⁵⁰ y su remisión al subanexo I; el Artículo 18.4 del pliego⁵¹ y cláusula 11.4 del contrato del agua⁵²; y –originariamente– el pliego aprobado por Decreto N° 62/90 conforme los Considerandos del Decreto N° 92/97 de aprobación de nueva estructura tarifaria telefónica.⁵³

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 relativas al mismo, 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 N° 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.”⁵⁴

Con 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 representativos 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 transporte⁵⁷ y a la distribución⁵⁸ de gas.

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 negrita no es del original).

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 negrita no es del original).

⁵² Ídem nota anterior.

⁵³ Véase Adla 1997-A, pp. 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 que la empresa será cada vez más eficiente y con costos cada vez menores. El pliego de bases y condiciones aprobado por Decreto N° 62/90 y sus modificatorios fijó ese factor de descuento en el dos por ciento 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 N° 2.332/90, 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 N° 2.585/91” (la negrita no es del original).

⁵⁴ Ley N° 24.076, Artículo 39.

⁵⁵ Ley N° 24.076, Artículo 41.

⁵⁶ Ley N° 24.076, Artículo 41.

⁵⁷ RBL de Transporte, Decreto N° 2.255/92.

⁵⁸ RBL de Distribución, Decreto N° 2.255/92.

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 Artículo 39 de la presente ley."⁵⁹

La reglamentación de la Ley N° 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 Artículo 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 Artículo 96 de la Ley N° 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 de la fórmula reseñada fue dejada sin efectos por decisión judicial y, posteriormente, dicha aplicación fue legislativamente interdictada por la Ley N° 25.561, estableciéndose asimismo en pesos las tarifas, sin perjuicio de lo dispuesto con alcances generales en el Decreto N° 214/02 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 N° 999/92, que prescribe, en su Artículo 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

⁵⁹ Ley N° 24.076, Artículo 42.

⁶⁰ Decreto N° 1.738/92, Artículo 41, inciso 3.

⁶¹ Decreto N° 2.255/92, Anexos A y B.

⁶² Decreto N° 2.255/92 cit., Anexo, Numeral 9.2.

⁶³ Decreto N° 2.255/92 cit., Anexo, Numeral 9.4.1.1.

⁶⁴ Decreto N° 2.255/92 cit., Anexo, Numeral 1.1.

⁶⁵ Decreto N° 999/92, Anexo I, Artículo 44.

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

Con 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 ordinarias⁷¹ y extraordinarias.⁷²

En el sector que nos ocupa, empero, no se previó originariamente un "índice" de aplicación automática al estilo del RPI británico, que en el caso del agua se inserta en la fórmula británica de $RPI + K + U$, o como el PPI en el marco regulatorio argentino del gas. De tal suerte, 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 previó la aplicación de índices que, en forma expresa, contemplaban esas variaciones.⁷³

⁶⁶ Decreto N° 999/92, Anexo I, Artículo 46.

⁶⁷ Decreto N° 999/92, Anexo I, Artículo 47.

⁶⁸ Resolución SOPyC 186/92, de aprobación del respectivo pliego, numeral 18.11.3.

⁶⁹ Decreto N° 999/92, Anexo I, Artículo 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 N° 778/93.

⁷² Por modificación de costos, numeral 11.11.4 del contrato aprobado por Decreto N° 778/93; por otras causales, numeral 11.11.5., contrato citado.

⁷³ Ello, sin perjuicio de lo hoy dispuesto en la Ley N° 25.561.

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 N° 23.928⁷⁵ 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 N° 1.167/97,⁷⁷ se establece que, en relación a dicha causal de revisión extraordinaria, se traslada la variación legal de la paridad,⁷⁸ lo que ha llevado a que se afirmara que se dolarizó la tarifa.⁷⁹

Finalmente, la aplicación del índice, y la dolarización en los términos descriptos, han quedado suspendidas a partir del 06-01-02 en virtud de la Ley N° 25.561, estableciéndose en pesos las tarifas, sin perjuicio de lo dispuesto con alcances generales en el Decreto N° 214/02.

En torno al modo de regulación adoptado en el sector del agua

Permitásenos 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.⁸⁰ 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."⁸¹

⁷⁴ Numeral 18.11.4. del pliego aprobado por Resolución SOPYC 186/92 y numeral 11.11.4, contrato citado, n. 72.

⁷⁵ Numeral 11.11.5.1., contrato citado, n. 72.

⁷⁶ Concordantemente, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación [...]*, op. cit., p. 559.

⁷⁷ B.O., 20/11/97.

⁷⁸ Acta Acuerdo aprobada por Decreto N° 1.167/97, Anexo I, numeral 3.6.

⁷⁹ Confrontar Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación [...]*, op. cit., p. 559.

⁸⁰ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación [...]*, op. cit., p. 553.

⁸¹ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación [...]*, op. cit., p. 553.

Coadyuvaría a tal interpretación, excluyente del *price-capping*, el hecho de que las "condiciones de eficiencia que se proponen en cada plan"⁸² 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 sufraga la tarifa.⁸³ Ello, toda vez que el marco específico⁸⁴ establece que los precios y tarifas tenderán a reflejar el costo económico de la prestación del servicio, con 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–⁸⁵ 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,⁸⁶ 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,⁸⁷ pueden tomar en cuenta alguno de aquellos dos extremos. La previsión del precitado Artículo 44, inciso 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.⁸⁸

⁸² Decreto N° 999/92, Anexo I, Artículo 47.

⁸³ Decreto N° 999/92, Artículo 44, inciso d).

⁸⁴ Artículo 44, inciso d) del Decreto N° 999/92.

⁸⁵ Véase nuestro "Eficiencia y Tarifas (con especial referencia al factor X)", en *Revista de Derecho Administrativo*, Lexis-Nexis Depalma, N° 36/38, enero-diciembre 2001, p. 173 y sigs., esp. p. 193, n. 110, y p. 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 [...]*, op. cit., p. 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 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 Resolución Enre 1.650/98, analizada en la sentencia de la CNACAF, Sala IV "Central Térmica Güemes", del 05-12-02; piezas que nos fueran gentilmente facilitadas por Oscar Aguilar Valdez. Dicha sentencia ha merecido un lúcido comentario por parte de Bosch, Juan, "Un interesante caso de control judicial de tarifas en concesiones de servicio público", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma Lexis Nexis, 2003, N° 46 (en prensa).

Sin embargo, ello no basta para afirmar 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 Artículo 42 de la Constitución Nacional⁸⁹ 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 al fijar, entre otros puntos, el objetivo de eficiencia que debe cumplir la firma.

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 de mecánico reconocimiento de costos (*cost-plus*). Veamos:

Cuando se privatizara el servicio, cada oferente debía proponer el coeficiente de "reducción" del factor K o CAFK contemplado en el pliego⁹⁰: ganaría la licitación el oferente que propusiera la mayor reducción de la tarifa promedio, habiéndose fijado en el respectivo pliego 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%.⁹¹

La primera impresión que tal mecanismo sugeriría 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 guardaría arreglo con el Artículo 44, inciso d) del Decreto N° 999/92 que establece, como vimos, una suerte de regla general de traslado –a quienes sufragan 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 sufragan 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:

⁸⁹ Mordeglija ha explicado claramente esta cláusula, señalando que la misma impone a los concesionarios "obligaciones para hacer cumplir determinados objetivos, en beneficio de los usuarios"; confrontar Mordeglija, Roberto M., "Elementos de Derecho Constitucional Económico", en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998-1999, Nos. 72,73,74, pp. 235-271, esp. p. 253.

⁹⁰ El numeral 4.4.1. del respectivo pliego aprobado por Resolución SOPyC 186/92 establece: "La oferta económica financiera deberá contener un ajuste a la tarifa para todo el periodo 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."

⁹¹ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación [...]*, op. cit., p. 548.

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;⁹² la rehabilitación de redes que no permitan la eficiente prestación del servicio;⁹³ las subcontrataciones del concesionario, que deben asegurar la calidad y eficiencia del servicio;⁹⁴ la eficiente maximización de ingresos obtenidos en el área de deudas de los usuarios;⁹⁵ la eficiencia en la recaudación;⁹⁶ el uso de registraciones que faciliten el eficiente manejo de la concesión,⁹⁷ y su actualización;⁹⁸ la eficiente atención de la demanda de agua⁹⁹ y de desagües cloacales;¹⁰⁰ entre otros. A su vez, el Acta Acuerdo de 1997¹⁰¹ hace expresa mención de las metodologías para la determinación de indicadores particulares de eficiencia.¹⁰² 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,¹⁰³ 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.¹⁰⁴ Dicho margen de beneficio, por como 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

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 Números 11.11.4.3., inciso d) y 11.11.5.2., inciso d), contrato cit. n. 72.

⁹⁷ Numeral 12.1.1., párrafo 1º, 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 Op.cit. nota 77.

¹⁰² Decreto N° 1.167/97, Anexo I, numeral 4.1.5.

¹⁰³ Decreto N° 999/92, Anexo I, Artículo 44.

¹⁰⁴ Decreto N° 999/92, Anexo I, Artículo 44.

misma,¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ En tal inteligencia, la respectiva fórmula aparecería como un constante ajuste por factor K,¹⁰⁷ 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.”¹⁰⁸ En nuestro medio, esas estimaciones de ahorros en eficiencia se produjeron en oportunidad de ofertarse y, posteriormente, en oportunidad de la revisión, y se hallan, como vimos, incorporadas o implícitas en el factor K.

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 Tirole¹⁰⁹, 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,¹¹⁰ y, ciertamente, un elemento –expreso e implícito, respectivamente– en la fórmula. Dicho factor de eficiencia, implícito, además, se redetermina tomando diversos elementos en cuenta¹¹¹ en oportunidad de cada revisión. Recordemos que el concesionario, para obte-

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 ejemplo, 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* [...], op. cit., p. 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* [...], op. cit., p. 25.

¹⁰⁹ Laffont y Tirole, *A Theory* [...], op. cit., p. 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 [...]”, op. cit., p. 195 y sigs., esp. p. 197-8.

ner la satisfacción de los costos "implícitos en la operación, mantenimiento y expansión de los servicios prestados",¹¹² debe actuar, como vimos, "eficientemente", por mandato legal.¹¹³ 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 eficiencia¹¹⁴ en cabeza de la firma, incorporado a aquél.

El Acta Acuerdo del año 1998, aprobada por resolución 1.103/98, 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",¹¹⁵ 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.¹¹⁶ 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 N° 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 aco-

¹¹² Arg. Decreto N° 999/92, Artículo 44, inciso d).

¹¹³ Arg. Decreto N° 999/92, Artículo 44, inciso d).

¹¹⁴ Decreto N° 999/92, Artículo 47.

¹¹⁵ Resolución 1.103/98, Anexo I, numeral 2.1.

¹¹⁶ Decreto N° 2.255/92, numeral 3.1. de las Reglas Básicas de la Licencia.

gida judicial. Se trata del caso del Defensor del Pueblo,¹¹⁷ y del caso Consumidores Libres.¹¹⁸ Repasemos los hechos y soluciones brindados en cada uno de ellos.¹¹⁹

En el caso del Defensor del Pueblo, los hechos relevantes a considerar son los siguientes: En 1991 se sanciona la Ley de Convertibilidad N° 23.928, y en 1992, cuando se privatiza el transporte y distribución de gas, en el Artículo 41 de la Ley N° 24.076 se establece que, durante la vida del contrato –30 años–, “las tarifas se ajustarán en base a indicadores de mercado internacional.”¹²⁰ 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, previéndose así la fórmula “índice – X + K”. Como vimos, en el Artículo 41 del Decreto N° 1.738/92, 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 N° 2.255/92 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 N° 24.076¹²¹ se establece que en caso de conflicto normativo “prevalece” la Ley N° 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– posponer la aplicación del índice a enero del 2000 y julio 2000. Esos índices –se acuerda–, aplicados a las tarifas, se cobrarán en veinticuatro 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;¹²² b) la Ley N° 23.928 de convertibilidad prohíbe la indexación de precios por lo que la aplicación de un índice extranjero es improcedente;¹²³ 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

¹¹⁷ CNACAF, Sala V, Causa N° 39.674/2000 “Defensor del Pueblo de la Nación - Incidente de Med. c/ E.N. - PEN -M° E. - Decreto N° 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”, del 05-10-01, con dos votos concurrentes, quedando el voto del tercer magistrado en disidencia.

¹¹⁸ CNACAF, Sala IV, Causa N° 28.067/2000 “Consumidores Libres - Coop. Ltda. de Prov. de Serv. - Incid. Mdyl c/ Telefónica de Argentina y otro s/ proceso de conocimiento”, del 04-10-01, con dos votos concurrentes, no interviniendo el tercer magistrado.

¹¹⁹ Acerca de estos dos fallos, ampliar en Boqué, Roberto, “La Ley de Convertibilidad y la Tarifa de los Servicios Públicos. A Propósito de Dos Pronunciamientos Judiciales”, en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2001, N° 36-39, pp. 215-227.

¹²⁰ Ley N° 24.076, Artículo 41.

¹²¹ Ley N° 24.076, Artículo 96.

¹²² Cons. IV, párrafo 2°.

¹²³ Cons. IV, párrafo 2°.

principal:¹²⁴ a) el reconocimiento del derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios bajo el Artículo 42, Constitución Nacional; 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 recursos, 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.¹²⁵ Los hechos relevantes son los siguientes: cuando se privatizó Entel en los contratos de transferencia de acciones, aprobados por Decreto N° 2.332/90, 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 N° 23.928; finalmente, se dictó el Decreto N° 2.585/1991, por el cual –conforme el Artículo 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 N° 2.585/91, 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:¹²⁶ “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 N° 2.585/91 aparecería, *prima facie*, como contrario a la prohibición contenida en la Ley N° 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 N° 23.928 se pretendió

¹²⁴ Cons. 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 Artículo 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 N° 668/2000), 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”.

