

JUAN CARLOS CASSAGNE  
DIRECTOR

# SERVICIO PÚBLICO Y POLICÍA

*Oscar R. Aguilar Valdez - Alberto B. Bianchi - Juan Carlos Cassagne  
Pedro J. J. Coviello - Pablo O. Gallegos Fedriani - Fernando García Pullés  
Miriam M. Ivanega - Ismael Mata - Franck Moderne - Laura M. Monti  
Jorge I. Muratorio - Pablo E. Perrino - Guido S. Tawil  
María Graciela Reiriz - Ricardo Rivero Ortega - Enrique Rivero Ysern  
Estela B. Sacristán - Jorge Luis Salomoni - Jorge H. Sarmiento García  
Alejandro Uslenghi - Alejandro Vergara Blanco*



EL DERECHO

2006



## SISTEMAS TARIFARIOS

ESTELA B. SACRISTÁN

### 1. Introducción

El capítulo de las tarifas de los servicios públicos privatizados —en especial, las correspondientes a aquellos que por razones de eficiencia son prestados en condiciones de monopolio natural— puede ser visualizado desde dos perspectivas distintas.

Desde el punto de vista de la red empleada para la prestación del servicio, y en especial en el caso de redes de elevado valor económico, la preocupación del inversor suele referirse al hecho de que la tarifa que pueda percibir no llegue a permitirle un justo retorno sobre aquel capital<sup>1</sup>. Este temor emerge en juego recíproco con los temores de los usuarios o consumidores en punto al monto de las tarifas que deban sufragar<sup>2</sup> por bienes que son calificables como de interés público. Cuando el equilibrio entre ambos juegos de intereses existe, es probable que la intervención estatal deba ser mínima; ahora, cuando predominan esa preocupación y temores, se torna necesaria la regulación estatal<sup>3</sup>. En tal escenario, la razón de ser de la regulación estatal será no sólo proteger al usuario sino también proteger al inversor.

Al mismo tiempo, desde el punto de vista temporal, tenemos que tener en cuenta que el título por el cual la firma preste el servicio podrá estar destinado a perdurar durante cierta cantidad de años; decenas de años, tal vez, como es el supuesto de las licencias del sector del gas. Por ende, al encarar el capítulo de las tarifas, no podremos evadir considerar que se trata de relaciones convencionales de largo término, en las que resulta arduo prever *ab initio* todas las contingencias futuras<sup>4</sup>. Además, con el devenir, las expectativas de los cocontratantes pueden verse afectadas por medidas de índole general o sectorial, que pueden afectar la estabilidad o perdurabilidad de las obligaciones y derechos originariamente acor-

<sup>1</sup> NEWBERY, David M., "Rate of Return Regulation versus Price Regulation for Public Utilities", en Newman, Peter (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, 1998, vol. 3, pág. 205 y sigs., esp. pág. 205.

<sup>2</sup> Íd.

<sup>3</sup> Íd.

<sup>4</sup> La cuestión ha sido analizada en COASE, R. H., "The Nature of the Firm", en Williamson, Oliver E. y Winter, Sidney G. (Eds.), *The Nature of the Firm — Origins, Evolution and Development*, Oxford, Oxford University Press, 1993, pág. 67.

dados<sup>5</sup>, en especial, en punto a la remuneración de la red empleada y su eficiente expansión.

Así las cosas, puede concebirse el capítulo de las tarifas —ya delimitado— como insertable en el universo de la regulación económica, que ha sido correlacionado con la noción de servicio público. En tal sentido, recordemos que Cassagne<sup>6</sup> ha sostenido que el servicio público —al igual que las actividades de interés público— constituyen el “objeto” de la regulación económica, relación que opera —de cara a los usuarios— 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—<sup>7</sup>. Asimismo, debemos tener presente que el Estado cumple un rol como gestor del bien común<sup>8</sup>, conforme enseña Comadira; en ese contexto, se sigue que, en el cumplimiento de ese papel, deba proteger al usuario ante los monopolios<sup>9</sup>. Al mismo tiempo —y de cara a la relación entre el prestador del servicio y la autoridad concedente—, recordemos que el régimen de las tarifas constituye uno de los capítulos centrales del pliego respectivo cuando se privatiza el servicio, y por ende, la sección más importante del correspondiente contrato toda vez que el régimen tarifario allí acordado incluye, nada más y nada menos, que la remuneración ya mentada.

Claro es que la cuestión tarifaria, así delimitada, 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.

En tal escenario, el presente trabajo abarca un tema central a fin de lograr una aproximación a un estudio de las tarifas: los modos por medio de los cuales se las puede regular. Asimismo, dado que un análisis puramente teórico de este tema sacrificaría la incidencia de la ley de emergencia 25.561<sup>10</sup>, también deberemos ahondar en la incidencia de esta última.

<sup>5</sup> Nos remitimos a 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*, n° 191, julio-octubre 2003, págs. 15/35.

<sup>6</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 6ª ed. act., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, t. II, pág. 513.

<sup>7</sup> CASSAGNE, *ob. cit.*, t. II, pág. 512. En sentido concordante, se afirma que hay monopolio natural cuando un mercado es servido en forma más eficiente por una sola firma, conf. HARRISON, Jeffrey, *Law and Economics*, West, St. Paul, Minn., 1995, pág. 220.

<sup>8</sup> COMADIRA, Julio, “Reflexiones sobre la Regulación de los Servicios Públicos Privatizados y los Entes Reguladores (con particular referencia al ENARGAS, ENRE, CNT y ETOSS)”, en su *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, pág. 215. Acerca de la regulación sobre la actividad privada en general, véase BARRA, Rodolfo C., *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. I, pág. 149 y sigs.

<sup>9</sup> Sobre las privatizaciones con desmonopolización y las privatizaciones con monopolio puede verse GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2000, t. 2, págs. VI-3/VI-6.

<sup>10</sup> BO, 7-1-2002.

A modo de trabajo incluye desplazar la producción de alguna general y en la la mención d éstos (secciones nes pertinentes

## 2. Los objetivos

Antes de necesario, a mo privatizador en

Una preo que se privatiz literatura local sin límites de l con las que ella mente con la ca podría hacerse j jo, también se v

Al privati servicio sea exp rios. A título de ENTel cuando e respectiva priva a la mayor cant

Otro objet ciente. Si bien é

<sup>11</sup> Puede v “Alguno”, en su *Cie Derecho Administr y sigs.*

<sup>12</sup> Conform posesión, luego de líneas instaladas, m pública pasó de 22.4

<sup>13</sup> Ampliar *Nuevos Marcos Reg 1993*, pág. 8 y sigs. entre los sistemas de Aires, Depalma, 199

A modo de plan de exposición, entonces, nos permitimos expresar que este trabajo incluye algunas consideraciones sobre los objetivos del privatizador al desplazar la prestación de la esfera estatal a la privada (sección 2); una descripción de algunos modos de regulación de las tarifas (sección 3); los *price-caps* en general y en las privatizaciones argentinas (secciones 4 y 5, respectivamente); y la mención de dos importantes *tests* a los que están siendo sometidos estos (secciones 6 y 7, respectivamente). Por último, esbozaremos las conclusiones pertinentes (sección 8), en el marco de un debate que aún no ha concluido.

## 2. 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.

Una preocupación primordial del privatizador involucrada en el negocio que se privatiza son las ganancias que pueda obtener la firma prestadora. En la literatura local se han generado encendidos alegatos en contra de la rentabilidad sin límites de la firma, en contra de las ganancias sin límite objetivo alguno<sup>11</sup> con las que ella pueda beneficiarse. Esta cuestión, asimismo, se vincula íntimamente con la calidad del servicio, pues en pos de la maximización de las rentas podría hacerse peligrar dicho aspecto. Y como vimos en el planteo de este trabajo, también se vincula con el retorno sobre capital invertido en la red empleada.

Al privatizador también le interesará que, remunerada que sea la red, el servicio sea expandido, para que sea aprovechado por el mayor número de usuarios. A título de ejemplo, consideremos el universo de usuarios que poseía la ex ENTel cuando era una empresa de propiedad estatal<sup>12</sup>. Un objetivo esencial en la respectiva privatización en nuestro país fue, por ende, la expansión del servicio a la mayor cantidad de usuarios.

Otro objetivo del privatizador será que el desempeño de la firma sea eficiente. Si bien éste es un concepto de aristas difusas<sup>13</sup>, resulta esclarecedor enfo-

<sup>11</sup> 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, pág. 138 y sigs.