¹²⁵ Op. cit., n. 118.

¹²⁶ Cons. X, sentencia cit., n. 118.

establecer, y a través del cual se persiguió eliminar cualquier sistema de indexación o repotenciación 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 N° 2.585/91.

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 N° 25.561 de Emergencia Económica,¹²⁷ 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.¹²⁸

El Artículo 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 premencionada ley, en su Artículo 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 distribución de ingresos, la calidad de los servicios y los planes de inversión, cuando ellos estuviesen previstos contractualmente, el interés de los usuarios y la accesibilidad de los servicios, la seguridad de los sistemas comprendidos, y la rentabilidad de las empresas. Por su parte, el Artículo 10 de la Ley N° 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.¹²⁹ Ello, acompañado por el establecimiento de las

¹²⁷ B.O., 07-01-02. Sancionada el 06-01-02, promulgada parcialmente el mismo día.

¹²⁸ Cassagne, Juan Carlos, "Los Contratos Públicos y la Ley de Emergencia", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2002, N° 39, p. 137.

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 [...]", op. cit., p. 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— al implicar un precio tope, "congela" las tarifas que percibirá la firma: tal el mecanismo de los precios máximos o 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, puede prever *ab initio* el traslado de determinados costos (véase texto correspondiente a notas 39 y 40).

tarifas en pesos –Artículo 8º de la ley citada– y la pesificación general de obligaciones del Decreto N° 214/02.¹³⁰

En lo principal, posteriormente, mediante el Decreto N° 293/02¹³¹ se encomienda al Ministerio de Economía la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos, y se crea la respectiva Comisión de Renegociación;¹³² luego, por Decreto N° 370/02,¹³³ se define la integración de la Comisión, y por Resolución N° 20/02¹³⁴ 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 se dispone que los entes reguladores deben abstenerse de adoptar decisiones en materia tarifaria; y por Resolución ME 487/02¹³⁵ se exceptúa al Enre y al Enargas de las restricciones de aquella resolución, dictándose inclusive la Resolución Enre 1/02¹³⁶ de convocatoria a Audiencia pública¹³⁷ en el procedimiento respectivo

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 aquélla– se prevén en los marcos regulatorios mecanismos de ajuste. Un ejemplo podrían ser 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 emerge de las causas ponderadas a la luz del Artículo 46 de la Ley N° 24.065 y su similar de la Ley N° 24.076.

El estudio de dichos cambios exógenos o incontrolables, con 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.

Ello, sin perjuicio del análisis de la exacta incidencia del Artículo 8º de la Ley N° 25.561 –en lo esencial, 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 y en punto al cual la jurisprudencia –ante una solicitud cautelar– se pronunciara negativamente: CNACAF, Sala III, “Unión de Usuarios”, 27-06-03, confirmando la resolución apelada del JCAF N° 3, “Unión de Usuarios”, del 14-11-02.

¹³⁰ Con relación a esta interpretación literal –minimalista, si se quiere– del Artículo 8º de la Ley N° 25.561, puede verse el claro trabajo de Bosch, Juan, “La renegociación de los Contratos “Públicos” y los conflictos con los Inversores Extranjeros”, en *E.D.*, 20-08-03, pp. 1-5, esp. Capítulo 4, y nuestro “Aspectos constitucionales de la renegociación de los contratos de prestación de los servicios públicos”, en *Debates de Actualidad - Revista de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2003, en prensa. Dicha interpretación, por cierto, destierra la posibilidad de concebir a las tarifas comprendidas como “congeladas”, sino sólo como “pesificadas” y “no reajustables” por el índice, amén de “sujetas a renegociación”.

¹³¹ B.O., 14-02-02.

¹³² 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, el servicio portuario, el servicio postal, el servicio ferroviario de cargas, y las vías fluviales por peaje.

¹³³ B.O., 27-02-02.

¹³⁴ B.O., 20-03-02. 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, Lexis Nexis Depalma, 2002, N° 40, pp. 471/476.

¹³⁵ B.O., 17-10-02.

¹³⁶ B.O., 22-10-02.

¹³⁷ Enderezada a llevar adelante el procedimiento de ajuste bajo el Artículo 46 de la Ley N° 24.065 solicitado por transportistas –por causas objetivas y justificadas, en el preliminar encuadre que el regulador efectúa–. Véase nota 129, último párrafo.

de formación de la voluntad regulatoria¹³⁸ bajo el Artículo 46 de la Ley N° 24.065 posteriormente suspendido por decisión judicial.¹³⁹ También por decreto se ordenan aumentos de las tarifas.¹⁴⁰

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,¹⁴¹ y, al mismo tiempo, b) se establece que, aun en esas condiciones, las empresas no podrán suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.¹⁴²

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”.¹⁴³ Esta situación, a su vez, en caso de no ser recompuesta, conduciría a la rescisión contractual, según explica el citado autor.¹⁴⁴

Segundo, la normativa reseñada afecta, tanto jurídica como económicamente, a las tarifas reguladas por medio de *price-caps*. Y lo hace de una forma aun 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 noventa, 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 aplicarse– ininterrumpidamente 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 ganancias¹⁴⁵ 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

¹³⁸ 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, pp. 51-63, esp. p. 55.

¹³⁹ Véase n. 303.

¹⁴⁰ Véanse Decretos N° 120 y 146/03.

¹⁴¹ Ley N° 25.561, Artículo 8°.

¹⁴² Ley N° 25.561, Artículo 10.

¹⁴³ Cassagne, “Evolución [...]”, op. cit., Cap. XIII en p.6.

¹⁴⁴ Cassagne, “Evolución [...]”, op. cit., Cap. XIII en p.6.

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 original¹⁴⁶ sobre el que descansan los derechos y expectativas de los cocontratantes a partir del momento de la privatización,¹⁴⁷ por lo que es aquél 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 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.¹⁴⁸

El elemento eficiencia, apreciado desde el punto de vista de quien sufraga la tarifa, también se ve comprometido por lo dispuesto en los Artículos 8º y 10 de la Ley N° 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–,¹⁴⁹ 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.

¹⁴⁵ Lorenti, "Aproximación...", op. cit., p. 90.

¹⁴⁶ Se ha sugerido la expresión "contrato regulatorio" (*regulatory contract*) para tal relación, que involucraría no sólo a la firma que presta el servicio y al Estado que privatiza, sino también al ente regulador competente. Ampliar en Budassi, "Licencias...", op. cit., p. 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.

¹⁴⁷ Para la relación contractual en general, véase Cassagne, *Derecho Administrativo...*, op. cit., T. II, p. 534. Para la hipótesis de revisión anticipada, véase Ariño Ortiz, Gaspar, "Teoría y Práctica de la Regulación para la Competencia (Hacia un nuevo concepto de servicio público)", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1995, N° 19-20, p. 223 y sigs., esp. p. 279.

¹⁴⁸ Este endeudamiento en moneda extranjera, y el consecuente *default*, es analizado por Mairal, Héctor A., "Argentina: El Derecho en Tiempos de Cólera", en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, N° 3/2002, pp. 9-23, esp. p. 19, edición online.

¹⁴⁹ Littlechild, *Regulation* [...], op. cit., p. 28: "Rate of return schemes have a very poor track record on efficiency".

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 capital y de otros recursos; con las dimensiones, frecuencia y localización de las inversiones; con el desarrollo de nuevas técnicas).¹⁵⁰ Dado que el propósito primario de este modo de regulación es proteger al consumidor¹⁵¹ por lo que se trata de reducir los precios que éste paga en términos reales¹⁵² y de obtener mejoras en el servicio, no de reducir las ganancias de la firma,¹⁵³ la eliminación del índice –destinado a atemperar los efectos de las variaciones incontrolables 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. Consecuentemente, 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*.¹⁵⁴

Lo mismo ocurre con relación a la exigencia de que se mantenga incólume, en general, el cumplimiento de las obligaciones de aquélla, no obstante la redacción del Artículo 10 de la Ley N° 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. 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,¹⁵⁵ 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 sólo vencimiento del plazo.¹⁵⁶ 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:

¹⁵⁰ Littlechild, *Regulation* [...], op. cit., p. 10.

¹⁵¹ Littlechild, *Regulation* [...], op. cit., p. 6: "From the point of view of public policy, the primary purpose of regulation is to protect the consumer".

¹⁵² Littlechild, *Regulation* [...], op. cit., p. 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".

¹⁵³ Littlechild, *Regulation* [...], op. cit., p. 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".

¹⁵⁴ Esta cuestión es primordial. Gordillo, con relación al sistema de restricciones sobre los depósitos bancarios, señalaba hacia mayo del 2002, que todo el andamiaje absurdo debía ceder "para empezar a restituir los contratos privados entre particulares a lo que eran antes"; confrontar Gordillo, Agustín, "Justicia Federal y Emergencia Económica", en *Control de la Administración Pública - Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ediciones RAP, 2003, pp. 117-122, esp. p. 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.

¹⁵⁵ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación* [...], op. cit., pp. 415; Devoto, "Regulación [...]", op. cit., p. 77.

¹⁵⁶ Littlechild, *Regulation* [...], op. cit., p. 35.

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.¹⁵⁷ 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 Artículo 10 precitado– conduce también a ese resultado. Y se trata, por decirlo brevemente, de un índice que estaba acordado contractualmente entre autoridad concedente y firma prestadora.

Sentado ello, podemos ahora indagar más detalladamente en la cuestión de la naturaleza jurídica de las tarifas, y en la incidencia de la misma en la situación actual de intervención estatal.

IX. LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS TARIFAS EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

El panorama hasta aquí descrito puede ser mejor comprendido ante la evidencia jurisprudencial que nos devela cuál es la naturaleza jurídica de las tarifas. A tal fin, podemos considerar un dato relevante, cual es la íntima vinculación entre el desarrollo histórico que describe la evolución de las tarifas en nuestro país en el marco de la contratación empleada –primordialmente la concesión– y los cambios que se han operado en las concepciones acerca de cuál es la naturaleza jurídica de las mismas, en el plano legislativo, jurisprudencial y doctrinario. Este análisis resulta relevante en relación con las consecuencias que de la determinación de aquélla se derivan,¹⁵⁸ y en especial frente a las vicisitudes que llevarán a la sanción de la Ley N° 25.561 y sus efectos.

¹⁵⁷ Bös, Dieter, *Pricing and Price Regulation - An Economic Theory for Public Enterprises and Public Utilities*, Amsterdam, Elsevier, 1994, p. 278 y sigs.

¹⁵⁸ No puede dejar de señalarse la aplicabilidad, al tema que nos ocupa, de las reflexiones oportunamente formuladas, con relación a la naturaleza jurídica de la letra de cambio, en Bulygin, Eugenio, *Naturaleza Jurídica de la Letra de Cambio*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1961, esp. p. 51 y, en la misma obra, Carrió, Genaro, su Prólogo, pp. 9-10. Bulygin señala una curiosidad en el campo de la ciencia comercialista: que todos los autores estuvieran de acuerdo sobre las "consecuencias" que acarrea la obligación cambiaria, y sobre los hechos que hacían "surgir" la misma, y que –no obstante ello– siguieran buscando una mítica fuente de una palabra que no parece nombrar nada. En el caso de las tarifas, veremos que tanto la jurisprudencia como la doctrina de los autores, si bien son relativamente contestes en cuanto a qué instrumento hace "surgir" o da nacimiento a la obligación tarifaria –en la última década por lo general, una concesión o una licencia– y en relación a las "consecuencias" –nacimiento del respectivo crédito para la firma prestadora, nacimiento de la obligación de pago para los usuarios– siguen buscando delinear los contornos de un instituto que coexiste con la facultad de intervención del Estado –y con el ejercicio de la potestad tarifaria por parte de éste– y que a ella se encuentra sometido. Y es precisamente en virtud de esa coexistencia que la tarifa puede percibirse como llevada a la esfera contractual Estado prestador, o como desplazada hacia la esfera de las decisiones gubernamentales unilaterales que irradian efectos hacia prestador y usuarios. En ambos supuestos, se generarían diversas "consecuencias" o efectos.

En el plano histórico, la concepción sobre la naturaleza jurídica de las tarifas ha seguido un derrotero variado, que arranca con las primeras concesiones en nuestro país de ciertos servicios,¹⁵⁹ hasta arribar a la actualidad. Deviene así menester repasar cuáles son los sucesivos estadios por los que ha transitado tal materia pues se detectan diferentes interpretaciones según de qué período –y, por ende, de qué modalidad de gestión– se trate, con lo que, necesariamente, es posible inferir diferencias sustanciales en cuanto al conjunto de normas aplicables, y sus efectos.

Liminarmente, tengamos en cuenta que –conforme surge de la jurisprudencia de la Corte Suprema– se admite que los distintos servicios pueden ser prestados por el Estado mismo o por firmas particulares. Así, en “Gutiérrez”,¹⁶⁰ se señaló que algunos servicios –de provisión de agua corriente, de usinas y análogos– pueden ser establecidos por cuenta de la autoridad o por empresas particulares mediante las concesiones correspondientes,¹⁶¹ y en ese marco de diferenciaciones, cuando el Estado explota un servicio, es una empresa.¹⁶² En sentido concordante, se ha señalado que un servicio público puede ser suministrado –por razones económicas o de otro orden–¹⁶³ por particulares o empresas privadas.¹⁶⁴ Además, conforme la jurisprudencia del Alto Tribunal, puede haber prestación de un servicio público por parte de una firma privada sin que medie concesión oficial, por lo que se admiten otras figuras.¹⁶⁵

Resulta curioso destacar que el derrotero histórico que enfrentamos no nace en un medio monopolístico estatal, como podría ser la prestación de servicios de agua (que en nuestro país fue encarada hacia 1870), sino un poco antes, como reflejo de la preocupación ante las tarifas del servicio de transporte por excelencia: los ferrocarriles.¹⁶⁶ Los ferrocarriles no representaban un problema de monopolio natural o de amenaza de explotación del usuario –como muchas veces se los ha referenciado– sino un problema de riesgo de

¹⁵⁹ Cassagne divide en tres periodos la gestión de los servicios públicos: una primera etapa que arranca a fines del siglo XIX y concluye en la década del cuarenta, durante la cual la prestación privada, por concesiones, de los servicios de gas, electricidad, teléfonos, ferrocarriles, tuvo como excepción sólo a la prestación de los servicios de agua, correos y ferrocarriles de fomento; una segunda etapa en la que los servicios públicos fueron “recuperados” por la Nación –tomamos la expresión de “Paganini, Galliano Pirro Ángel c/ Cía Consolidada de Aguas Corrientes de Rosario”, *Fallos*: 228: 289 (1954), esp. p. 295-6–; y una tercera etapa que comienza a fines de la década del ochenta en la cual se privatizaron las principales empresas estatales. Véase el detallado análisis en Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot Lexis Nexis, 2002, T. II, pp. 364-365.

Desde la perspectiva de la historia político social, y su incidencia en el desarrollo nacional, puede verse Schvarzer, Jorge, *La Industria que Supimos Conseguir*, Buenos Aires, Ediciones Cooperativas de la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad de Buenos Aires, 2000.

Finalmente, para la historia de las concesiones ferroviarias de los primeros albores de la Nación –a las cuales será ineludible referirse en el presente capítulo, Cisneros, Andrés y Escudé, Carlos (Directores), *Historia General de las Relaciones Exteriores de la República Argentina– 1806-1989*, Publicación del Centro de Estudios de Política Exterior, CARI, Nuevo Hacer-Grupo Editor Latinoamericano, 1998-2000, Tomo X, Capítulos 48 y 49.

¹⁶⁰ “Gregorio Gutiérrez c/ Cía Hispano Americana de Electricidad”, *Fallos*: 158: 268 (1930).

¹⁶¹ “FFCC Oeste de Buenos Aires c/ Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*: 143: 286 (1925).

¹⁶² “FFCC Oeste de Buenos Aires c/ Pcia. de Buenos Aires”, *Fallos*: 143: 286 (1925).

¹⁶³ “Cía. Alemana Transatlántica de Electricidad c/ Municipalidad de Morón”, *Fallos*: 122: 73 (1915), esp. p. 90.

¹⁶⁴ “Sociedad de Electricidad de Rosario c/ D.G.I.”, *Fallos*: 215: 280 (1949), esp. p. 301.

¹⁶⁵ “Cía. de Electricidad de Tandil “Usina Popular” S.A. c/ Dirección General de Impuesto a los Réditos”, *Fallos*: 220: 409 (1951). Es también el caso de la Cía. Argentina de Electricidad “C.A.D.E.” conf. la Ley N° 12.143, que da cuenta el fallo “S.A. Compañía Argentina de Electricidad c/ Nación Argentina s/ repetición de impuestos”, *Fallos*: 239: 58 (1957), esp. pp. 60 y 64.

sobrecapitalización, de ineficiente expansión de redes, de sobre expansión de la base de la tarifa a los efectos del cálculo de la tasa de rentabilidad. Estas vicisitudes fueron las que, en su momento, marcaron la necesidad de mayor injerencia estatal, por vía de la aprobación, fijación o contralor de las tarifas, hasta llegar al punto máximo de intervención, corporizada en la asunción del título habilitante por el Estado comitente que pasa a convertirse en prestador *per se*.

Acerca de la pretendida naturaleza tributaria de las tarifas

La pretendida caracterización de las tarifas como tributos puede insertarse temporalmente en los períodos en que los servicios públicos de que se trate han sido prestados por el Estado, directamente por él, o a través de alguna instrumentalidad empresarial suya, cobrándose una tasa o precio, por un servicio. En razón de que, actualmente, la doctrina nacional¹⁶⁷ coincide en que la tarifa es una lista de precios, la cuestión quedará excluida del presente trabajo.

Desde fines del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial: La tesis de la naturaleza contractual

En una primera etapa que corre desde fines del siglo XIX hasta la Primera Guerra Mundial, como explica Grecco, las tarifas correspondientes a los servicios públicos, prestados por firmas privadas, habrían ostentado naturaleza contractual,¹⁶⁸ por lo que se habla de tarifas paccionadas o pactadas.¹⁶⁹

Esta caracterización liminar que privilegia los aspectos contractuales de la relación¹⁷⁰ puede válidamente hallar fundamento en que cada una de las distintas concesiones eran autorizadas por una ley del Congreso –actual Artículo 75, inciso 18 de la Constitución Nacional– y otorgadas mediante un acto de la Administración dictado bajo dicha ley.¹⁷¹ En ese

¹⁶⁶ La cuestión es destacada por Kahn, p. 12/l.

¹⁶⁷ 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, Año I, Noviembre 1971, N° 2, p. 53; Marienhoff, *Tratado*, op. cit., T. II, p. 137; Cassagne, *Derecho [...]*, op. cit., T. II, p. 312, n. 71 con cita de Villegas Basavilbaso, Benjamín; Bianchi, Alberto B., *La Regulación Económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, T. I, p. 327.

También se ha señalado que precio y tarifa pueden ser equivalentes, García de Enterría, Eduardo, "Sobre la Naturaleza de la Tasa y las Tarifas de los Servicios Públicos", en *Revista de Administración Pública*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, Septiembre-Diciembre 1953, Año IV, N° 12, pp. 129-157, esp. p. 131 y Canosa, Armando, "Algunas Reflexiones acerca de la Prestación del Servicio Público y la Retribución del Concesionario (Una visión desde los servicios de transporte)", en *E.D.*, 28-07-00, p. 13, criterio otrora adoptado por la Corte Suprema en "Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c/ FFCC Central Argentino", *Fallos*: 152: 385 (1928), esp. p. 413.

¹⁶⁸ La diversa terminología –naturaleza contractual, naturaleza reglamentaria– surge en la jurisprudencia más tarde, en especial, del precedente "Electricidad de Rosario Belga S.A., c/ Municipalidad de Rosario", *Fallos*: 212: 316 (1948), en el cual se había declarado que no correspondía la revisión extraordinaria –invocándose los Artículos 14 y 17, Constitución Nacional, y el carácter inalterable de las tarifas contractuales– de una sentencia de la justicia provincial que había decidido que las tarifas invocadas por la actora no eran de índole contractual sino reglamentaria, por lo que podían haber sido válidamente reducidas por la ordenanza impugnada.

¹⁶⁹ Hasta al menos la Primera Guerra Mundial, confrontar Grecco, Carlos M., "Potestad Tarifaria, Control Estatal y Tutela del Usuario (A propósito de la Privatización de Entel)", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1990, N° 5, pp. 481-518, esp. pp. 483-484, donde aclara que "por el momento, sólo queremos indicar la preponderancia del carácter contractual por sobre el reglamentario".

¹⁷⁰ Un ejemplo, en el que el Alto Tribunal privilegia el plazo contractual ante una rescisión anticipada, puede verse en "Cia. Alemana Transatlántica de Electricidad c/ Municipalidad de Morón", *Fallos*: 122: 73 (1915), esp. p. 90.

¹⁷¹ Bielsa, Rafael, *Derecho Administrativo*, 4ª ed., Buenos Aires, El Ateneo, 1947, T. I, p. 373-374.

marco, el tema de las tarifas –así como otras cuestiones económico financieras– estaría contemplado en el respectivo contrato emergente de cada ley de otorgamiento de la concesión,¹⁷² aspecto contractual que se diferenciaría de otros aspectos reglamentarios de la concesión. Recordemos, asimismo, que las relaciones que nos ocupan eran contratos administrativos: la expresión "ley-contrato"¹⁷³ develaba la existencia, precisamente, de una concesión –como acto de soberanía o acto de superioridad–¹⁷⁴, y de un contrato¹⁷⁵ de concesión.

Sin embargo, el universo de las explotaciones ferroviarias no se agotaba en la concesión para la explotación. En efecto, a partir del repaso de las leyes posteriores a 1853 se detecta la presencia no sólo de a) autorizaciones, del Poder Legislativo al Poder Ejecutivo, para contratar con firmas privadas la construcción y explotación de vías férreas;¹⁷⁶ sino también autorizaciones del Legislativo al Ejecutivo para b) conceder a firmas privadas los ramales;¹⁷⁷ o bien c) enajenarlos.¹⁷⁸

En las tarifas contractualmente concebidas parecería haber primado el acuerdo entre la autoridad delegante y la firma prestadora del servicio. Pueden citarse, a modo de ejemplo, dos leyes. Por un lado, la Ley N° 750 de telégrafos,¹⁷⁹ que se refiere específicamente al "acuerdo" entre el Estado y las empresas respectivas,¹⁸⁰ que podían ser tanto telégrafos de propiedad de la Nación¹⁸¹ como empresas privadas prestadoras de ese servicio público;¹⁸² en especial, empresas que explotaban líneas ferroviarias y tendían el telégrafo para correspondencia interna de la empresa o bien como servicio público. Por otro lado, de la lectura de la Ley N° 2.203 –si bien por un derrotero menos simple– también se infiere que las tarifas integraban un acuerdo básico pues la ley autorizaba al Ejecutivo a enajenar un ferrocarril garantizando dicho poder del Estado un máximo de interés anual sobre el precio de compra durante un lapso de veinte años. Empero, la firma podía renunciar a esa garantía y de esa forma sus tarifas quedaban exentas de intervención estatal en la medida en que no produjera más del diez por ciento de interés. De esta manera, el acuerdo en

¹⁷² En este sentido, Bielsa, Rafael, *Derecho [...]*, op. cit., T. I, p. 368.

¹⁷³ Expresión empleada en "FFCC del Sud c/ Nación Argentina", *Fallos*: 183: 116 (1939) esp. Considerandos 10 y 18. Años después, en la disidencia del Juez Luis María Boffi Boggero en "S.A. Compañía General de Electricidad de Córdoba en liquidación c/ Pcia. de Córdoba", *Fallos*: 262: 302 (1965), Considerandos 17, 25, se seguía empleando la expresión "ley-contrato"; en el mismo fallo, la disidencia del Juez Pedro Aberastury, Considerandos 11, 16, 17, aludía derechamente a "contrato de concesión".

¹⁷⁴ Por ejemplo, en "Gómez c/ FFCC Central Córdoba", *Fallos*: 146: 207 (1926), esp. penúltimo Considerando.

¹⁷⁵ La expresión es empleada insistentemente en "Empresa del FFCC del Sud c/Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*: 183: 429 (1939), aclarándose que si bien el concedente se coloca en un pie de "perfecta igualdad con el concesionario", siempre se reserva aquél los Poderes de policía, que se suponen en toda concesión de servicio público (Considerando 3°).

¹⁷⁶ Pueden verse, sin perjuicio de muchísimas otras, las Leyes Número 24 del 27-06-1855; 1.835; 1.891; 2.184; 2.186; 2.187; 2.191; 2.193.

¹⁷⁷ Leyes Número 2.183; 2.189; 3.549; 6.018; 6.025; 6.058; entre otras.

¹⁷⁸ Por ejemplo, la Ley N° 2.203.

¹⁷⁹ Adla 1852-1880, I-1075, p. 1005 y sigs.

¹⁸⁰ Véase el Artículo 6° de la Ley N° 750 de telégrafos nacionales: "Las empresas respectivas fijarán, de acuerdo con el Poder Ejecutivo, la tarifa [...]. En caso de desacuerdo entre las empresas y el Poder Ejecutivo sobre este punto, la dificultad será sometida a tres árbitros [...]" (Adla 1852-1880, p. 1.006).

¹⁸¹ Artículo 2°, Ley N° 750 citada.

¹⁸² Artículos 9° y 28, Ley N° 750 citada.

materia tarifaria consistía en que si la firma renunciaba a la garantía –y el interés se mantenía debajo del diez por ciento– podía fijar las tarifas en un marco de libertad.¹⁸³

Vicisitudes ferroviarias

Empero, leyes posteriores dictadas subsecuentemente sin derogar expresamente a las anteriores,¹⁸⁴ habrían desdibujado las aristas contractuales de las tarifas para someterlas a la intervención estatal no obstante pertenecer al aspecto contractual de la concesión de que se tratara.

Así, dictada la Ley N° 2.265¹⁸⁵ –de aprobación de un decreto que establecía reglas en materia de garantías y de gastos de explotación reconocidos para los “contratos pendientes relativos a concesiones de ferrocarriles [...] que el Gobierno celebre”–¹⁸⁶ se creó, por Ley N° 2.274¹⁸⁷ la Dirección de Ferrocarriles Nacionales, por cuyo Artículo 1°, inciso 6, se la facultó para “proponer al Poder Ejecutivo las tarifas que deben regir los ferrocarriles de la Nación” y “dictaminar en los ferrocarriles garantidos”. Dado que estos últimos eran los que prevalecían,¹⁸⁸ la injerencia estatal, si bien limitada a “dictaminar” –interviniendo consultivamente en materia tarifaria– se comienza a perfilar.¹⁸⁹

Asimismo, una ley posterior, la N° 2.835–¹⁹⁰ derogatoria de la antes mencionada Ley N° 2.265–, estableció que el Poder Ejecutivo intervendría en la formación de las tarifas de todos los ferrocarriles, teniendo presente “los intereses generales del país y las leyes contratos de concesión”.¹⁹¹ De ella cabía presumir que la independencia de las firmas en materia de tarifas, contemplada en el contrato de concesión, ya no se vería tan salvaguardada, en especial de cara al juego recíproco entre el contrato y los aludidos intereses generales del país, de difícil determinación en tanto concepto jurídico indeterminado.