<sup>12</sup> Conforme la información que se brinda en [www.cnc.gov.ar](http://www.cnc.gov.ar), al momento de la toma de posesión, luego de la privatización de ENTel, esto es, en noviembre de 1990, había 3.471.283 líneas instaladas, mientras que a septiembre de 2000, la cantidad era de 8.349.670; la telefonía pública pasó de 22.549 en noviembre de 1990 a 192.775 en septiembre de 2000.

<sup>13</sup> Ampliar en Instituto de Economía Energética Asociado a Fundación Bariloche, *Los Nuevos Marcos Regulatorios en el Sector Energético Argentino*, San Carlos de Bariloche, mayo 1993, pág. 8 y sigs.; y en BUDASSI, Iván F., "Licencias y Concesiones - Un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Depalma, 1997, n° 24/26, pág. 227 y sigs., esp. pág. 253.

carlo a partir de la denominada ley de Liebenstein<sup>14</sup>, de 1966, conforme la cual, sin importar cuán adecuadamente haya sido diseñada una organización —pública o privada— al principio, la misma tenderá inevitablemente, a la ineficiencia<sup>15</sup>, ineficiencia X en la terminología del citado autor que puede calificarse de exógena o endógena, según el origen de sus causas<sup>16</sup>. En oposición a la mencionada categoría, Liebenstein sistematizó el concepto de “eficiencia X”, que depende de tres elementos: eficiencia motivacional intra-empresa; eficiencia motivacional externa, y eficiencia de *inputs* extra-mercado<sup>17</sup>. Aquella ineficiencia puede solucionarse, en el sector privado, a través de la actuación de los dueños de la organización o firma. En cambio, en el sector público, su corrección es difícil porque la propiedad de la empresa se halla altamente diluida entre toda la ciudadanía<sup>18</sup>; de allí, entendemos, la conveniencia de la participación exclusiva de capitales privados. 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<sup>19</sup>. La distinción señalada posee relevancia jurídica por dos razones: por un lado, las dos clases de eficiencia que consideramos generan movimientos disímiles (una empresa puede tener una óptima asignación de recursos y elevados costos derivados de contratos laborales incompletos<sup>20</sup>); además, el aumento de los ingresos por mediar una mejor eficiencia asignativa resulta trivial comparado con el aumento derivado de una mayor eficiencia X<sup>21</sup>.

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

<sup>14</sup> LIEBENSTEIN, Harvey, “Allocative Efficiency versus X-Efficiency”, en *American Economic Review*, vol. LVI, n° 3, junio 1966, pág. 392 y sigs.

<sup>15</sup> *Ibid.*, pág. 413: “For a variety of reasons people and organizations normally work neither as hard nor as effectively as they could”.

<sup>16</sup> Conf. VISPO, Adolfo, *Los Entes de Regulación — Problemas de Diseño y Contexto. Aportes para un Debate Urgente en la Argentina*, Buenos Aires, Norma, 1999, pág. 151.

<sup>17</sup> Ampliar en LIEBENSTEIN, *ob. cit.*, págs. 406/7.

<sup>18</sup> Tal es la tesis de DONAHUE, John D., *The Privatization Decision*, Harper Collins, s/l, 1989, pág. 49 y sigs., esp. pág. 50.

<sup>19</sup> Ampliar en WEYMAN-JONES, Thomas G., “Regulating the Privatized Electricity Utilities in the UK”, en Clarke, Thomas y Pitelis, Christos (eds.), *The Political Economy of Privatization*, Londres, Routledge, 1993, pág. 98 y sigs.

<sup>20</sup> El ejemplo es de LIEBENSTEIN, *ob. cit.*, pág. 407. Acerca de esta clase de contratos, puede verse MATA, Ismael, “Panorama del Control sobre los Entes Reguladores”, en *EDA*, 2000/2001-610, sección III.

<sup>21</sup> LIEBENSTEIN, *ob. cit.*, pág. 413, quien menciona, para la primera, un aumento del 0 al 10%, y uno superior al 10% para la segunda.

empresa regulada  
dos, ya que en am  
comunidad toda s

### 3. Algunos modo

Tomando en  
cuáles son alguno  
mera de las privat

a) Un modo  
regularlas”, dejarl  
bilidad sin límites  
perfil atractivo pa  
eficiencia y la inn  
plena de las ganar  
Asimismo, en este  
trada en la regular  
tres aspectos. Per  
—monopolio legal  
demanda se tornar  
por el servicio. Ev  
irremediables desv  
nes al ente de cont

b) Por ello, po  
una “tasa de rental  
invertido. Ello sign  
brinden esa rentabi  
decisión “económi  
como para permitir  
la empresa no cuid  
una cierta rentabili  
puede conducir a la  
bienes de capital y  
regulatoria —tendie

<sup>22</sup> Se sigue, en i  
*nications' Profitability—*,  
Londres, 1983.

<sup>23</sup> Considerand  
(por ej., a la retribución c  
la misma (por ej., en for  
las Tarifas en la Concesió  
Universidad del Museo :

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.

### 3. Algunos 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<sup>22</sup>.

a) 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 —monopolio legal o natural—, 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.

b) Por ello, podrían regularse las tarifas permitiéndosele a la firma prestadora una “tasa de rentabilidad máxima”; por ejemplo, el 8% anual, sobre el capital invertido. Ello significa que la firma podrá percibir tarifas de un monto tal que le brinden esa rentabilidad. Esta decisión, acerca de una determinada tasa, es una decisión “económica” e implica definir cuándo una tarifa es justa y razonable como para permitirle a la firma obtener esa rentabilidad máxima<sup>23</sup>. En este caso, la empresa no cuida sus costos porque —precisamente— lo que se le garantiza es una cierta rentabilidad —sobre capital invertido— más allá de los costos, lo cual puede conducir a la denominada “sobrecapitalización” o exceso de inversión en bienes de capital y a la generación de costos operativos ineficientes. La carga regulatoria —tendiente a determinar cuál es el capital invertido sobre el cual se

<sup>22</sup> Se sigue, en lo principal, a LITTLECHILD, Stephen C., *Regulation of British Telecommunications Profitability— Report to The Secretary of State, February 1983*, Departamento de Industria, Londres, 1983.

<sup>23</sup> Considerando, como explica Mairal, que la razonabilidad de la tarifa hace a lo económico (por ej., a la retribución del concesionario), y la justicia de la tarifa hace a la forma de aplicación de la misma (por ej., en forma no discriminatoria), conf. MAIRAL, Héctor A., “La Determinación de las Tarifas en la Concesión de Servicios Públicos”, en *Revista Argentina de Derecho Administrativo*, Universidad del Museo Social Argentino, Buenos Aires, 1971, n° 2, pág. 54.

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.

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

d) 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, descendiendo el estímulo a la firma, con sus consecuencias negativas.

e) 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 de eficiencia que tuviera originada en los años generales, puede afirmarse que el sistema *price-caps* consiste en un “techo” que podrá percibir la empresa deberá mantener para obtener ganancias<sup>24</sup>. Este sistema fue denominado *price-caps* o precios máximos o te

El estudio de la ley, tal vez, el capítulo

Por un lado, deviene de la posibilidad de la firma, si se ofrece debida protección contra gastos ineficientes regulatoria involucra relativas al control de la firma. E induce a la empresa a la fijación de un límite a algunas particularidades

#### 4. Un índice, un factor en general

Para comprender el concepto de *capping*, resulta de interés el estudio de Littlechild, profesor de la Universidad de Cambridge en 1983, previo a la extensión pero de interés denomina “Regulación de *British Telecommunications*”<sup>25</sup> del sistema denominado con la ex

<sup>24</sup> LORENTI, Pedro. “El problema de la regulación de las tarifas en la República Argentina y a sus implicaciones”, *Revista de la Administración Pública*, vol. 1, no. 1, 1983.

<sup>25</sup> LITTLECHILD, ob. cit.

<sup>26</sup> Aludimos a “*price-caps*” preexistía al mentado en el libro de Mark; COWAN, Simon y V. WILSON, *Price Caps: The Experience*, The MIT Press.



implicará un continuo  
es de capital para en-  
l diseño de un farrago-  
las contingencias que  
rol.

ma vez se propuso un  
para obtener la expan-  
a privatización de las  
mpliara la respectiva  
e denominado ORLP  
o leva a las ganancias  
r Walters antes de la  
en la aplicación del  
o de usuarios, tendría  
n, no trasladable a la  
ndría que sufragar un  
no sufragar un monto  
arifas en la medida de  
chada en oportunidad  
, no estimular la efi-  
ultades en el correcto

ción de las tarifas, el  
(ng). Esta decisión, de  
r, por exclusión, qué  
d fijada en el 5 %, se  
%; a su vez, ese techo  
mpresa superara aquel  
, y si bien poseería la  
activo —pues durante  
ón está garantizado—  
ho entra en actividad  
ante la determinación  
limiento esperada, el  
techo a las ganancias  
el tiempo, desciende

ritánica, al diseño de  
segurara primordial-  
se garantizara la efi-  
generales, se estable-  
PO, o “p” cero— y se

concibió que ese precio inicial se fuera reduciendo en función del objetivo de eficiencia que tuviera que alcanzar la empresa, lo cual implica una reducción originada en los ahorros en costos por parte de aquélla. Por eso, en términos generales, puede afirmarse que el sistema de regulación de tarifas por medio de *price-caps* consiste en el establecimiento, por el regulador, de un “precio máximo” que podrá percibir la empresa como retribución. Bajo esta perspectiva, la empresa deberá mantener sus costos por debajo del máximo establecido para obtener ganancias<sup>24</sup> porque no puede cobrar más que ese precio máximo. Este sistema fue denominado *price-capping*, y también se lo conoce como sistema de precios máximos o tope.

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

Por un lado, devela el encanto de lo simple: 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.

#### 4. Un índice, un factor de eficiencia y la periodicidad. Los *price-caps* en general

Para comprender este modo de regulación de las tarifas, denominado *price-capping*, resulta de inevitable consulta el informe elaborado por Stephen Littlechild, profesor de *Commerce* de la Universidad de Birmingham, elaborado en 1983, previo a la privatización de *British Telecom*<sup>25</sup>. Dicho informe, de escasa extensión pero de innovador contenido, que ya cuenta con 20 años de edad, se denomina “Regulación de las Ganancias de British Telecom” —*Regulation of British Telecommunications' Profitability*—, y representa la presentación en sociedad<sup>26</sup> del sistema de reducción de tarifas que nos ocupa, habitualmente denominado con la expresión “RPI-X”.

<sup>24</sup> 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*, RAP, n° 227, pág. 83 y sigs., esp. pág. 90.

<sup>25</sup> LITTLECHILD, *ob. cit.*, n° 22.

<sup>26</sup> Aludimos a “presentación en sociedad” pues la regulación de precios por medio de *price-caps* preexistía al mentado informe, por lo que no fue “creado” en éste. Ampliar en ARMSTRONG, Mark; COWAN, Simon y VICKERS, John, *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, pág. 166.

Veamos, ahora, en detalle, cómo 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.

#### 4.1. Mecanismo

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 eficiencia<sup>27</sup> que se relaciona con la función de regulación incentiva o por incentivos<sup>28</sup>. Se lo establece *ex ante*, a modo de 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 2% más eficiente durante un quinquenio<sup>29</sup>.

Para inducir la eficiencia, del juego de ambos elementos —índice y factor— tenemos que considerar que cuando las tarifas se regulan mediante este modo, el precio se reajusta en un porcentaje "algo inferior" al índice: se lo reajusta en un porcentaje igual al índice "menos" el factor de eficiencia, precisamente para inducirla. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, para ciertos servicios, se emplea la fórmula  $P1 = P0 (RPI - X)$ , donde RPI significa *retail price index* o índice de precios minoristas<sup>30</sup>. Un ejemplo práctico sería el siguiente: dado un índice del 3% y un factor de eficiencia de -2%, las tarifas se reajustan en un 1%, pues  $3\% - 2\% = 1\%$ . Si el precio anterior es de 100, el nuevo valor será de  $100 + 1\% = 101$ . Ése es el precio tope o máximo que podrá cobrar la empresa.

<sup>27</sup> 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 30 y su cita.

<sup>28</sup> WEYMAN-JONES, *ob. cit.*, pág. 102.

<sup>29</sup> Pueden verse ejemplos en GRAHAM, Cosmo, "La Regulación de las Industrias Privatizadas", en *Primer Seminario Internacional sobre Aspectos Legales de la Privatización y la Desregulación*, agosto 9/11 de 1989, Suplemento de *Revista del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, s/f, pág. 159 y sigs., esp. pág. 162.

<sup>30</sup> En el Reino Unido, al igual que entre nosotros, existen, bajo el sistema de *price cap*, pluralidad de fórmulas algebraicas, según de qué servicio se trate, empleándose, además del factor X, otros factores. Para una enumeración completa de las fórmulas, tal como, en su versión simplificada, coinciden tanto el sector regulador como las empresas reguladas, puede consultarse *National Consumer Council, Paying the Price - A Consumer View of Water, Gas, Electricity and Telephone Regulation*, H.M.S.O., Londres, 1993, pág. 157 y sigs.

Vale la p  
firma tendría q  
Y si no se esta  
eficiente, y sus  
de vista del ri  
traslada a la ta  
vo de eficienci  
sabilidad. Asin  
tierra la posibi

A su vez,  
tarifas se corre  
cado monopóli  
de los mercad  
cia— para la pr

El estable  
para la vigenc  
un elemento ex  
elemento exóg  
tiempo. Una in  
por una revisió  
manente revisi  
das a la regula  
cual lo que se r

El períod  
—como vimos—  
objetivo de efi  
referencia a la  
del paso del tie  
igual a 0% en  
hallarse bajo la  
gundo quinqu  
que la empresa  
do anterior, est

<sup>31</sup> Vale la  
y electricidad, y la  
portar electricidad.  
tricidad a Chile, U

<sup>32</sup> Record  
factor K se "suma"  
el que posibilita q  
Buenos Aires, Ába

<sup>33</sup> LAFFON  
*Regulation, The M*

de regulación de las tarifas conlleva un "índice" y periodicidad, por el otro.

valor o precio fijo, preesenta el precio de los bienes Y, a los fines del reajuste "factor".

de los productos o servicios inicial preestablecido. que absorber esas variaciones. Generalmente se establecido en forma semestral. de eficiencia<sup>27</sup> que se incentivos<sup>28</sup>. Se lo establece, por lo general, por objetivo de eficiencia que la<sup>29</sup>.

mentos -índice y factor- n mediante este modo, el dice: se lo reajusta en un ncia, precisamente para rto servicios, se emplea l *price index* o índice de ente: dado un índice del istan en un 1%, pues 3% alor será de  $100 + 1\% =$  a empresa.

en este trabajo del factor K de or se emplea en fórmulas que ; si bien éste se resta, el factor

regulación de las Industrias gales de la Privatización y la égimen de la Administración y sigs., esp. pág. 162. bajo el sistema de *price cap*, pleándose, además del factor as, tal como, en su versión reguladas, puede consultarse f *Water, Gas, Electricity and*

Vale la pena aclarar que si no se estableciera el reajuste por el índice, la firma tendría que absorber aquellas variaciones de costos, que le son exógenas. Y si no se estableciera un factor de eficiencia, la firma no tendría por qué ser eficiente, y sus ineficiencias serían sufragadas por los usuarios<sup>31</sup>. Desde el punto de vista del riesgo, por ende, se opera un reparto: la incidencia del índice se traslada a la tarifa que sufraga el usuario, y el deber de cumplimiento del objetivo 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.

A su vez, desde el punto de vista técnico, esta clase de regulación de las tarifas se corresponde con la implementación de mecanismos que, ante un mercado monopólico por razones legales o naturales, recrean características propias de los mercados competitivos -mediante la inclusión de incentivos a la eficiencia- para la protección de los consumidores<sup>32</sup>.

El establecimiento de la frecuencia (*timing*) de la revisión, o del período para la vigencia del cual se establecerá el objetivo de eficiencia, se erige en un elemento exógeno<sup>33</sup>, de cumplimiento irreversible. Va de suyo que, en cuanto elemento exógeno, no depende de la voluntad humana sino del mero paso del tiempo. Una interpretación en contrario, que reemplazara la revisión quinquenal por una revisión *ad libitum*, transformaría este modo de regulación en una permanente revisión con balcones a lo que el mismo evita: las ineficiencias asociadas a la regulación de las tarifas por medio del sistema de *rate of return*, en el cual lo que se regula no es el precio sino la rentabilidad de la firma.

El período por el cual generalmente se fija el objetivo de eficiencia es -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 0% en el quinquenio inicial al suscribirse el respectivo contrato, puede hallarse bajo la obligación de cumplir con un factor X igual a -3% para su segundo quinquenio prestando servicios. Ello significa que el regulador espera que la empresa sea, en el nuevo quinquenio, un 3% más eficiente que en el período anterior, esto es, que incurra en ahorros en la medida de ese porcentaje. A

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Recordemos que mientras el factor X se "resta", en la determinación del *price cap*, el factor K se "suma", siendo este factor K el que premia las inversiones efectuadas por la empresa y el que posibilita que no caiga la tasa interna de retorno, conf. BIANCHI, *La Regulación Económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, t. I, pág. 347 y sigs.