A nivel legislativo, la naturaleza contractual de las tarifas en las relaciones entre Estado y firma sí se habría manifestado en el campo de las concesiones ferroviarias por medio de la Ley N° 2.873,¹⁹² de régimen de los ferrocarriles nacionales y concesionados. En esta ley se preveía que algunas empresas fijarían sus tarifas sin intervención del gobierno¹⁹³ y que en algunos casos de ferrocarriles de propiedad particular, el gobierno tenía derecho de in-

¹⁸³ Vide Ley N° 2.203 citada, Artículo 1°.

¹⁸⁴ Compárese la situación que describiremos con la del Artículo 96 de la Ley N° 24.076 de régimen del gas, que establece que “en caso de conflicto normativo entre otras leyes y la presente, prevalece esta ley”.

¹⁸⁵ Ley N° 2.265.

¹⁸⁶ Vide Ley citada, Artículo 1° del Decreto del 28-02-1888 que la misma aprueba.

¹⁸⁷ Ley N° 2.265.

¹⁸⁸ Schvarzer, Jorge, *La Industria [...]*, op. cit., p. 68; Cisneros, Andrés y Escudé, Carlos (Directores), *Historia General [...]*, op. cit., Tomo X, Capítulo 49.

¹⁸⁹ El citado Artículo 1°, inciso 6°, prescribía que era deber y atribución de la Dirección de Ferrocarriles Nacionales “proponer al Poder Ejecutivo las tarifas que deben regir los ferrocarriles de la Nación, dictaminar en los ferrocarriles garantidos y aprobar los horarios, aumento o disminución de trenes propuestos por las administraciones respectivas”.

¹⁹⁰ Adla, Complemento Años 1889-1919, p. 224.

¹⁹¹ Artículo 6°, Ley N° 2.835 citada.

¹⁹² Adla, Complemento Años 1889-1919, p. 239 y sigs.

¹⁹³ Artículo 68, Ley N° 2.873 citada.

tervenir en esa fijación¹⁹⁴; por lo demás, todas las empresas se hallaban únicamente bajo la obligación de "comunicar" las tarifas a la Dirección General de Ferrocarriles nacionales por el Artículo 44 y por el Artículo 32 de la ley. En este escenario, en relación con las empresas que fijaban sus tarifas sin intervención del gobierno cabía presumir (a) el "consentimiento" de éste, en la medida del cumplimiento de las condiciones legales, reglamentarias y contractuales; o bien (b) la inserción plena del tema tarifario en la esfera decisional autónoma de la firma prestadora, sin perjuicio de los muchos controles y regulaciones emanados de aquella Dirección y de las previsiones contractuales de la concesión en particular de que se tratase.

Al mismo tiempo, existían leyes particulares de concesiones, por ejemplo, la Ley N° 3.549,¹⁹⁵ que disponían en su articulado límites a la intervención estatal si se daba un hecho condicionante. El Artículo 9° de la citada ley establecía que "una vez que las entradas líquidas del ferrocarril exceden el 10%, las tarifas serán fijadas con intervención del Poder Ejecutivo y serán sometidas a su aprobación"; a *contrario sensu*, podía válidamente interpretarse que, en la medida en que esas entradas se mantuvieran por debajo de ese nivel, el compromiso básico en materia tarifaria era el de la no intervención,¹⁹⁶ o el de la mera comunicación.

Finalmente, la Ley N° 5.315 o Ley Mitre¹⁹⁷ constituyó el instrumento legislativo que signó el rumbo de las tarifas –del sector ferroviario y hasta las nacionalizaciones de la década de 1940– con criterio moderadamente liberal. En tanto ley destinada a regir para el futuro, como lo señalara la Corte Suprema,¹⁹⁸ a las firmas que se acogieron voluntariamente a ella se les ofreció la seguridad de que el Gobierno nunca intervendría en materia tarifaria sino cuando –conforme al Artículo 9°– "el promedio del producto bruto en tres años seguidos no excedan el 17% del capital en acciones y obligaciones reconocidas por el poder Ejecutivo, y siempre que los gastos no excedan el 60% de las entradas";¹⁹⁹ ello, bajo condición de que renunciaran a sus leyes particulares de concesión, de lo cual se daba cuenta mediante un decreto. De tal manera se garantizaba el compromiso original de libre decisión en materia tarifaria con sujeción –ciertamente– a las reglamentaciones y al control de la Dirección General de Ferrocarriles.

Empero, casi contemporáneamente, se operaban dos fenómenos: por un lado, leyes particulares de concesiones posteriores, por ejemplo, la Ley N° 6.062, establecía en su Artículo 6° que las leyes serían sometidas al poder Ejecutivo a los efectos de la Ley N° 2.873, la cual, como vimos, sólo establecía el deber de "comunicar" la tarifas a la autoridad estatal, guardando silencio sobre las restantes anteriores leyes. Ya veremos cuáles fueron los meandros de la posterior interpretación jurisprudencial de algunas de esas leyes anteriores. Por el

¹⁹⁴ Artículo 69, inciso 11, Ley N° 2.873 citada.

¹⁹⁵ Registro Nacional 1897, T. III, p. 204.

¹⁹⁶ La fórmula, por cierto, daba lugar a la contabilización de gastos de explotación excesivos, pues el porcentaje se calculaba sobre las entradas líquidas, y no nos consta que existieran concursos de precios en el área de las subcontrataciones o aprovisionamientos de bienes.

¹⁹⁷ Véase la historia detallada de las sucesivas leyes en Canosa, Armando, *Régimen Administrativo del Transporte Terrestre*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, p. 277 y sigs.

¹⁹⁸ "FFCC de Entre Ríos c/ Nación Argentina", *Fallos*: 176: 363 (1936), esp. Considerando 7°, donde aplica la ley vigente cuando "el capital se radicó e invirtió", esto es, la Ley N° 189 del año 1866, completada por las disposiciones del Código Civil.

¹⁹⁹ Artículo 9°, Ley N° 5.315 citada. Las sentencias de las tres instancias, comentadas pueden verse en Pérez, Felipe S., *Tratado sobre la Jurisprudencia de la Corte Suprema con transcripción de fallos*, Buenos Aires, Ideas, 1943, T. X, p. 222.

momento, bástenos señalar, una vez más, el énfasis que elípticamente se asignaba a la limitada intervención estatal e incluso al "nuevo" contrato de concesión que bajo la Ley N° 5.315 nacía, el cual, conforme su Artículo 9° –como vimos– preveía las reglas en materia tarifaria. Por el otro lado, decretos, tal como el Decreto del 13 de enero de 1913, disponían que las tarifas de almacenaje de cereales serían "preparadas" por las compañías ferroviarias calculando que las utilidades líquidas no excedieran el 6.8% al año, y la jurisprudencia oportunamente entendió que el verbo "preparar" las tarifas implicaba someterlas a aprobación estatal.²⁰⁰

Asimismo, resulta interesante en este punto señalar que la concepción descripta sobre la aparente naturaleza contractual de las tarifas en materia ferroviaria bien podía ser insertada en la regla interpretativa general oportunamente adoptada conforme la cual "la prohibición de alterar las obligaciones de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como a las concertadas entre éstos y los Estados o por los Estados entre sí".²⁰¹

Naturaleza contractual en otros servicios públicos

En el campo de otros servicios públicos, diversos precedentes de la Corte Suprema ilustran sobre esta caracterización que privilegia el mutuo consentimiento en materia tarifaria o su aspecto contractual.

Así, en "Gutiérrez",²⁰² caso en el que se debatía si la compañía eléctrica podía cobrar por la conservación y control del medidor de flujo eléctrico, se afirmó que el derecho de la empresa a cobrarlo surgía de los términos de la concesión y a ella le era aplicable la regla de la inalterabilidad de las obligaciones que nacen de los contratos –sean entre particulares o entre éstos y el Estado– por lo que la autoridad concedente no podía modificar las cláusulas contra la voluntad del concesionario, y éste tampoco podía modificarlas por sí por haber contraído las respectivas obligaciones.

También en "Sociedad Puerto de Rosario"²⁰³ se hizo referencia a las tarifas no sólo fundadas en un decreto y en la ley de la respectiva concesión sino también en el contrato celebrado entre Nación y empresa, tal que "las tarifas sólo pueden establecerse mediante la intervención conjunta del Poder Ejecutivo y de la Sociedad del Puerto". Dado que –en el caso– no existía tal acuerdo, se confirmó la sentencia anterior que había hecho lugar a la pretensión de la sociedad que impugnaba las tarifas que habían sido fijadas unilateralmente por la autoridad sin su consentimiento.

Asimismo, en "Bunge y Born Ltda. S.A.",²⁰⁴ reiterando la doctrina de "S.A. Puerto del Rosario",²⁰⁵ el Alto Tribunal afirmó que "no sería posible admitir la facultad discrecional del

²⁰⁰ "S.A. "La Protectora Agrícola" c/ FFCC Central Argentino por devolución de sumas de dinero", *Fallos*: 146:268 (1926), esp. p. 275.

²⁰¹ "Bourdie c/ MCBA", *Fallos*: 145:307 (1925), Considerando 8°. Compárese, empero, la solución adoptada en "Cía. de Aguas Corrientes de la Pcia. de Buenos Aires c/ Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*: 184:148 (1939), en el cual, si bien por vía de *obiter* se reafirmó "Bourdie", se entendió que en el caso, la decisión judicial del superior tribunal, con relación al acto provincial que se impugnaba, dictado en el marco de una concesión provincial, no suscitaba cuestión federal suficiente a los efectos del Artículo 14 de la Ley N° 48.

²⁰² "Gregorio Gutiérrez c/ Cía Hispano Americana de Electricidad", *Fallos*: 158:268 (1930).

²⁰³ "Sociedad Puerto de Rosario c/ Compañía Swift de La Plata", *Fallos*: 160:412 (1931).

²⁰⁴ "Bunge y Born Limitada S.A. c/ Sociedad Puerto de Rosario S.A.", *Fallos*: 171:153 (1934).

²⁰⁵ "S.A. Puerto del Rosario c/ Gobierno de la Nación", *Fallos*: 146:373 (1926).

Gobierno contratante para interpretar sus propias convenciones, porque ello importaría erigirlo en juez y parte a la vez, y autorizarlo implícitamente para alterar las obligaciones del contrato",²⁰⁶ y reproduciendo la doctrina de "Sociedad Puerto de Rosario c/ Compañía Swift de La Plata",²⁰⁷ recalcó que "una tarifa no concertada entre el Gobierno y la empresa, aunque autorizada por el primero, no puede prevalecer sobre otra anterior que reúna estas condiciones",²⁰⁸ para finalmente señalar que las tarifas no podían ser modificadas por la sola voluntad del concedente "mediante un acto unilateral fundado sólo en la bondad de las razones que creía tener", derogatorio de la convención bilateral oportunamente celebrada.²⁰⁹ Ello, con fundamentos en los precedentes del propio Alto Tribunal²¹⁰ y en el Artículo 1.197 del Código Civil.²¹¹

Similar interpretación se advierte en el caso "Fossa", en cuanto se admiten tarifas convencionales por medidores de luz, distintas y mayores que las pagadas por otros en las mismas condiciones.²¹²

En estas condiciones, la naturaleza contractual asignable a la tarifa viene a proteger los intereses de la firma y los de los usuarios: a aquélla la protege ante las decisiones de los poderes públicos; a éstos, los protege contra las decisiones ultra contractuales de la empresa. Ello surge prístinamente –si bien por vía de *obiter*– del fallo "CHADE",²¹³ en el cual se enfatizó el respeto a los contratos y se señaló que, si no se los respetara, "sería imposible el cálculo del costo normal de los servicios públicos" y nacería la obligación de "incluir en las tarifas el riesgo de las alteraciones que el poder público introdujera en los contratos", generándose una "inestabilidad contraria a principios constitucionales".²¹⁴

Vicisitudes ferroviarias (II)

Iniciado el siglo XX, la caracterización que reseñamos, en materia de concesiones portuarias, se diferencia de la oportunamente efectuada en materia ferroviaria.

Precedentes como "Gómez"²¹⁵ o "Caja Nacional"²¹⁶ develan la creciente importancia que en tal campo pasa a adquirir la noción de control o aprobación previa por parte del

²⁰⁶ "Bunge y Born Limitada S.A. c/ Sociedad Puerto de Rosario S.A.", *Fallos*: 171: 153 (1934), esp. p. 174.

²⁰⁷ "Sociedad Puerto de Rosario c/ Compañía Swift de La Plata", *Fallos*: 160: 412 (1931).

²⁰⁸ "Bunge y Born Limitada S.A. c/ Sociedad Puerto de Rosario S.A.", *Fallos*: 171: 153 (1934), esp. p. 174-175.

²⁰⁹ "Bunge y Born Limitada S.A. c/ Sociedad Puerto de Rosario S.A.", *Fallos*: 171: 153 (1934), esp. p. 175.

²¹⁰ "Puerto de Rosario c/ Gobierno Nacional", *Fallos*: 152: 347 (1928).

²¹¹ "Bunge y Born Limitada S.A. c/ Sociedad Puerto de Rosario S.A.", *Fallos*: 171: 153 (1934), esp. p. 175.

²¹² "Herminio F. Fossa c/ CHADE", *Fallos*: 181: 450 (1938), esp. Considerando 3º: "Que la municipalidad concedente y la compañía concesionaria sometieron [...] a un tribunal arbitral el fallo del pleito entre ellas suscitado, a propósito de tarifas convencionales [...]"; surgiendo del dictamen del Procurador General que "todos los establecimientos similares al del recurrente obtenían la corriente eléctrica al mismo precio que éste".

²¹³ "Compañía Hispano Americana de Electricidad c/ Rafaele, Juan", *Fallos*: 179: 15 (1937).