<sup>33</sup> LAFFONT, Jean-Jacques y TIROLE, Jean, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993, pág. 17 y sigs.

título de ejemplo, dado un índice del 8%, y un factor X para el segundo quinquenio redeterminado en un -3%, durante dicho segundo quinquenio la empresa podría elevar sus precios en un 5% ( $8\% - 3\% = 5\%$ )<sup>34</sup>.

#### 4.2. 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 servicio<sup>35</sup> o las condiciones de seguridad en las cuales se lo presta.

Nótese que a diferencia del régimen de *cost plus*<sup>36</sup>, que regula las tarifas tal que se cubran todos los costos históricos -de cualquier origen- de la firma, el *price-cap* implica que el regulador haga una proyección de los costos hacia el siguiente período, hacia el futuro, y permita tarifas que los cubran durante el período inmediato siguiente<sup>37</sup>.

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 servicios consideradas al momento de fijarse el cuadro tarifario inicial. Lo contrario implicaría hacer re-

<sup>34</sup> Ampliar en GRAHAM, *ob. cit.*, pág. 164.

<sup>35</sup> Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos*, Buenos Aires, 1999, pág. 415; DEVOTO, Alberto E., "Regulación y Control del Servicio de Electricidad en Argentina", en Barrionuevo, Arthur y Lahera, Eugenio P. (eds.), *¿Qué hay de Nuevo en las Regulaciones?*, Buenos Aires, Eudeba - CLAD, 1998, pág. 77.

<sup>36</sup> Acerca del sistema de *cost-plus*, véase LORENTI, *ob. cit.*, pág. 89, quien lo identifica con el sistema de tasa de rendimiento o de tasa de retorno o *rate of return regulation*. Se ha dicho que el marco regulatorio argentino del gas poseería un fuerte componente de *cost-plus* desde la óptica británica, conf. LEWINGTON, Ilka, "Experiences and Trends in Utility Regulation: Developing and Transforming Economies", en *Regulatory Review 1997, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy*, Londres, 1997, pág. 158.

<sup>37</sup> BALDWIN, Robert y CAVE, Martin, *Understanding Regulation - Theory, Strategy and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pág. 228.

caer sobre la firma -como vimos- como vimos la señal al susc eliminación de un tes, alterando dich

#### 4.3. Caracte

Según se de tarifas mediante p de las cuales pod arreglo con la imp halla dirigido el m.

a) Convencio tor X inicial se ac ducto de una neg

b) Finalidad empresa reduzca s se reducirán en la

c) Limitació hacer peligrar el s obligara.

d) Periodicid cuarto año se trab durante el siguiem en la redeterminac

e) Fijación e) el primer quinquen para regir a partir d

#### 4.4. Ventajas

Los benefici caracterizado, son Desde el pun reducción de costo

<sup>38</sup> Citado en n

... X para el segundo quinquenio  
... cuando quinquenio la empresa  
... %) <sup>34</sup>.

... ahorra en costos y se com-  
... do el regulador, sus ganan-  
... o incluso a ser mayores; por  
... relación con el objetivo de  
... medida de su ineficiencia.  
... considerados o tomados en  
... el factor X para el siguiente  
... infra.  
... vo de eficiencia prefijado o  
... elevadas como para hacer  
... seguridad en las cuales se

... us <sup>36</sup>, que regula las tarifas  
... cualquier origen- de la firma,  
... cción de los costos hacia el  
... e los cubran durante el pe-

... ad de regulación, también  
... plica no un descenso de las  
... dice de variación de costos  
... cuenta para fijar el precio  
... pera intrínsecamente, pero  
... y servicios consideradas al  
... contrario implicaría hacer re-

... americanas, *La Regulación de la*  
... pág. 415; DEVOTO, Alberto E.,  
... en Barrionuevo, Arthur y Lahera,  
... Buenos Aires, Eudeba - CLAD,

... pág. 89, quien lo identifica con  
... *price-caps regulation*. Se ha dicho que  
... ante de *cost-plus* desde la óptica  
... ty Regulation: Developing and  
... *the study of Regulated Industries*,  
... 1997, pág. 158.  
... *Regulation - Theory, Strategy and*

caer 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.

#### 4.3. 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<sup>38</sup>, esto es, la de la empresa estatal británica *British Telecom*:

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

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

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

d) Periodicidad: el factor inicial se fija en el respectivo contrato; al cabo del cuarto año se trabaja en sede regulatoria en la revisión del factor X que regirá durante el siguiente 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.

#### 4.4. 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.

<sup>38</sup> Citado en nota 25.

Desde el punto de vista de la inducción a la eficiencia, se insta la innovación. En el esquema original concebido por Littlechild, las reducciones de costos dentro de X son aprovechadas por los usuarios, con lo que "los usuarios se convierten en socios del prestador" y se benefician con sus ahorros. Al mismo tiempo, a condiciones de calidad de servicio dadas, las reducciones de costos que exceden el objetivo de X, son conservadas por el prestador e integran su propiedad<sup>39</sup>, por lo que se cumple la función de atracción de capitales.

Finalmente, desde el punto de vista de la carga regulatoria, como no se está regulando la rentabilidad de la firma sino el precio que la firma percibe, no se atiende intensamente a cuestiones de inversiones de capital o asignaciones de costos o tasa de rentabilidad, o eventuales sobrecapitalizaciones, pues se espera que la firma misma controle tales aspectos. Nos permitimos, sin embargo, destacar la trascendente operación que anida en este modo de regulación de las tarifas para el ente de control: tal la determinación del factor de eficiencia, en marcos regulatorios en los que —como los de nuestro país— es el regulador el que, con base en la información que obtiene de la firma, determina el factor<sup>40</sup>, tarea delicada en extremo pues puede poner en juego el futuro de los usuarios o la viabilidad del negocio. En efecto, un factor de eficiencia demasiado "laxo" no implicará mayores exigencias de ahorros en eficiencia por parte de la empresa, y en ello se perjudican los usuarios. Por otro lado, un factor de eficiencia demasiado tenso o "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 de 2000, generalizada con la sanción de la ley de emergencia económica 25.561<sup>41</sup>.

Por lo demás, en el delicado equilibrio señalado, no podríamos soslayar —si bien su estudio pormenorizado excede los límites del presente— la precisa incidencia que en el mismo juegan aquellos costos que deben ser trasladados —mediante la técnica de *passthrough*— conforme el compromiso originario, como es

<sup>39</sup> En igual sentido, LAFFONT y TIROLE, *ob. cit.*, pág. 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, pág. 244: "Hay que dejar que las empresas que tomaron riesgo puedan obtener los beneficios de su comportamiento a través de mayores ganancias, cuando la actuación es correcta".

<sup>40</sup> El pleno potencial de los entes reguladores para recabar información antes de la toma de decisión surge de los respectivos marcos regulatorios, a saber, en el caso del ENARGAS, ley 24.076, art. 52, inc. o); ENRE, ley 24.065, art. 56, inc. n); ETOSS, decreto 999/92, art. 17, inc. c).

<sup>41</sup> BO, 7-1-02.

el caso de la cláusula c) en las cargas patronales y tarifas reguladas<sup>44</sup>.

Repasemos, entonces, la introducción con la introducción de la regulación británica que signi- ficó tendencias regulatorias en la década del '80 en el R

## 5. Las privatizaciones

Se ha señalado que, en los casos generales, el adopción no<sup>45</sup> en el marco de

<sup>42</sup> Sobre esta cuestión de pesificación, devaluación y riesgo regulatorio, véase *Administrativo*, del 14-2-03, Riesgo Empresario y Estabilidad Pública, Buenos Aires, RAJ de riesgo regulatorio.

<sup>43</sup> Acerca de ello puede verse su vinculación con las Tarifas de Administración Pública, E 133/137.

<sup>44</sup> Puede verse, así, la incidencia del precio del gas.

<sup>45</sup> Concordantemente con los Servicios Públicos y Provisión de Agua, pág. 5, también publicado en Nexis Depalma, 2001, págs. 133/137. como consecuencia de la regulación de la tarifa de agua potable, energía eléctrica, etc. BIANCHI, *ob. cit.*, t. I, pág. 34 en la Argentina (...) veremos una aproximación, con diversas modalidades, a la tarifa en los Servicios Públicos — Jornadas de Trabajo, Administración, 2000, pág. 37. regulatorios ha sido el *price cap* igual que en la energía eléctrica, los valores tarifarios y precios regulados. En materia de telecomunicaciones, véase la ley 92/97... y sus citas normativas.

Compárese: Fundación de Estudios Económicos y 37/8, restringiendo, hacia las telecomunicaciones y energía, la función del índice de costos y

el caso de la cláusula de estabilidad tributaria<sup>42</sup> o la incidencia de las variaciones en las cargas patronales<sup>43</sup>, suscitándose, según los casos, aumentos o disminuciones tarifarias<sup>44</sup>.