²¹⁴ "Compañía Hispano Americana de Electricidad c/ Rafaele, Juan", *Fallos*: 179: 15 (1937), Considerando 3º.

²¹⁵ "Gómez c/ FFCC Central Córdoba", *Fallos*: 146: 207 (1926), se alude a un contralor especial por parte de la autoridad administrativa (Considerando 3º), bajo la forma de aprobación (Considerando 4º) previa (Considerando 5º) de las tarifas, requisito que puede surgir de la ley en forma expresa o tácita (Considerando 5º), y que es ineludible para que la empresa pueda hacerlas efectivas (Considerando 6º); una inteligencia en contrario implicaría hasta una "mengua en la soberanía" (Considerando 8º) o la delegación de una facultad estatal inalienable (Considerando 8º).

²¹⁶ "Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c/ FFCC Central Argentino", *Fallos*: 152: 385 (1928), esp. p. 413: "Las empresas no pueden fijar las tarifas, precio del servicio que prestan [...] sino que deben llenar ciertos caracteres previstos por la ley y deben ser previamente aprobadas por el Poder Ejecutivo".

concedente, y la disminución de los elementos convencionales en la relación entre el prestador y el Estado, preparándose así el camino para la concepción reglamentaria de la tarifa. Proceso éste favorecido por el dictado de las sucesivas leyes a las que ya aludimos.

En "Gómez"²¹⁷ la Corte Suprema tenía que analizar el Artículo 44 de la Ley N° 2.873 que antes mencionáramos, que sólo ponía en cabeza de la firma privada la obligación de "comunicar" las tarifas, y en especial estudiar si de alguna manera la Ley N° 5.315 –que prescribía la intervención estatal cuando las utilidades superasen un determinado umbral– venía a derogar las leyes generales anteriores, en especial la Ley N° 2.835 que prescribía la intervención estatal con criterio general a la luz de los intereses generales del país y el respectivo contrato. Pues bien, la Corte Suprema tomó por no escrito el umbral a que la Ley N° 5.315 aludía –en ningún Considerando se refirió a las exactas ganancias que hubiera cosechado la firma demandada–, y convalidó la necesidad de intervención estatal pues, caso contrario, "la vida económica de la Nación dependería casi exclusivamente de la voluntad de las empresas de ferrocarriles"^{218, 219}.

Entre la Primera Guerra Mundial y 1989: La tesis de la naturaleza reglamentaria

La naturaleza contractual –con sus fuertes limitaciones en materia ferroviaria, como vimos– coexistió con la regla de interpretación conforme la cual el derecho del concesionario a cobrar las tarifas integra su propiedad en sentido constitucional.²²⁰

²¹⁷ "Gómez c/ FFCC Central Córdoba", Fallos: 146: 207 (1926), se alude a un contralor especial por parte de la autoridad administrativa (Considerando 3º), bajo la forma de aprobación (Considerando 4º) previa (Considerando 5º) de las tarifas, requisito que puede surgir de la ley en forma expresa o tácita (Considerando 5º), y que es ineludible para que la empresa pueda hacerlas efectivas (Considerando 6º); una inteligencia en contrario implicaría hasta una "mengua en la soberanía" (Considerando 8º) o la delegación de una facultad estatal inalienable (Considerando 8º).

²¹⁸ "Gómez c/ FFCC Central Córdoba", Fallos: 146: 207 (1926), penúltimo Considerando.

²¹⁹ Otras interpretaciones, por parte de la Corte Suprema, de la Ley N° 5.315, también merecen ser puestas bajo análisis. Así, por ejemplo, si bien el Artículo 8º de dicha ley prescribía que las firmas gozarían de una franquicia aduanera hasta 1907 y que "durante este mismo plazo" pagarían una contribución única quedando exoneradas de todo impuesto nacional, provincial o municipal, el Alto Tribunal falló en el sentido de que dicho Artículo no exoneraba a los ferrocarriles del pago de los servicios municipales, "Municipalidad de Córdoba c/ FFCC Central Argentino", Fallos: 113: 165 (1910) pues no constituían impuestos sino servicios, interpretación reiterada en "Municipalidad de Córdoba c/ FFCC Central Argentino", Fallos: 114: 298 (1911); "Municipalidad de Córdoba c/ FFCC Central Argentino", Fallos: 115: 174 (1911); "Municipalidad del Rosario c/ Empresas de FFCC fusionados Central Argentino y Buenos Aires y Rosario", Fallos: 123: 422 (1916), entre otros.

²²⁰ "Tomás Devoto y Cía c/ Empresa FFCC de Buenos Aires", Fallos: 147: 5 (1926) ("no es de presumir que hubiese intentado privar a las empresas del derecho a aplicar tarifas aprobadas, derecho que constituye una propiedad en la acepción constitucional") (Considerando 5º).

Esta doctrina es reiterada en "Gregorio Gutiérrez c/ Cia. Hispano Americana de Electricidad", Fallos: 158: 268 (1930) esp. p. 278; "Bunge y Born Limitada S.A. c/ Sociedad Puerto de Rosario S.A.", Fallos: 171: 153 (1934), esp. p. 175; "FFCC de Entre Ríos c/ Gobierno de la Nación", Fallos: 176: 363 (1936), esp. Considerando 9º; "FFCC del Sud c/ Nación Argentina", Fallos: 183: 116 (1939) esp. p. 133; "Carlos S. Romero c/ Pcia. de Buenos Aires", Fallos: 186: 48 (1940), esp. Considerando 3º.

En igual sentido, "Gregorio Gutiérrez c/ Cia Hispano Americana de Electricidad", Fallos: 158: 268 (1930) ("el derecho de cobrar al actor que ha aceptado el servicio de luz la suma reclamada [...] si no emerge de una ley especial fluye en cambio de la naturaleza y de los términos de la concesión que ha sido otorgada por quien tenía competencia para ello [...]. Los derechos emergentes de una concesión [...] (empresas de ferrocarriles, tranvías, luz eléctrica, teléfono, explotación de canales) se encuentran tan protegidos por las garantías constitucionales [...] como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio"); "Empresa Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina", Fallos: 183: 116 (1939) (en similares términos). Véanse también "S.A. Puerto de Rosario c/ Gobierno Nacional", Fallos: 152: 347 (1928), esp. p. 350 y con cita del Artículo 11.997, C.C., sobre cláusula arbitral y su remisión a "Gerardo Pagano c/ Nación Argentina", Fallos: 133: 61 (1920) sobre imposibilidad de modificación unilateral de convenciones; y "Pedro Bettoli c/ Pcia. de Buenos Aires", Fallos: 154: 372 (1929), sobre relatividad de las relaciones jurídicas emergentes de la concesión (p. 374).

No obstante ello, la aparición del enfoque reglamentario en los premencionados casos "Gómez"²²¹ –reflejada también en "Caja Nacional"²²² parecería apoyarse en la afirmación, formulada en éste último, de que no se está ante una contratación asimilable a las contrataciones entre particulares; antes bien, los servicios en cuestión "no son equiparables al dominio y negocio privados; hacen y funcionan en virtud de la concesión que no es un contrato de Derecho común entre particulares iguales, sino que es el acto legislativo en virtud del cual el Estado hace delegación en una empresa para la debida realización del servicio público [...] dentro de los límites prefijados, determinándose las condiciones de tiempo, forma y elementos de la construcción y explotación, privilegios y exenciones otorgadas a la empresa, derechos y ventajas reservadas por el Estado para sí o para determinadas manifestaciones de la vida nacional"²²³ y en el énfasis depositado por el primero en la salvaguarda de la soberanía.²²⁴

De tal suerte, parece abandonarse el enfoque contractual antes reseñado, primando la voluntad unilateral del Estado que fagocita el compromiso contractual originario.²²⁵ Ello, empero, no de manera absoluta, pues en casos posteriores la Corte Suprema admitió que si bien la concesión no era pura y simplemente un contrato sino un acto de autoridad, el hecho de serlo no obstaba a que hubiera un "compromiso del Estado concedente respecto a los términos y condiciones que él mismo puso a la concesión"²²⁶ y tal compromiso englobaría a los términos tarifarios.

El franco reconocimiento de la naturaleza reglamentaria de la tarifa en las relaciones Estado firma se revela en el campo de la telefonía en el caso "Ventafridda"²²⁷ del año 1939, donde se afirma derechamente que "ninguna tarifa tiene validez legal sin una ley o decreto que la autorice",²²⁸ agregándose que "una vez establecida, ella es obligatoria para el público y para el concesionario".²²⁹ Como señala Cassagne,²³⁰ esta doctrina es reiterada más tarde

²²¹ "Gómez c/ FFCC Central Córdoba", *Fallos*: 146: 207 (1926) se alude a un contralor especial por parte de la autoridad administrativa (Considerando 3º), bajo la forma de aprobación (Considerando 4º) previa (Considerando 5º) de las tarifas, requisito que puede surgir de la ley en forma expresa o tácita (Considerando 5º), y que es ineludible para que la empresa pueda hacerlas efectivas (Considerando 6º); una inteligencia en contrario implicaría hasta una "mengua en la soberanía" (Considerando 8º) o la delegación de una facultad estatal inalienable (Considerando 8º).

²²² "Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c/ FFCC Central Argentino", *Fallos*: 152: 385 (1928) esp. p. 413: "Las empresas no pueden fijar las tarifas, precio del servicio que prestan [...] sino que deben llenar ciertos caracteres previstos por la ley y deben ser previamente aprobadas por el Poder Ejecutivo".

²²³ "Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c/ FFCC Central Argentino", *Fallos*: 152: 385 (1928), esp. p. 413.

Es este –al igual que "Empresa de Electricidad de los Andes c/ Pcia. de Mendoza", *Fallos*: 181: 142 (1938); "Empresa del FFCC del Sud c/ Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*: 183: 429 (1939); y "Cía. de Electricidad del Sud Argentino S.A. c/ Municipalidad de San Andrés de Giles", *Fallos*: 231: 311 (1955), entre otros– un fallo de actualidad no sólo en punto a los caracteres contractuales o reglamentarios que se estimaba iban a prevalecer, sino también en punto al tratamiento del *passthrough* positivo o negativo de los costos derivados de los aportes previsionales.

²²⁴ "Gómez c/ FFCC Central Córdoba", *Fallos*: 146: 207 (1926), penúltimo Considerando.

²²⁵ Véase, en especial, nota 201.

²²⁶ "Pcia. de Corrientes c/ S.A. Cía. de Electricidad de Corrientes", *Fallos*: 230: 380, esp. p. 395; entre otros.

²²⁷ "Ventafridda c/ Unión Telefónica", *Fallos*: 184: 306 (1939). Allí la Corte Suprema destaca que "los concesionarios de teléfonos no se hallan facultados para cobrar servicio alguno de los comprendidos en su concesión, sin la conformidad del poder ejecutivo" (Considerando 5º)

²²⁸ "Ventafridda c/ Unión Telefónica", *Fallos*: 184: 306, Considerando 5º.

²²⁹ "Ventafridda c/ Unión Telefónica", *Fallos*: 184: 306, Considerando 5º.

²³⁰ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho* [...], op. cit., T. II, p. 386, n. 45.

en "Schill".²³¹ Ello, aun cuando, en estos dos casos, se interpretaba la ley de telégrafos antes mencionada, que en forma expresa aludía a un "acuerdo" entre la firma y el concedente.²³²

Que sea reglamentaria la naturaleza de la tarifa, en estas condiciones, implica para la firma prestadora la creciente presencia del Estado concedente a los fines regulatorios y de policía, vedándose toda posibilidad de "certidumbre de las obligaciones del concesionario [que] no es propia del régimen de las concesiones",²³³ y obligándosele, por ejemplo, a facilitar gratuitamente servicios telefónicos urbanos e interurbanos a los Poderes ejecutivos provinciales,²³⁴ o a proveer descuentos del 50% a empleados de empresas estatales que viajaran en uso de licencia bianual.²³⁵

Las nacionalizaciones

Habiendo sido los ferrocarriles transferidos al poder del Estado el 1º de marzo de 1948,²³⁶ momento a partir del cual pudo éste administrarlos libremente,²³⁷ y enmendada la Constitución Nacional en el año 1949, con un nuevo Artículo 40 que prescribía que todos los servicios públicos pertenecían originariamente al Estado y que no podrían ser dados en concesión,²³⁸ se

²³¹ "Schill, Andrés y otros c/ Unión Telefónica", *Fallos*: 184: 280 (1939), Considerando 15: "el propietario o concesionario se encuentra sometido por el carácter de su actividad y por la naturaleza del favor que le ha sido otorgado, a un contralor especial de parte de la autoridad administrativa, contralor que comprende también el punto relativo al precio o tarifa compensatoria del servicio que tiene el encargo de prestar".

²³² Véase nota 180.

²³³ "S.A. Cía. Argentina de Teléfonos c/ Pcia. de Mendoza", *Fallos*: 211: 83 (1948), esp. pp. 98-99, donde llega a afirmarse –luego de interpretarse la cláusula cuestionada en el caso– que "es inadmisibles el argumento de que la gratuidad de los servicios interurbanos [para el Poder Ejecutivo provincial] importe una obligación incierta e ilimitada con la que no puede considerarse conforme al concesionario. Ello porque la absoluta certidumbre de las obligaciones del concesionario no es propia del régimen de las concesiones en cuanto supondría la renuncia a la facultad del Estado concedente de regular el servicio, y de ejercer su correspondiente Poder de policía, aun imponiendo por tal vía erogaciones no previstas". Empero, enseguida se agrega que a ello "no es obstáculo la procedencia de la indemnización en los casos en que con ese hecho –hecho del Príncipe– se alterara efectivamente el equilibrio económico del contrato del concesionario". En la misma tesitura puede verse "Caja de Jubilaciones de Empleados Ferroviarios c/ FFCC Central Argentino", *Fallos*: 188: 9 (1940), esp. Considerando 5º.

²³⁴ "S.A. Cía. Argentina de Teléfonos c/ Pcia. de Mendoza", *Fallos*: 211: 83 (1948).

²³⁵ "FFCC Sud c/ O.S.N.", *Fallos*: 205: 586 (1946).

²³⁶ La aludida recuperación abarcó los siguientes pasos procedimentales: el 13-02-47 el presidente del Instituto Argentino de Promoción del Intercambio y el representante de las Empresas Ferroviarias de Propiedad británica en la República Argentina firmaron un Convenio de adquisición *ad referendum* de los activos físicos y bienes indirectos; se acreditó la conformidad de los directores y de la Asamblea de Accionistas y la aprobación por el Tribunal Supremo de Justicia de Inglaterra al Plan General de Arreglos del 30-05-47; el 26-02-48 el citado Instituto aprobó el Convenio; por Decreto N° 5.789 del 28-02-48 (Adla 1948, T.VIII, p. 458), para perfeccionar la compra venta, se concretó la toma de posesión de las empresas y demás bienes adquiridos; por Decreto N° 7.827 del 16-03-48 (Adla 1948, T.VIII, p. 476) se creó una comisión especial para el planeamiento de sistemas de explotación de transportes (excluidos los de la Ciudad de Buenos Aires) y comunicaciones; por Decreto N° 8.541 del 24-03-48 (Adla 1948, T.VIII, p. 488) se creó una comisión especial a cargo de la administración y explotación de las ex empresas ferroviarias británicas; finalmente, por Decreto N° 19.395 del 28-06-48 (Adla 1948, T.VIII, p. 597) se creó la Secretaría de Transportes de la Nación con competencia para la administración y explotación de los ferrocarriles de la Nación y de los que, en cualquier forma, se incorporen al patrimonio nacional.

²³⁷ Sobre esta decisión pueden verse "Cía. Comercial de Transportes Colectivos c/ FFCC Sud", *Fallos*: 217: 22 (1950); "Nicolás Poggio hijo c/ FFCC Buenos Aires al Pacifico", Tomo 221: 746 (1951).

²³⁸ Literalmente, decía su texto: "La organización de la riqueza y su explotación tienen por fin el bienestar del pueblo, dentro de un orden económico conforme a los principios de la justicia social. El Estado, mediante una ley, podrá intervenir en la economía y monopolizar determinada actividad, en salvaguardia de los intereses genera-

opera la "recuperación" y transferencia al Estado de los servicios antes concesionados,²³⁹ y las tarifas adquieren naturaleza netamente reglamentaria.

A juego con la decisión estatista, similar franca postura reglamentarista en relación con las tarifas aparece sugerida en precedentes tales como "Ferrocarril Central"²⁴⁰ y "Cía Industrial Sudamericana c/ Gas del Estado".²⁴¹ Y se torna claramente consolidada en "Suñé c/ Segba",²⁴² donde si bien por vía de *obiter* se señala que la concesión es un acto de gobierno²⁴³ pese a los "aspectos contractuales que quepa reconocérsele",²⁴⁴ se afirma –con cita

les y dentro de los límites fijados por los derechos fundamentales asegurados en esta Constitución. Salvo la importación y exportación, que estarán a cargo del Estado, de acuerdo con las limitaciones y el régimen que se determine por ley, toda actividad económica se organizará conforme a la libre iniciativa privada, siempre que no tenga por fin ostensible o encubierto dominar los mercados nacionales, eliminar la competencia o aumentar usurariamente los beneficios.

Los minerales, las caídas de agua, los yacimientos de petróleo, de carbón y de gas, y las demás fuentes naturales de energía, con excepción de los vegetales, son propiedad imprescriptible e inalienable de la Nación, con la correspondiente participación en su producto que se convendrá con las provincias.

Los servicios públicos pertenecen originariamente al Estado, y bajo ningún concepto podrán ser enajenados o concedidos para su explotación. Los que se hallaran en poder de particulares serán transferidos al Estado, mediante compra o expropiación con indemnización previa, cuando una ley nacional lo determine.

El precio por la expropiación de empresas concesionarios de servicios públicos será el del costo de origen de los bienes afectados a la explotación, menos las sumas que se hubieren amortizado durante el lapso cumplido desde el otorgamiento de la concesión y los excedentes sobre una ganancia razonable que serán considerados también como reintegración del capital invertido".

²³⁹ La recuperación se halla aludida por la Corte Suprema argentina en "Martín Ipucha y otros c/ Cía de Aguas Corrientes de la Pcia. de Bs.As. (en liquidación)", *Fallos*: 221: 731 (1951), y "Juan Antonio Huerta y otros c/ Puerto de San Nicolás S.A.", *Fallos*: 224: 536 (1952).

²⁴⁰ "FFCC Central Argentino c/ Pcia. de Buenos Aires", *Fallos*: 184: 231 (1939), esp. Considerando 3º: "descartada así la existencia de obligación contractual"; "Ferrocarril Central Argentino c/ Pcia. de Bs. As.", *Fallos*: 209: 140 (1947), esp. p. 148, caso en el que se interpretó que se debía conceder la franquicia del 50% al transporte oficial pues si bien ello no surgía del contrato de venta de abril de 1890 ni de la ley que autorizaba la misma N° 2.176 ni de la ley que la aprobaba N° 2.364, sí surgía de la Ley General de Ferrocarriles de febrero de 1890 N° 2.362 y el contrato era posterior a esta última ley.

Una solución diversa se detecta en "FFCC Buenos Aires al Pacífico c/ Nación Argentina", *Fallos*: 202: 48 (1945), donde la aparente contradicción entre las leyes generales de ferrocarriles y la ley especial referida a la concesión fue dirimida tal que se consideró que la ley posterior especial de aprobación del contrato que concedía la explotación a Juan E. Clark modificaba y derogaba la general anterior de régimen de ferrocarriles: "la ley general de ferrocarriles N° 2.873 no ha podido empeorar o agravar la situación de la empresa" (*Fallos* [...], op. cit., pp. 61-62); así, se concluyó que la rebaja del 50% del régimen general podía por contrato ser de sólo el 25%. Es importante señalar que, en este caso, el porcentaje de la rebaja contractual también se convalidó por razones de equidad (*Fallos* [...], op. cit., p. 65).

²⁴¹ "Cía Industrial Sudamericana c/ Gas del Estado", *Fallos*: 256: 403 (1963): Gas del Estado "aplica las tarifas que a su propuesta aprueba el Poder Ejecutivo Nacional" (Considerando 3º).

²⁴² "Suñé, Eduardo c/ SEGBA", *Fallos*: 258: 322 (1964).

²⁴³ Morigerándose formalmente el criterio de que constituía un acto de soberanía adoptada en "Municipalidad de Rosario c/ Cía. Gral. de Luz y Fuerza", *Fallos*: 178: 243 (1937), Considerando 2º, párrafo 4º, y sus citas de "Gregorio Gutiérrez c/ Cía. Hispano Americana de Electricidad", *Fallos*: 158: 268 (1930); "Yantorno, Benjamín c/ Compañía Hispano Americana de Electricidad", *Fallos*: 155: 410 (1929); "Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados y Obreros Ferroviarios c/ FFCC Central Argentino", *Fallos*: 152: 385 (1928); "Bourdie c/ MCBA", *Fallos*: 145: 307 (1925); "S.A. Canal y Puerto del Oeste c/ Gobierno Nacional", *Fallos*: 141: 190 (1924).

²⁴⁴ "Suñé, Eduardo c/ SEGBA", *Fallos*: 258: 322 (1964), Considerando 5º. Idéntico *obiter* se refleja en "Compañía Argentina de Teléfonos S.A. c/ Provincia de Mendoza", *Fallos*: 211: 83 (1948).

de numerosos precedentes²⁴⁵ que "el acto estatal regulatorio de la prestación de un servicio público de utilidad general, es de carácter unilateral, llámese legal o reglamentario [...]. Los concesionarios no pueden, por vía de invocar el derecho de libre contratación, alterar los términos de la reglamentación legal de la prestación del servicio. Así como que los usuarios no están capacitados para discutir el régimen reglamentario que constituye las condiciones de la oferta".²⁴⁶ En tales condiciones, la tarifa, regulada por el precitado acto estatal, sería reglamentaria, no sólo para los usuarios sino también para el prestador en sus relaciones con la autoridad concedente, así como –a fuer de claridad– para la autoridad estatal prestadora misma.

Este sometimiento al Poder de policía en materia tarifaria –tornándose la tarifa reglamentaria– opera tanto durante la concesión como durante la ejecución del permiso o de la simple autorización para funcionar como ilustra el precedente "Sociedad de Electricidad de Rosario c/ DGI",²⁴⁷ caso en el que, declarada la nulidad de la concesión,²⁴⁸ la empresa había tenido que tolerar rebajas en las tarifas mientras que, por razones de emergencia, perduraba su obligación de seguir prestando el servicio.

Concepción mixta

Sin embargo, la línea jurisprudencial citada no parece significar el abandono total de la concepción contractual; en efecto, en "Cía de Tranvías Anglo Argentina"²⁴⁹ –caso en el que la firma demandaba al Estado por destrucción del capital por ella aportado a la Corporación de Transportes de la Ciudad de Buenos Aires creada en 1936–²⁵⁰ se afirma que "todo régimen de prestación indirecta de tales servicios –es decir, por intermedio de concesionario–, las tarifas son fijadas y aprobadas por el poder público, como parte de la policía del servicio, lo que no obsta a la existencia de bases fijadas por ley, o como en el caso de autos, bajo forma contractual".²⁵¹

De tal suerte, en el precitado caso se diferencian la fijación y aprobación por un lado –que dotarían al acto de caracteres reglamentarios– y las bases fijadas por ley o contrato, admitiéndose la posibilidad de una naturaleza contractual en este último supuesto²⁵² a juego con la tesis oportunamente propiciada por Bielsa.²⁵³

²⁴⁵ "Municipalidad de Rosario c/ Cia. Gral. de Luz y Fuerza", *Fallos*: 178: 243 (1937); "Empresa Ferrocarril del Sud c/ Nación Argentina", *Fallos*: 183: 116 (1939); "Andrés Schill c/ Cia Unión Telefónica", *Fallos*: 184: 280 (1939); "Ventafridda c/ Cia Unión Telefónica del Río de la Plata", *Fallos*: 184: 306 (1939); "Pcia. de Buenos Aires c/ S.A. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca", *Fallos*: 254: 441 (1962); y la doctrina de "CHADE c/ Raffaele Juan", *Fallos*: 179: 15 (1937); "Herminio F. Fossa c/ C.H.A.D.E.", *Fallos*: 181: 450 (1938); "S.A. Cia. Argentina de Teléfonos c/ Pcia. de Mendoza", *Fallos*: 211: 83 (1948); "Cía. de Electricidad de los Andes c/ Pcia. de San Luis", *Fallos*: 211: 1162 (1948); "Cía. de Electricidad de Tandil "Usina Popular" S.A. c/ Dirección General de Impuesto a los Réditos", *Fallos*: 220: 409 (1951); "Pcia. de Corrientes c/ S.A. Cia. de Electricidad de Corrientes", *Fallos*: 230: 380 (1954).

²⁴⁶ "Suñé, Eduardo c/ SEGBA", *Fallos*: 258: 322 (1964), Considerando 6°.

²⁴⁷ "Sociedad de Electricidad de Rosario c/ DGI", *Fallos*: 215: 280 (1949), esp. p. 302.

²⁴⁸ "Sociedad de Electricidad de Rosario c/ DGI", *Fallos*: 215: 280 (1949), esp. p. 304.

²⁴⁹ "Cía de Tranvías Anglo Argentina c/ Nación Argentina", *Fallos*: 262: 555 (1965).

²⁵⁰ Sociedad de economía mixta creada por Ley N° 12.311 (Adla 1920-1940, Complemento, p. 694 y sigs.).

²⁵¹ "Cía de Tranvías Anglo Argentina c/ Nación Argentina", *Fallos*: 262: 555 (1965), Cons. 10.

²⁵² En el Considerando 15 incluso se alude a la "economía general del contrato, es decir, su ecuación económica financiera" y en el Considerando 18, finalmente, se sostiene la responsabilidad contractual del Estado. Téngase en cuenta que, en el caso, para la formación de la Corporación se había operado un contrato de transferencia de acciones a favor de ella, un "acuerdo de las partes contratantes" (Considerando 9°).

²⁵³ Bielsa, *Derecho* [...], op. cit., T. I, p. 373.

Más recientemente,²⁵⁴ la Corte Suprema ha reiterado las precisiones que surgen de "Cía de Tranvías Anglo Argentina"²⁵⁵ en el fallo "Fernández".²⁵⁶ Asimismo, a propósito de la venta de la Empresa Flota Fluvial del Estado, la Corte Suprema distinguió, por un lado, los "aspectos contractuales de la relación", y, por el otro, su "contenido reglamentario, en el que se encuadraba –en el caso de autos– el poder de fijar y modificar las tarifas".²⁵⁷

1989-2000

De cara a la realidad, cierto es que las tarifas son fijadas o determinadas mediante la pertinente intervención estatal, lo cual se perfila en la antigua jurisprudencia de la Corte Suprema que consagra el principio de la necesaria intervención oficial en la fijación del precio para la prestación de servicios públicos,²⁵⁸ por medio de la aprobación previa,²⁵⁹ no sólo en forma expresa sino también tácita por el transcurso del tiempo prefijado para las observaciones a aquél.²⁶⁰

Actualmente, privatizados los principales servicios públicos, las tarifas son fijadas mediante un acto.²⁶¹ En los casos en los que la concurrencia es ineficiente o antieconómica –monopolios naturales, en los que el Estado debe velar por el usuario con mayor intensidad– se

²⁵⁴ "Maruba SCA c/ E.N.", *Fallos*: 321: 1784 (1998).