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 proceso, con fundamentos en las más modernas tendencias regulatorias consagradas en las privatizaciones llevadas a cabo en la década del '80 en el Reino Unido.

### 5. Las privatizaciones argentinas y la adopción de los *price-caps*

Se ha señalado que el modo de regulación antes descrito ha sido, en términos generales, el adoptado "preponderantemente" por el privatizador argentino<sup>45</sup> en el marco de los cuatro principales servicios públicos. En tal sentido,

<sup>42</sup> Sobre esta cuestión puede verse CAPLAN, Ariel, "A propósito de un reciente fallo: pesificación, devaluación y tarifas", en *LL, Suplemento de Jurisprudencia de Derecho Administrativo*, del 14-2-03, págs. 1/8; y la aguda réplica de BRICHETTO, Marcelo, "Servicio Público, Riesgo Empresario y Estabilidad Fiscal", en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, RAP, 2003, n° 294, págs. 79/88, quien hace especial hincapié en la noción de riesgo regulatorio.

<sup>43</sup> 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, Ciencias de la Administración, 1996, n° 210, págs. 133/137.

<sup>44</sup> Puede verse, asimismo, CNCont.-Adm. Fed., sala II, "Metrogas", 11-7-00, sobre incidencia del precio del gas en boca de pozo.

<sup>45</sup> Concordantemente: CASSAGNE, Juan Carlos, "Evolución de los Principios Aplicables a los Servicios Públicos y Problemas Actuales tras los Procesos de Privatización", en *LL*, 27-2-02, pág. 5, también publicado en *Revista de Derecho Administrativo*, n° 36/39, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2001, págs. 62/87: "En el modelo adoptado por los marcos regulatorios nacidos como consecuencia de la reforma del Estado, entre ellos, los servicios de telecomunicaciones, agua potable, energía eléctrica y gas natural, se ha adoptado el sistema denominado *price cap*"; BIANCHI, *ob. cit.*, t. I, pág. 348: "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, Alberto B., "La Tarifa en los Servicios Públicos (Del *Rate of Return* al *Price-Cap*)", en *Contratos Administrativos - Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pág. 503 y sigs., esp. pág. 520: "el sistema adoptado por los marcos regulatorios ha sido el *price-cap* (...) en materia de gas donde rige el principio de tarifas máximas, al igual que en la energía eléctrica que hace referencia a precios máximos, y el agua donde los valores tarifarios y precios vigentes en cada momento serán considerados como valores máximos regulados. En materia de telecomunicaciones lo dicen expresamente los considerandos del decreto 92/97...", y sus citas normativas.

Compárese: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *ob. cit.*, pág. 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

enseña Cassagne que “en el modelo adoptado por los marcos regulatorios nacidos como consecuencia de la reforma del Estado, entre ellos, los servicios de telecomunicaciones, agua potable, energía eléctrica y gas natural, se ha adoptado el sistema denominado *price cap*”<sup>46</sup>.

Ello, ciertamente, sin perder de vista el hecho de que, como explica el citado autor, “los regímenes tarifarios combinan, mediante formulaciones técnicas de gran diversidad, el sistema de *price cap* con el de tasa de rendimiento, y aunque en general existe una tendencia a la aplicación del primero, no se excluye la determinación de la rentabilidad a la hora de fijar las tarifas máximas que pueden percibir los distintos concesionarios y licenciatarios”<sup>47</sup>. 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 dichas inversiones durante la prestación y al momento de la reversión de los bienes cuando ella tuviere lugar<sup>48</sup>. Ejemplo del primer supuesto

Regulatorios en América Latina: una evaluación necesaria”, en EDA, 2000/2001-380, “en algunos supuestos como la Argentina, el sistema de *price cap* predominaba en los casos de gas natural y la energía eléctrica”.

<sup>46</sup> CASSAGNE, “Evolución...”, cit., pág. 5.

<sup>47</sup> *Ibid.*, pág. 4.

<sup>48</sup> La sistematización efectuada por Tawil sobre el régimen de bienes es esclarecedora: luego de reseñar la transferencia en propiedad de las usinas térmicas y la transferencia de uso de las usinas hidroeléctricas con cita de Mairal, detalla que los principales bienes para la distribución y transmisión de electricidad fueron dados en comodato; en el caso del agua y de ferrocarriles, se transfirió el uso; en el caso del transporte y distribución de gas natural, se entregaron los bienes en propiedad con obligación de devolverlos al vencimiento; las licenciatarias recibieron la propiedad de los bienes afectados; TAWIL, Guido S., “Licencia y Contrato como Título Habilitante para la Prestación del Servicio Público”, en AA.VV., *Contratos Administrativos – Jornadas organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pág. 457 y sigs., esp. pág. 462, n. 13, y su cita. De allí el diverso tratamiento de las inversiones o expansiones asociadas a dichos bienes y su traslado a la tarifa que sufraga el usuario. Entendemos que salvo cuando el desprendimiento es perpetuo, en los restantes casos mencionados resultan beneficiarios los usuarios todos en tanto miembros de la comunidad; empero, el desprendimiento perpetuo se compensa con la expansión –a la cual la firma se halla autoincentivada– y la llegada de la desregulación y la apertura del servicio a la competencia.

Enseña Mata que en algunos casos al concesionario sólo le transfiere la tenencia de los bienes necesarios para la concesión (agua), y en otros casos el desprendimiento del dominio es perpetuo (licencias telefónicas) o temporario (gas); MATA, Ismael, “Régimen de los Bienes en la Concesión de Servicios Públicos”, en AA.VV., *Contratos Administrativos...*, cit., pág. 291 y sigs., esp. pág. 294.

es el de las telecomunicaciones en Reino Unido y segundo supuesto

La explicitación regulatorios mencionados involucrados en este trabajo.

No obstante los mencionados –máximos” o “precios del gas”<sup>49</sup>; los arts. 10 y 11 de la ley de electricidad, su cláusula subanexo I; el art. 10 –originariamente– demandando del decreto de telefonía<sup>56</sup>.

<sup>49</sup> “Los pliegos de distribución o las acciones incluirán, como un anexo al cuadro tarifario que fijará las que serán determinadas por la ley” (la bastardilla no es de ley)

<sup>50</sup> “Los contratos de distribución inicial que (...) a) Establecerán las bases serán determinadas por la ley; b) Las tarifas sufragadas por los servicios; c) El precio máximo”

<sup>51</sup> “Finalizados los períodos sucesivos de vigencia con lo establecido por el artículo precedente”

<sup>52</sup> Nos referir

<sup>53</sup> “Los cuadros de precios máximos, límite dentro de la bastardilla no es de ley”

<sup>54</sup> “Precios máximos tarifarios y precios vigentes (la bastardilla no es de ley)”

<sup>55</sup> *Ídem* nota

<sup>56</sup> Véase ADI

precio tope, *price cap* fijar una tarifa tope a la base que la empresa establezca bases y condiciones a en el 2% anual para el



marcos regulatorios naci-  
de ellos, los servicios de  
as natural, se ha adopta-

ue, como explica el cita-  
formulaciones técnicas  
tasa de rendimiento, y  
el primero, no se exclu-  
las tarifas máximas que  
rios"<sup>47</sup>. Esta concepción  
role y Littlechild, entre

se ha adoptado mayo-  
Esta modalidad –como  
pone en juego tres ele-  
factor X que se resta,  
casos, involucra, ade-  
factor de inversiones K  
el respectivo riesgo se  
o de la comunidad que  
ción y al momento de la  
plo del primer supuesto

2000/2001-380, "en algunos  
los casos de gas natural y la

de bienes es esclarecedora:  
y la transferencia de uso de  
bienes para la distribución  
el agua y de ferrocarriles, se  
se entregaron los bienes en  
arías recibieron la propiedad  
Título Habilitante para la  
os – *Jornadas organizadas*  
ón, 2000, pág. 457 y sigs.,  
inversiones o expansiones  
rio. Entendemos que salvo  
ados resultan beneficiarios  
prendimiento perpetuo se  
vada– y la llegada de la

nsfiere la tenencia de los  
ndimiento del dominio es  
gimen de los Bienes en la  
os..., cit., pág. 291 y sigs.,

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

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

No obstante ello, tengamos presente la regla general –para los sectores antes mencionados– oportunamente consagrada, de establecimiento de "precios máximos" o "precios tope", a saber: el art. 40 de la ley 24.076 de marco regulatorio del gas<sup>49</sup>; los arts. 42, inc. b)<sup>50</sup> y 43<sup>51</sup> de la ley 24.065 de marco regulatorio de la electricidad, subanexo II-C de uno de los contratos de transporte de electricidad<sup>52</sup> y cláusula 27 de los contratos de las distribuidoras<sup>53</sup> y su remisión al subanexo I; el art. 18.4 del pliego<sup>54</sup> y cláusula 11.4 del contrato del agua<sup>55</sup>; y –originariamente– el pliego aprobado por decreto 62/90 conforme los considerandos del decreto 92/97 de aprobación de nueva estructura tarifaria telefónica<sup>56</sup>.

<sup>49</sup> "Los pliegos de condiciones por los cuales se liciten habilitaciones de transporte y distribución o las acciones de las sociedades habilitadas como transportistas y distribuidoras incluirán, como un anexo, el texto de las respectivas habilitaciones y éstas, a su vez, contendrán un cuadro tarifario que fijará las *tarifas máximas* que corresponden a cada tipo de servicio ofrecido las que serán determinadas de conformidad con lo dispuesto por los arts. 38 y 39 de la presente ley" (la bastardilla no es del original).

<sup>50</sup> "Los contratos de concesión a transportistas y distribuidores incluirán un cuadro tarifario inicial que (...) a) Establecerá las *tarifas iniciales* que correspondan a cada tipo de servicio ofrecido, tales bases serán determinadas de conformidad con lo dispuesto en los arts. 40 y 41 de la presente ley; b) Las tarifas subsiguientes establecerán el *precio máximo* que se fije para cada clase de servicios; c) El *precio máximo* será determinado por el ente..." (la bastardilla no es del original).

<sup>51</sup> "Finalizado el período inicial de cinco (5) años el ente fijará nuevamente las tarifas por períodos sucesivos de cinco (5) años. El cálculo de las nuevas tarifas se efectuará de conformidad con lo establecido por los arts. 40 y 41 y se fijarán *precios máximos* de acuerdo a lo dispuesto por el artículo precedente" (la bastardilla no es del original).

<sup>52</sup> Nos referimos al de Transener, publicado en [www.enre.gov.ar](http://www.enre.gov.ar).

<sup>53</sup> "Los cuadros tarifarios que aprueba la Autoridad de Aplicación constituyen *valores máximos*, límite dentro del cual la Distribuidora facturará a sus usuarios por el servicio prestado" (la bastardilla no es del original).

<sup>54</sup> "Precios máximos: Exenciones y rebajas dispuestas por el Concesionario. Los valores tarifarios y precios vigentes en cada momento serán considerados como *valores máximos* regulados" (la bastardilla no es del original).

<sup>55</sup> Ídem nota anterior.

<sup>56</sup> Véase ADLA, 1997-A-211/212: "Que el marco regulatorio vigente adoptó el sistema de precio tope, *price cap* creado en el Reino Unido de Gran Bretaña por S. C. Littlechild, que implica fijar una *tarifa tope* a la que se le aplica un factor de descuento sobre valores reales, partiendo de la base que la empresa será cada vez más eficiente y con costos cada vez menores. El pliego de bases y condiciones aprobado por decreto 62/90 y sus modificatorios fijó ese factor de descuento en el 2% anual para el período de exclusividad. Que la tarifa de partida fue fijada en el punto 16.1

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.

### 5.1. El modelo del sector del gas natural

Además de la normativa recién reseñada, a los fines de este sector, recordaremos que la ley 24.076, en lo pertinente, establece que “a los efectos de posibilitar una razonable rentabilidad a aquellas empresas que operen con eficiencia, las tarifas que apliquen los transportistas y distribuidores deberán contemplar: a) que dicha rentabilidad sea similar a la de otras actividades de riesgo equiparable o comparable; b) que guarde relación con el grado de eficiencia y prestación satisfactoria de los servicios”<sup>57</sup>.

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”<sup>58</sup>. 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 (...).”<sup>59</sup> De allí que se prevean, en las reglas básicas de la licencia, un factor de inversiones que se suma —factor K— y un factor de eficiencia que se resta —factor X— en el marco normativo aplicable al transporte<sup>60</sup> y a la distribución<sup>61</sup> de gas.

La periodicidad o *timing* de la revisión se halla expresada de la siguiente manera: “Cada cinco (5) años el Ente Nacional Regulador del Gas revisará el sistema de ajuste de tarifas. Dicha revisión deberá ser efectuada de conformidad con lo establecido por los arts. 38 y 39 y fijará nuevas tarifas máximas de acuerdo a lo dispuesto por el art. 39 de la presente ley”<sup>62</sup>.

La reglamentación de la ley 24.076 especifica el índice estableciendo que “la metodología para ajustar las tarifas de los transportistas y distribuidores en

de los contratos de transferencia de acciones aprobados por decreto 2332/90, sin perjuicio de su corrección dos veces al año conforme al índice de precios al consumidor de los Estados Unidos de América prevista por el decreto 2585/91” (la bastardilla no es del original).

<sup>57</sup> Ley 24.076, art. 39.

<sup>58</sup> Ley 24.076, art. 41.

<sup>59</sup> *Ibid.*

<sup>60</sup> RBL de Transporte, decreto 2255/92.

<sup>61</sup> RBL de Distribución, decreto 2255/92.

<sup>62</sup> Ley 24.076, art. 42.

base a indicadores de la ley será incluídos de licencia c se establece, aden semestralmente de halla definido en e siguientes términos (1967=100) publi to de Trabajo de los nuare tal publicaci dustriales”<sup>67</sup>. Asin de conflicto norma Como verem mula reseñada fue dicha aplicación fu dose asimismo en generales en el dec

### 5.2. El modelo

Amén de las de este sector resu que prescribe, en s una directriz gener ce la precitada nor los servicios de a principios general cios brindados y c precios y tarifas l los servicios de a neficio del conces expansión aproba usuarios deberá p obtener ingresos s mantenimiento y e

En cuanto a l tarifarios y precios

<sup>63</sup> Decreto 17

<sup>64</sup> Decreto 22

<sup>65</sup> *Ibid.*, Anex

<sup>66</sup> *Ibid.*, Anex

<sup>67</sup> *Ibid.*, Anex

<sup>68</sup> Decreto 99

atural uno de los que más  
regulación de tarifas por  
ativas al mismo, las cuales  
pliamente— son de remi-  
n que nos ocupa. Similar  
del agua.

es de este sector, recorda-  
“a los efectos de posibi-  
ne operen con eficiencia,  
s deberán contemplar: a)  
les de riesgo equiparable  
e eficiencia y prestación

so de la habilitación las  
ada en base a indicadores  
lor de bienes y servicios  
. En cuanto al factor de  
cadores “serán a su vez  
estimular la eficiencia y,  
ración y mantenimiento  
glas básicas de la licen-  
factor de eficiencia que  
ransporte<sup>60</sup> y a la distri-

presada de la siguiente  
dor del Gas revisará el  
ctuada de conformidad  
rifas máximas de acuer-

ndice estableciendo que  
stas y distribuidores en

2332/90, sin perjuicio de su  
lor de los Estados Unidos de  
gñal).

base a indicadores de mercado internacional a que se hace referencia en el art. 41 de la ley será incluida en las respectivas habilitaciones”<sup>63</sup>, por lo que en los modelos de licencia de transporte y de distribución de gas, aprobadas por decreto<sup>64</sup>, se establece, además de la dolarización de la tarifa<sup>65</sup>, que ésta “será reajustada semestralmente de acuerdo con la variación operada en el PPI”<sup>66</sup>. 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”<sup>67</sup>. Asimismo, en el art. 96 de la ley 24.076 se establece que “en caso de conflicto normativo entre otras leyes y la presente, prevalece esta ley”.

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

### 5.2. El modelo adoptado en el sector del agua

Amén de las disposiciones reseñadas al inicio de esta sección, a los efectos de este sector resulta ilustrativo el capítulo VII del Anexo I del decreto 999/92, que prescribe, en su art. 44, lo que —provisionalmente— podemos calificar como una directriz general de exigencia de eficiencia e inversiones a la firma. Establece la precitada norma: “el régimen tarifario de la concesión para la provisión de los servicios de agua potable y desagües cloacales se ajustará a los siguientes principios generales: a) propenderá a un uso racional y eficiente de los servicios brindados y de los recursos involucrados para su prestación (...). d) Los precios y tarifas tenderán a reflejar el costo económico de la prestación de los servicios de agua potable y desagües cloacales incluyendo el margen de beneficio del concesionario e incorporando los costos emergentes de los planes de expansión aprobados (...). El monto resultante de las tarifas facturadas a los usuarios deberá permitir al concesionario, cuando éste opere eficientemente, obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos implícitos en la operación, mantenimiento y expansión de los servicios prestados”.<sup>68</sup>

En cuanto a las revisiones y su periodicidad, se establece que “los cuadros tarifarios y precios aplicables a los servicios que preste el concesionario inicial-

<sup>63</sup> Decreto 1738/92, art. 41, inc. 3°.