²⁵⁵ "Cía de Tranvías Anglo Argentina c/ Nación Argentina", *Fallos*: 262: 555 (1965).

²⁵⁶ "Fernández c/ PEN", *Fallos*: 322: 3008 (1999), Considerando 14.

²⁵⁷ "Maruba SCA c/ E.N.", *Fallos*: 321: 1784 (1998), Considerando 20.

²⁵⁸ El precedente más antiguo que se detecta es de 1909, "Méndez c/ Ferrocarril del Oeste", *Fallos*: 112: 367 (1909), esp. p. 382 ("la dirección de ferrocarriles ó el P.E. debe intervenir en la fijación de tarifas"); "Gómez c/ FFCC Central Córdoba", *Fallos*: 146: 207 (1926), esp. p. 233 ("necesidad de un contralor del Estado, bajo la forma de aprobación de dichas tarifas, tanto en su forma originaria como en sus aumentos o modificaciones ulteriores") y p. 236 ("[n]o es posible, por lo tanto, admitir que la intención del legislador [...] haya sido renunciar al contralor previo a la aplicación de las tarifas, que implicaría una delegación de facultades que por su naturaleza deben considerarse inalienables"); "Martino, Leonardo c/ Ferrocarril Central Argentino", *Fallos*: 150 : 5 (1927), esp. p. 18 ("[l]a jurisprudencia de esta Corte es definitiva en ese sentido, habiendo consagrado el principio de la necesaria intervención oficial en la fijación de precio para la prestación de servicios públicos").

Similar postura jurisprudencial se advierte en "Kaufmann y Cía. C/ FFCC Central Argentino", *Fallos*: 147: 81 (1926) (no se puede subsanar "la falta de aprobación expresa que incumbe al poder ejecutivo") (Considerando 6°); "Jacinto Ferrer c/ Unión Telefónica", *Fallos*: 152: 235 (1928) (es "incuestionable la facultad del poder ejecutivo para intervenir en todo lo relacionado con la instalación de sus líneas, reglamentación de servicios y fijación de tarifas"); "The Steamship Co. Ltd. c/ Empresa del Puerto de Rosario", *Fallos*: 171: 275 (1934) ("el poder ejecutivo procedió en este caso como procede siempre en la fijación de las tarifas para los servicios públicos prestados directamente por el gobierno o por intermedio de empresas concesionarias [...] procede a dar las disposiciones pertinentes o a dictar los reglamentos de acuerdo con las bases fijadas en la ley que crea estos servicios públicos. Y esto es lo que está establecido por una larga tradición de gobierno, jamás objetada, por ser lo único posible y lo más razonable; tradición que tiene su apoyo en las prácticas norteamericanas, invariablemente observadas [...]").

²⁵⁹ "Gómez c/ FFCC Central Córdoba", *Fallos*: 146: 207 (1926), esp., p. 233; "Martino c/ FFCC Central Argentino", *Fallos*: 150: 5 (1927).

²⁶⁰ "Tomás Devoto y Cía c/ FFCC Buenos Aires", *Fallos*: 147: 5 (1926) (en el Considerando 7° se alude a la "aprobación mecánica producida por el transcurso de más de cuatro meses desde la fecha de la comunicación"); en igual sentido, "Kaufmann y Cía. C/ FFCC Central Argentino", *Fallos*: 147: 81 (1926); "Alfonso Forino c/ FFCC Buenos Aires", 147: 231 (1926) (en el Considerando 2° se afirma que "en la fecha en que [los transportes] fueron realizados ya habían transcurrido con exceso los cuatro meses a que se refiere el [reglamento], sin que [las tarifas] hubieran sido observadas por no ser justas o razonables").

²⁶¹ Cassagne, Juan Carlos, *La Intervención Administrativa*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1992, p. 62 (donde alude a la naturaleza del "acto de fijación de tarifas de los servicios públicos"); Bianchi, Alberto B., *La Regulación Económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, T. I, p. 327 (donde alude a que generalmente existe un "acto de aprobación").

evidencia el dictado de un acto de fijación de las tarifas. E inclusive fuera de los supuestos de servicio público declarado tal por ley, cuando existe la concurrencia efectiva en la prestación del servicio tal que el precio pueda haber sido formado por el mercado²⁶² – etapa de formación del precio– también puede verificarse tal injerencia estatal, si bien con muy menor intensidad.²⁶³ Resultan, por cierto, de elevado interés los primeros.

Empero, es en este punto necesario referirnos a los conceptos de contralor, fijación y aprobación.

En relación al primer concepto, ha afirmado la Corte Suprema que “el contralor permanente en las tarifas [...] se justifica tanto por el hecho de la autorización acordada para ejercer funciones que en principio corresponden al Estado o dependen de una concesión del mismo, cuanto porque importando el privilegio de un monopolio real o virtual, la absoluta libertad de contratar o de fijar precios o de clasificar los servicios para escapar al contralor, sometería al público que no puede prescindir de tales servicios a la opresión económica de los concesionarios”.²⁶⁴ La definición apunta, es claro, a los servicios públicos de los que no se puede prescindir, y en ese marco erige al contralor estatal permanente en potestad irrenunciable del Estado, siempre que medie monopolio real o virtual. Cassagne oportunamente diferenció –en apreciación que compartimos– la función de control y la función reguladora y la conveniencia de separación de ambas funciones,²⁶⁵ correspondiendo sólo la primera al ente regulador, y morando la segunda, en principio, en el Poder Ejecutivo, “sin perjuicio de las facultades que el ordenamiento les atribuya [a los entes de control] para reglar aspectos de detalle que no impliquen la creación *ex novo* de obligaciones y derechos”.²⁶⁶

Además, el Estado interviene, en materia tarifaria, fijando las tarifas. Ello, tanto en la esfera de las concesiones, como de los permisos o de las simples autorizaciones para funcionar y prestar el servicio.²⁶⁷ El Estado, según nos muestra la experiencia argentina, podrá fijar las tarifas en el respectivo contrato suscripto luego de completado el proceso de adjudicación

²⁶² Mairal oportunamente señaló que no tiene sentido privatizar para que luego el Estado siga interviniendo en la fijación de las tarifas ya que es mucho más eficiente que el mercado forme el precio, opinión recogida en Bezzi, Osvaldo H., “Tarifas: Su Naturaleza, la Configuración del Poder Tarifario, Evolución”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, N° 268, pp. 77-83, esp. p. 80.

²⁶³ El Reglamento de Telefonía Móvil, Resolución SC 490/97 establece, dentro de un marco de libertad de precios, que “la Autoridad Regulatoria podrá por razones de interés público debidamente justificadas establecer excepcionalmente algún tipo de restricción o disponer alguna autorización previa” (Artículo 34); asimismo, en relación a la información sobre precios, establece que “los precios establecidos por el prestador deberán ser razonables y no discriminatorios dentro de cada una de las diferentes categorías [...] debiendo éste comunicar a la Autoridad de Aplicación, según correspondiere, sus montos y alcances”.

Igualmente, las firmas prestadoras de telefonía celular deben informar mensualmente a la autoridad de aplicación de la Ley N° 24.240 de protección del consumidor la totalidad de los planes ofrecidos en todas las modalidades posibles de prestación del servicio (Resolución 37/2003 de la Secretaría de la Competencia, la Desregulación y la Defensa del Consumidor, B.O. 24-03-03).

²⁶⁴ “Schill, Andrés y otros *c/* Unión Telefónica”, *Fallos*: 184: 280 (1939); “Sociedad de Electricidad de Rosario *c/* D.G.I.”, *Fallos*: 215: 280 (1949), esp. p. 303.

²⁶⁵ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho* [...], op. cit., T. II, p. 381.

²⁶⁶ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho* [...], op. cit., T. II, pp. 381-382.

²⁶⁷ “Cía. de Electricidad de Tandil “Usina Popular” S.A. *c/* Dirección General de Impuesto a los Réditos”, *Fallos*: 220: 409 (1951), esp. p. 421.

del servicio público de que se trate, y posteriormente, en forma periódica, intervendrá en los reajustes y revisiones de las mismas conforme las previsiones contractuales aplicables.

En cuanto a la aprobación, recordemos que en los años posteriores a 1989, las principales empresas de servicios públicos fueron privatizadas. En este escenario, la injerencia del Estado privatizador, y posteriormente regulador, en las tarifas, es la de aprobación, generalmente antes de la puesta en vigencia de la tarifa máxima regulada de que se trate;²⁶⁸ así, en el caso del transporte y distribución de gas²⁶⁹ y electricidad,²⁷⁰ provisión de agua y cloacas²⁷¹ y diversos conceptos de las telecomunicaciones.²⁷² Vale la pena señalar la conveniencia de la fórmula legislativa adoptada en tanto evita las confusiones propias de las leyes ferroviarias antes reseñadas que aludían a "intervención" y que, dictadas sucesivamente sin derogar las anteriores, brindaban un confuso panorama de intervenciones estatales en materia de aprobación.

Ahora, dado que lo que el Estado aprueba es un cuadro tarifario en relación a determinada firma, tal que pueda cobrar cierto importe, que sufragarán los usuarios, no podrían dejar de distinguirse, con base en ese acto, dos juegos de relaciones: entre el Estado concedente y la firma, por un lado; y entre ésta y los usuarios, por el otro. Estos conceptos fueron adelantados en la sección II, *supra*, y aquí los detallamos.

Relaciones concedente-firma

En otras palabras, el fenómeno consiste en que, por lo general, el acto de fijación o determinación de las tarifas parecería dirigido a una firma prestadora en particular;²⁷³ de allí que, inicialmente, pueda percibirse al respectivo acto como un acto de alcance particular, que abarca a esa determinada prestadora, con la que el Estado se halla vinculado en virtud de un contrato,²⁷⁴ por lo que se estaría ante un acto de naturaleza contractual. Es este el caso

²⁶⁸ Nótese, sin embargo, la redacción del Numeral 12.13 sobre variaciones mensuales, Decreto N° 62/90: "La Autoridad regulatoria tendrá las atribuciones generales de fiscalización y verificación de tarifas"; y del Numeral 12.15 del mismo decreto, según modif. Decreto N° 677/90: "Las tarifas entrarán en vigencia al día siguiente de su publicación sin necesidad de aprobación previa".

²⁶⁹ Artículo 52, inciso f), Ley N° 24.076: es facultad del Ente "aprobar las tarifas que aplicarán los prestadores, disponiendo la publicación de aquéllas a cargo de éstos"; Artículo 43 de dicha ley: "Ningún transportista o distribuidor podrá aplicar diferencias en sus tarifas, cargos, servicios o cualquier otro concepto, excepto que tales diferencias resulten de distinta localización, tipo de servicios o cualquier otro distingo equivalente que pueda aprobar el Ente Nacional Regulador del Gas".

²⁷⁰ Artículo 46, Ley N° 24.065: "Los transportistas y distribuidores aplicarán estrictamente las tarifas aprobadas por el ente"; Artículo 52, inciso f) de dicha ley: corresponde al Ente "aprobar las tarifas que aplicarán los prestadores, disponiendo la publicación de aquéllas a cargo de éstos".

²⁷¹ Artículo 17, inciso k), Decreto N° 999/92: corresponde al Ente "aprobar los cuadros tarifarios y precios de los servicios que preste el Concesionario".

²⁷² Numeral 12.8., Decreto N° 62/90: "Las Sociedades Licenciatarias podrán percibir una cuota fija equivalente al valor de un número de pulsos en concepto de mantenimiento de línea, valor este que deberá someter a la aprobación de la Autoridad Regulatoria"; Resolución 673 SC/99 sobre tarifa mensual máxima para el servicio de timbre distintivo de llamadas; Resolución 2925/99 (B.O., 05-11-99) de aprobación de reducciones anuales de tarifas vigentes para el servicio básico telefónico.

²⁷³ La fórmula más usual reza "aprúebase el cuadro tarifario de la firma XX".

²⁷⁴ Recordemos que cuando se privatiza el servicio, el cuadro tarifario inicial está en el respectivo Pliego, que sirve de base al respectivo contrato si no lo incluye ya en uno de sus anexos. Las posteriores modificaciones se efectuarán mediante el acto respectivo dictado en el marco del complejo de normas que reglan la relación (ley, reglamentación, pliego, contrato), acoplándose al acuerdo inicial al privatizarse el servicio.

de las tarifas de transporte y distribución de electricidad,²⁷⁵ transporte y distribución de gas,²⁷⁶ provisión de agua y cloacas,²⁷⁷ y telecomunicaciones²⁷⁸ en los servicios aún no desregulados.²⁷⁹

Ello, en términos generales, pues se detectan en los distintos sectores regulados aspectos en los que sólo interviene la voluntad estatal, pero dejándose a salvo el respectivo equilibrio contractual; tal el caso de la tarifa social del agua,²⁸⁰ motivada en razones de solidaridad. Sin embargo, la pretendida ingerencia de la sola voluntad estatal pierde trascendencia a poco que se advierte que el respectivo acto ha sido dictado mediando previa participación de los sectores involucrados.²⁸¹

Relaciones firma-usuarios

Ahora, si se considera que los efectos del acto de aprobación se propagarán hacia todos los usuarios comprendidos en el universo de clientes de la firma que eventualmente deban

²⁷⁵ Artículo 42, Ley N° 24.065: "Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que será válido por un período de cinco (5) años [...]"; y Artículo 43, Ley N° 24.065: "Finalizado el período inicial [...] se fijarán precios máximos de acuerdo a lo dispuesto por el Artículo [42] precedente"; pudiendo los transportistas y distribuidores, confrontar al Artículo 46 de dicha ley, "solicitar a[el Ente] las modificaciones que consideren necesarias, si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas".