<sup>64</sup> Decreto 2255/92, Anexos A y B.

<sup>65</sup> *Ibid.*, Anexo, numeral 9.2.

<sup>66</sup> *Ibid.*, Anexo, numeral 9.4.1.1.

<sup>67</sup> *Ibid.*, Anexo, numeral 1.1.

<sup>68</sup> Decreto 999/92, Anexo I, art. 44.

mente 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".<sup>69</sup>

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".<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup> 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".<sup>73</sup> Correlativamente, en el contrato de concesión se previó un régimen de revisiones ordinarias<sup>74</sup> y extraordinarias<sup>75</sup>.

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.<sup>76</sup>

<sup>69</sup> Decreto 999/92, Anexo I, art. 46.

<sup>70</sup> *Ibid.*, art. 47.

<sup>71</sup> Resol. SOPyC 186/92, de aprobación del respectivo pliego, numeral 18.11.3.

<sup>72</sup> Decreto 999/92, Anexo I, art. 48.

<sup>73</sup> Resol. SOPyC 186/92, de aprobación del respectivo pliego, numeral 18.11.1.2.

<sup>74</sup> Por cambios en las metas o en las erogaciones de capital previstas, en el plan de mejoras y expansión, numeral 11.11.3 del contrato aprobado por decreto 778/93.

<sup>75</sup> Por modificación de costos, numeral 11.11.4 del contrato aprobado por decreto 778/93; por otras causales, numeral 11.11.5, contrato citado.

<sup>76</sup> Ello, sin perjuicio de lo hoy dispuesto en la ley 25.561.

Sin embargo variaciones al dis-  
costos<sup>77</sup>. En todo  
ficación predispu-  
riación: en un sis-  
mero paso del ser-  
aplicación; en car-  
lidad: incorporac-  
realidad de que a  
sino propiciar un  
—más que nada— p-

En cuanto a  
—y ello es también  
te aprobado— que  
suscita la revisió-  
cambiaría motivada  
aprobada por dec-  
revisión extraord-  
llevado a que se a-

Finalmente,  
descriptos han qu-  
estableciéndose e-  
generales en el de-

#### Algunas acl

Permítaseno  
regulación adopta-  
prestación deban  
afirmara que el m-  
un sistema de p-  
Lo primero, con-  
el elemento prep-  
mente, las inversi-  
ficaciones en los c-

<sup>77</sup> Numeral 11  
cit. n. 75.

<sup>78</sup> Numeral 1

<sup>79</sup> Concordar

*ob. cit.*, pág. 559.

<sup>80</sup> BO, 20-11-

<sup>81</sup> Acta Acuer-

<sup>82</sup> Conf. Func-

serán propuestos por éste  
 sión que se sometan a la  
 ones periódicas que esta-  
 ones extraordinarias que

inversiones, se establece  
 en base al análisis que él  
 el concesionario presen-  
 erá el monto de ingresos  
 e en función del número  
 eficiencia que se propon-  
 s de precios y tarifas se  
 icas quinquenales y revi-  
 nen como las que corres-  
 ciones de capital previs-  
 grado por los sucesivos  
 on, entre otras, las deri-  
 sustanciales e imprevis-  
 n las normas de calidad,  
 activos y costos de ope-  
 odrán ser "un medio de  
 grados en la operación  
 pensar déficit incurridos  
 cias en la prestación de  
 sesión se previó un régi-

iginariamente un "indi-  
 que en el caso del agua  
 mo el PPI en el marco  
 a *facie*, percibirse que  
 tomados en cuenta al  
 n las tarifas del sector,  
 urrido en otros marcos  
 revió la aplicación de  
 iones <sup>76</sup>.

numeral 18.11.3.

numeral 18.11.1.2.

vistas, en el plan de mejoras

3.  
 aprobado por decreto 778/93;

Sin embargo, puede afirmarse que el privatizador previó expresamente esas variaciones al diseñar esa causal de revisión extraordinaria por modificación de costos<sup>77</sup>. En todo caso, puede detectarse, en dicho contexto, una suerte de modificación predispuesta en el "grado de automaticidad" de la aplicación de la variación: en un sistema de RPI-X, el índice es de aplicación automática, por el mero paso del semestre, por ejemplo, si así se lo hubiera convenido en punto a su aplicación; en cambio la premencionada revisión parecería apuntar a igual finalidad: incorporación de variaciones de costos. Lo que no puede soslayarse es la realidad de que aquellas variaciones, en tanto exógenas a la firma, no pueden sino propiciar una revisión, no sólo por estar previstas contractualmente sino —más que nada— por corresponder a factores que son incontrolables por la firma.

En cuanto a la Ley de Convertibilidad, además, el privatizador convino —y ello es también propio del equilibrio del contrato de concesión oportunamente aprobado— que la modificación legal de la paridad fijada por la ley 23.928<sup>78</sup> suscita la revisión extraordinaria; por ende, cualquier modificación en la paridad cambiaría motiva esa clase de revisión<sup>79</sup>. Posteriormente, en el Acta Acuerdo aprobada por decreto 1167/97<sup>80</sup>, se establece que, en relación a dicha causal de revisión extraordinaria, se traslada la variación legal de la paridad<sup>81</sup>, lo que ha llevado a que se afirmara que se dolarizó la tarifa<sup>82</sup>.

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

### Algunas aclaraciones

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 de servicios) y las modificaciones en los costos, por medio de —respectivamente— las revisiones ordina-

<sup>77</sup> Numeral 18.11.4 del pliego aprobado por Res. SOPyC 186/92 y numeral 11.11.4, contrato cit. n. 75.

<sup>78</sup> Numeral 11.11.5.1, contrato cit. n. 75.

<sup>79</sup> Concordantemente, Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *ob. cit.*, pág. 559.

<sup>80</sup> BO, 20-11-97.

<sup>81</sup> Acta Acuerdo aprobada por decreto 1167/97, Anexo I, numeral 3.6.

<sup>82</sup> Conf. Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *ob. cit.*, pág. 559.

rias y las extraordinarias<sup>83</sup>. Lo segundo, porque al admitirse “el traspaso a la tarifa de virtualmente todos los cambios en los costos, el cuadro ofrecido se parece bastante a una regulación costo-plus”<sup>84</sup>.

Coadyuvaría a tal interpretación, excluyente del *price-capping*, el hecho de que las “condiciones de eficiencia que se proponen en cada plan”<sup>85</sup> no aparecerían como objetivos a cumplir, sino sólo como metas. A su vez, el riesgo ínsito en el cumplimiento de ese aparentemente único objetivo de inversiones o de reconocimiento de variaciones de costos se hallaría, en esta interpretación, trasladado a quien sufraga la tarifa<sup>86</sup>. Ello, toda vez que el marco específico<sup>87</sup> 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<sup>88</sup>– ha admitido la existencia de *price-caps* puros y de *price-caps* híbridos. Los primeros, bajo la tradicional fórmula  $RPI - X$ , hacen caso omiso de las ganancias obtenidas por la firma, o los costos por ella incurridos<sup>89</sup>, apuntando a la aplicación periódica de un índice de variaciones de los precios de los bienes y servicios tomados en cuenta para la fijación del precio inicial, y a una determinación original y posterior redeterminación (generalmente quinquenal) del factor de eficiencia. Los segundos, que precisamente han sido sugeridos por la doctrina económica para este sector<sup>90</sup>, pueden tomar en cuenta alguno de aquellos dos extremos. La previsión del precitado art. 44, inc. d) apuntaría en tal dirección en la medida en que toma en consideración los costos emergentes de los planes de expansión aprobados. Tengamos presente que, como se señalara, la regulación por *price-caps* no implica ignorar de plano los costos (o las ganancias); la diferencia con la regulación por *price-caps* se halla en el “grado” de

<sup>83</sup> Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, pág. 553.

<sup>84</sup> Íd.

<sup>85</sup> Decreto 999/92, Anexo I, art. 47.

<sup>86</sup> *Ibid.*, art. 44, inc. d).

<sup>87</sup> Art. 44, inc. d) del decreto 999/92.

<sup>88</sup> 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, pág. 173 y sigs., esp. pág. 193, n. 110, y pág. 195.

<sup>89</sup> En el esquema puro, además, las ganancias no podrían ser consideradas implícitamente en la revisión del factor. Véase, asimismo, nota 39, *supra*.

<sup>90</sup> Esta alternativa se sugiere en Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *ob. cit.*, pág. 553.

atención o relevancia de los aspectos al producirse.