²⁷⁶ Artículo 40, Ley N° 24.076: "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 [...]"; pudiendo los transportistas, distribuidores y consumidores "solicitar al Ente Nacional Regulador del Gas las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación que consideren necesarias si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas".

²⁷⁷ Para el cuadro inicial, Artículo 46, Decreto N° 999/92: "Fijación de tarifas y precios: 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".

Asimismo, confrontar al Artículo 17, inciso k), Decreto N° 999/92, el Ente aprueba "los cuadros tarifarios y precios de los servicios que preste el Concesionario", pudiendo el Concesionario, confrontar Artículo 29, inciso g), "efectuar propuestas al Ente Regulador relativas al régimen tarifario".

²⁷⁸ Numeral 16.1 del respectivo Contrato de Transferencia de Acciones, Decreto N° 2.332/90: "[E]l valor del pulso telefónico, neto de IVA, aplicable a la toma de posesión será de ciento noventa y nueve australes, actualizada de acuerdo con la evolución mensual que experimente el IPC entre el mes de agosto de 1990 [o sea noventa y cinco mil veintiocho con dos décimos (95.028,2) de la serie con base 100 en 1988] y el mes anterior al de toma de posesión". Luego del período de exclusividad, "las sociedades licenciatarias gozan del derecho de renegociar los acuerdos relativos a la regulación de tarifas con la autoridad regulatoria", confrontar numeral 12.6, Decreto N° 62/90 de aprobación del pliego de bases y condiciones.

²⁷⁹ Véase Decreto N° 764/2000.

²⁸⁰ Para la provisión de agua y cloacas, Numeral 11.12.4. del Contrato de Concesión aprobado por Decreto N° 787/93, sobre tarifa social: "Las modificaciones en el Régimen Tarifario destinadas a atender objetivos sociales directamente vinculados con la prestación, sólo serán dispuestas por el Ente Regulador, previa disposición del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos. Dichas modificaciones no podrán implicar variación alguna del monto total facturado por el Concesionario. Éste a su vez podrá solicitar un incremento en los valores tarifarios y precios en el marco de lo dispuesto en 11.11.4.2 si demostrase fehacientemente que las modificaciones dispuestas disminuyen el total recaudado".

²⁸¹ A modo de ejemplo, véase el Considerando 5º, Resolución Etoss 10/2003 (B.O., 04-02-03): "En función de la necesidad de articular los consensos necesarios para lograr el apoyo comunitario de la propuesta referida, se contó con la participación de [...] la Comisión de Usuarios del Etoss, Asociaciones de Usuarios locales y Organizaciones No Gubernamentales [...]".

sufragarla, puede también concebirse a la tarifa como acto que, en el plano de la realidad, irradia efectos hacia más allá de la relación contractual originaria entre Estado y firma –donde ésta aparecía como destinataria individual de la aprobación– tornándose, bajo esta perspectiva, en acto de alcance general.

A modo de ejemplo, considérese un acto de aprobación los cuadros tarifarios de distribución de energía eléctrica.²⁸² Dicho acto aprueba los valores del cuadro tarifario, que serán publicados en el Boletín Oficial y en dos diarios de mayor circulación en el área concedida, y deja sentado que podrá ser recurrido por las firmas involucradas; hasta aquí, el acto no aparece sino como dictado en el marco de la ejecución del contrato originalmente suscripto entre la firma y el concedente; pero al mismo tiempo, esas tarifas deberán ser sufragadas por los usuarios –so pena de corte de servicio–²⁸³ ajenos a esa relación contractual.

Una doble naturaleza

De tal suerte, las tarifas vendrían a ostentar una naturaleza jurídica de carácter “doble”²⁸⁴: contractual, y de acto de alcance general. En tal sentido, como vimos, se diferenciarían el juego de relaciones que se generan entre la firma 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 jurídica sería de carácter contractual; en cuanto a la licencia, en tanto pueda tener el objeto contractual de provisión de un servicio público asimilándose a la concesión,²⁸⁵ la tarifa correspondiente tendría también aquel carácter.

De cara a las relaciones entre la firma y los usuarios, en cambio, la tarifa se presentaría como un acto de alcance general, cuestión sobre la cual, como vimos, coinciden tanto Cassagne²⁸⁶ como Bianchi.²⁸⁷ Ello, a su vez, permite interpretar armónicamente la postura otrora esgrimida por Marienhoff –quien asimilara la noción de acto de alcance general a la de reglamento administrativo–²⁸⁸ pues el autor citado en primer lugar señala que, aun cuando las tarifas, como actos de alcance general, no integran el ordenamiento jurídico, “se rigen en gran medida por los principios y normas aplicables a los reglamentos”.²⁸⁹

²⁸² Resolución Enre 521/02.

²⁸³ El Artículo 2º, inciso b) del Reglamento de Suministro respectivo (t.o. por Resolución Enre 82/2002) dice que es obligación del titular y/o usuario “abonar las facturas dentro del plazo fijado en las mismas. La falta de pago a su vencimiento hará incurrir en mora al titular y lo hará pasible de las penalidades establecidas en este Reglamento”.

²⁸⁴ Véase, asimismo, Cassagne, Juan Carlos, *Derecho [...]*, op. cit., p. 390: “Y aunque este acto [de fijación de tarifas] pueda participar, en algunos supuestos, de la condición propia de los actos de alcance general, hay que advertir que el fenómeno puede explicarse también por vía del efecto general que ciertos contratos –como el de concesión de servicios públicos– operan respecto de terceros que son ajenos a la relación contractual (ej.: usuarios)”. También afirmando la doble naturaleza jurídica, Bianchi, *La Regulación [...]*, op. cit., T. I, p. 327, a la luz de la realidad vigente hacia fines del 2000.

²⁸⁵ Con base en Cassagne, Juan Carlos, *El Contrato Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1999, pp. 130-131.

²⁸⁶ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho [...]*, op. cit., T. II, pp. 443 y 522.

²⁸⁷ Bianchi, Alberto B., *La Regulación [...]*, op. cit., T. I, p. 327.

²⁸⁸ Marienhoff, Miguel S., *Tratado [...]*, op. cit., T. II, pp. 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”.

²⁸⁹ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho [...]*, op. cit., T. II, p. 313.

Por cierto, cuando la tarifa –dentro de las previsiones del pliego– es puesta en vigencia por decisión de la firma, sujeta a posterior aprobación estatal, nada impediría interpretar que la doble naturaleza descripta cobra vida jurídica inmediatamente de cara a los usuarios como acto de alcance general, y en tanto acto contractual que une a la firma con el concedente, en oportunidad del acto de aprobación,²⁹⁰ con efectos retroactivos.²⁹¹

No desconocemos que la jurisprudencia de la Corte Suprema oportunamente señaló el carácter de contrato de adhesión de las relaciones entre la firma prestadora del servicio público y el usuario; así, en los precedentes "Yantorno",²⁹² "Gutiérrez"²⁹³ y "Fosca",²⁹⁴ incluso cuando el usuario fuera un organismo estatal provincial o municipal.²⁹⁵ Al mismo tiempo, la doctrina señaló la existencia de teorías contractuales, contractuales de adhesión y reglamentarias en punto al tema que nos ocupa,²⁹⁶ y propició la figura del contrato de adhesión para los servicios de utilización facultativa.²⁹⁷

Sin embargo, en el área de las relaciones entre la firma prestadora y la autoridad concedente, como enseña Cassagne, el retorno a la concepción contractual en la fijación de las tarifas de los servicios públicos²⁹⁸ no puede sino implicar la presencia primigenia de un contrato y de actos que en el seno de él nacen por operatividad de sus cláusulas. Ese contrato, o actos contractuales encadenados a él en la postura de Barra²⁹⁹ luego reflejada en la jurisprudencia de la Corte Suprema,³⁰⁰ puede brindar efectos que operan respecto de terceros que son ajenos a la génesis de la relación contractual, v.gr., los usuarios. En el marco de dicho contrato, la derogación del elemento índice de la fórmula oportunamente convenida –por decisión unilateral del concedente– echa por tierra el compromiso original, agravando aún más el desequilibrio, la obligación, que pesa sobre las firmas, de no poder suspender o

²⁹⁰ A título de ejemplo de ambos casos –aprobación previa, y publicación seguida de aprobación– pueden verse, respectivamente, el Artículo 52 de la Ley N° 24.076 ("El Ente tendrá las siguientes funciones y facultades: f) Aprobar las tarifas que aplicarán los prestadores, disponiendo la publicación de aquéllas a cargo de éstos") y el numeral 12.15 del Anexo I (Pliego de bases y condiciones para el concurso público internacional para la privatización de la prestación del servicio de telecomunicaciones) del Decreto N° 62/90 ("Las tarifas entrarán en vigencia al día siguiente de su publicación sin necesidad de aprobación previa. Al respecto la autoridad regulatoria: a) Verificará el cumplimiento de lo establecido en este capítulo, requiriendo la información respectiva [...]").

²⁹¹ Hipótesis admitida constitucionalmente en "Casa Argentina Scherrer c/ Cía Unión Telefónica del Río de la Plata, Fallos: 197: 518 (1943) (Considerando 13).

²⁹² "Yantorno, Benjamín c/ Compañía Hispano Americana de Electricidad", Fallos: 155: 410 (1929).

²⁹³ "Gregorio Gutiérrez c/ Cía Hispano Americana de Electricidad", Fallos: 158: 268 (1930).

²⁹⁴ "Herminio F. Fosca c/ CHADE", Fallos: 181: 450 (1938).

²⁹⁵ "S.A. Cía de Electricidad de los Andes c/ Nación Argentina", Fallos: 253: 88 (1962), incluso con aplicación de la doctrina de los actos propios en su Considerando 6°.

²⁹⁶ Acerca de ello puede verse Villegas Basavilbaso, Benjamín, *Derecho* [...], op. cit., T. III, pp. 196-212. Más recientemente, para la situación anterior a las privatizaciones de 1989 y años posteriores, Marienhoff, Miguel S., *Tratado* [...], op. cit., T. II, pp. 170-173.

²⁹⁷ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho* [...], op. cit., T. II, p. 313.

²⁹⁸ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho* [...], op. cit., T. II, pp. 386-391.

²⁹⁹ Barra, Rodolfo C., *Los Actos Administrativos Contractuales - Teoría de los Actos Coligados*, Buenos Aires, Ábaco, 1989, p. 98 y sigs.: "El contrato, así, aparece apoyado o, mejor, estructurado (en tanto que sistema contractual) en una serie de actos administrativos de distinta significación jurídica y que se ordenan al contenido obligatorio de distinto modo [...] Estos actos contractuales puede tener distinta causa, distinto objeto y distinta finalidad inmediatas [se omite nota al pie], pero mediatamente todos ellos encuentran en el contrato la base de valoración de la totalidad de los elementos enumerados por el Artículo 7° de la LPA, a la vez que el contrato encuentra en estos actos tanto la razón de su validez como su desarrollo efectivo".

³⁰⁰ "Prodelco", Fallos: 321: 1252 (1998), Considerando 15.

alterar el cumplimiento de sus obligaciones.³⁰¹ En síntesis, la intervención por vía de la Ley N° 25.561 sobre las tarifas allí comprendidas, las despoja casi totalmente de su perfil contractual.

X. A MODO DE 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 noventa, 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: la protección del usuario ante la modalidad de monopolio en la que puede tener que ser prestado el servicio; 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; 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 la debida protección de los derechos de propiedad; 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.

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 convertibilidad para el período anterior a enero de 2002 al que nos hemos referido, y frente a la emergencia económica declarada por la Ley N° 25.561 que propiciara –en lo que aquí interesa– la suspensión del índice. 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–³⁰² la vía administrativa de una renegociación de emergencia.³⁰³

³⁰¹ Ley N° 25.561, Artículo 10.

³⁰² A título de ejemplo, también podrían transitar por esa vía regulatoria otros ajustes mencionados en el texto correspondiente a las notas 39 y 40.

³⁰³ 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 el adoptar decisiones en materia tarifaria aun en casos de ejercicio de competencias propias dadas por el legislador, sustrayendo luego innecesariamente a dos de 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 24-09-02; CNACAF, Sala III: “Asociación Importadores y Exportadores”, del 01-10-02; JCAF N° 8: “Caplan”, del 16-05-02; JCAF N° 3: “Unión de Usuarios”, del 24-09-02; 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 25-02-03; 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 17-02-03; JCAF N° 7: “Defensor del Pueblo de la Nación”, del 04-03-03; las mismas han sido referenciadas en la conferencia de Miriam Ivanega sobre “Control judicial de las tarifas de los servicios públicos” cuya versión escrita –valioso aporte al tema, en el marco de la revisión judicial– se halla incorporada a esta obra. Asimismo, puede verse la nota 129, último párrafo.

Más allá de los cambios que se han operado en virtud de decisiones políticas en la caracterización de la naturaleza jurídica de las tarifas a tenor del derrotero histórico reseñado, cierto es que la Ley N° 25.561 –pesificando y eliminando el índice aplicable a las tarifas– ha alterado sustancialmente la naturaleza jurídica contractual que develaban en las relaciones concedente-firma. Ello evidencia la inmediata necesidad de re instalar el reajuste por aplicación de un índice –propio de las tarifas reguladas por *price-caps*– que refleje los cambios en los precios de los bienes y servicios asociados al servicio público específico de que se trate, cambios que se hallan fuera del control de la firma prestadora. La decisión en tal sentido remediaría una de las dos medidas ordenadas por aquella ley, y coadyuvaría a que –empleando palabras de Cassagne– se “recomponga el equilibrio contractual”³⁰⁴ de cada concesión o licencia, devolviéndolas a su tenor convencional originario.

³⁰⁴ Cassagne, “Evolución [...]”, op. cit., p. 5.