Sin embargo, el modelo híbrido, ya que se halla contemplado en el texto, es ineludible, máxime en la dirección del mercado. prescribe que “las tarifas de los servicios públicos no se inferirán que el costo de los servicios competentes, esa tarifa es, en su totalidad, dispuesta por la firma.”

No obstante, la interpretación basada en el texto a cabo y la correspondiente al respectivo pliego de tarifas –adelantamos– aplicando el modelo *passthrough* (*cost-plus*). Veamos. Cuando se produce la reducción de la tarifa en la licitación el oferente debe haberse fijado.

<sup>91</sup> Resulta interesante que el Ente Nacional Regulador de Eficiencia, se hace un análisis bajo el régimen de regulación, los costos de la tasa de rendimiento. Nota de Adm. Fed., sala IV, “Causas de eficiencia”, facilitadas por Oscar A. Mordegliani, “Un interesante caso de Derecho Administrativo”, pág. 253.

<sup>92</sup> Mordegliani h. “Obligación de los concesionarios”, conf. MORDEGLIANI, *Lecciones y Ensayos*, B. pág. 253.

<sup>93</sup> El numeral 4º de la Ley de Concesión (...). A tal efecto, el factor K se multiplicará al factor K. Toma de Posesión”.

al admitirse "el traspaso a la  
costos, el cuadro ofrecido se

del *price-capping*, el hecho de  
en cada plan"<sup>85</sup> no aparece-  
as. A su vez, el riesgo insito en  
tivo de inversiones o de reco-  
esta interpretación, traslada-  
el marco específico<sup>87</sup> establece  
o económico de la prestación  
firma, incorporando los costos

no prospera a poco que se  
mentos propios de la regulación  
o la reflejara Littlechild en su

et y Tirole –como explicamos  
-caps puros y de *price-caps*  
RPI – X, hacen caso omiso  
por ella incurridos<sup>89</sup>, apun-  
aciones de los precios de los  
n del precio inicial, y a una  
(generalmente quinquenal)  
ente han sido sugeridos por  
tomar en cuenta alguno de  
t. 44, inc. d) apuntaría en tal  
n los costos emergentes de  
te que, como se señalara, la  
no los costos (o las ganan-  
s se halla en el "grado" de

ricanas, pág. 553.

ncia al factor X)", en *Revista de*  
iembre 2001, pág. 173 y sigs.,

consideradas implícitamente

iones Económicas Latino-

atención o relevancia que el privatizador, y luego el regulador, otorguen a esos aspectos al producir las diversas decisiones a lo largo de la vida del contrato<sup>91</sup>.

Sin embargo, ello no basta para estarse a que se está ante un *price-capping* híbrido, ya que el elemento fundamental, el factor de eficiencia, parecería no hallarse contemplado expresamente en el respectivo régimen. La cuestión es ineludible, máxime cuando hoy en día, un mandato constitucional apunta en dirección del mentado elemento pues el art. 42 de la Constitución Nacional<sup>92</sup> prescribe que "las autoridades proveerán (...) al [control] de (...) la eficiencia de los servicios públicos". A partir del texto de la cláusula constitucional puede inferirse que el constituyente encomendó a los entes reguladores, autoridades competentes, esa labor, que ejercen en oportunidad de cada revisión contractualmente dispuesta 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 pliego<sup>93</sup>: 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

<sup>91</sup> 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 Res. ENRE 1650/98, analizada en la sentencia de la CNCont.-Adm. Fed., sala IV, "Central Térmica Güemes", del 5-12-02; piezas que nos fueron gentilmente facilitadas por Oscar Aguilar Valdez. Dicha sentencia ha merecido el comentario 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).

<sup>92</sup> Mordeglia ha explicado claramente esta cláusula, señalando que la misma impone a los concesionarios "obligaciones para hacer cumplir determinados objetivos, en beneficio de los usuarios", conf. MORDEGLIA, Roberto M., "Elementos de Derecho Constitucional Económico", en *Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998/1999, n° 72/73/74, págs. 235/271, esp. pág. 253.

<sup>93</sup> El numeral 4.4.1 del respectivo Pliego aprobado por Res. SOPyC 186/92 establece: "La oferta económico-financiera deberá contener un ajuste a la tarifa para todo el período de la Concesión (...). A tal efecto, el oferente deberá proponer un coeficiente de ajuste al factor 'K' (CAFK), a fin de calcular la tarifa que él mismo propone (...) Dicho coeficiente CAFK (...) multiplicará al factor K del régimen tarifario mencionado a fin de establecer su valor a la fecha de Toma de Posesión".

del servicio. El oferente que propuso la mayor reducción—un coeficiente de 0,731—ofertó una reducción o descuento de los precios fijados en el Pliego del 26,9%; los restantes oferentes habían propuesto el 26,1% y el 10,5%<sup>94</sup>.

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 art. 44, inc. d) del decreto 999/92 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: en primer lugar, a lo largo del pliego, en cláusulas que luego se reflejan en el contrato de concesión, la firma asume el riesgo de desempeñarse en forma eficiente; a título de ejemplo, pueden mencionarse las siguientes cláusulas: la eficiente prestación del servicio<sup>95</sup>; la rehabilitación de redes que no permitan la eficiente prestación del servicio<sup>96</sup>; las subcontrataciones del concesionario, que deben asegurar la calidad y eficiencia del servicio<sup>97</sup>; la eficiente maximización de ingresos obtenidos en el área de deudas de los usuarios<sup>98</sup>; la eficiencia en la recaudación<sup>99</sup>; el uso de registraciones que faciliten el eficiente manejo de la concesión<sup>100</sup>, y su actualización<sup>101</sup>; la eficiente atención de la demanda de agua<sup>102</sup> y de desagües cloacales<sup>103</sup>, entre otros. A su vez, el Acta Acuerdo de 1997<sup>104</sup> hace expresa mención de las metodologías para la determinación de indicadores particulares de eficiencia<sup>105</sup>. Ello conduce a estimar que fue preocupación del privatizador el que la empresa actuara eficientemente.

<sup>94</sup> Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *ob. cit.*, pág. 548.

<sup>95</sup> Numeral 4.1, contrato cit. nota 75.

<sup>96</sup> Numeral 4.3.7, contrato cit. nota 5.

<sup>97</sup> Numeral 9.1.2. *in fine*, contrato cit. nota 75.

<sup>98</sup> Numeral 11.9, contrato cit. nota 75.

<sup>99</sup> Números 11.11.4.3, inc. d) y 11.11.5.2, inc. d), contrato cit. nota 75.

<sup>100</sup> Numeral 12.1.1, párr. 1º, contrato cit. nota 75.

<sup>101</sup> Numeral 12.1.3, contrato cit. nota 75.

<sup>102</sup> Numeral 1.1 del Anexo I del contrato cit. nota 75.

<sup>103</sup> Numeral 1.2 del Anexo I del contrato cit. nota 75.

<sup>104</sup> Cit. nota 80.

<sup>105</sup> Decreto 1167/97, Anexo I, numeral 4.1.5.

En segundo lugar, los oferentes debía responder como vimos, a exigencia o posteriormente a una variable, remuneración que los precios de los servicios, b) el costo emergente de los servicios por cómo se implementó al contenido del pliego— contenía los costos emergentes y a los costos emergentes. A la luz de esta interpretación en el porcentaje ofrecido, inexorable cumplimiento exclusivamente sobre ser concebida como posibilidad de cumplimiento previsible por el oferente de ajuste del esfuerzo por alcanzar, pues ya entonces era por el adjudicatario.

En tercer lugar, la experiencia británica de empleo de un factor parecería como un caso de concesión devendría puro caso británico, la participación de nosotros, también dijo, entre nosotros, de I aquel país como en el

<sup>106</sup> Decreto 999/92.

<sup>107</sup> *Íd.*

<sup>108</sup> A diferencia de inicialmente en 0%, para, que nos ocupa, en el marco de la demanda de inexistente, la demanda de inmediatamente, en oportunidad de la firma al mercado alguno de la firma al mercado

<sup>109</sup> Ampliar en Na

<sup>110</sup> La fórmula es

—surplus— en años anteriores



En segundo lugar, al momento de ofertar, la reducción ofrecida por los oferentes debía responder al despliegue de eficiencia por parte de la firma, pues, como vimos, a exigencias de expansión y calidad del servicio dadas en el pliego o posteriormente aprobadas<sup>106</sup>, la variable era el ahorro en eficiencia. La otra variable, remuneración, no podía ser alterada en tanto el marco regulatorio establece que los precios y tarifas "incluyen" a) el costo económico de la prestación de los servicios, b) el margen de beneficio del concesionario, incorporando c) los costos emergentes de los planes de expansión<sup>107</sup>. Dicho margen de beneficio, por cómo se implementó la respectiva privatización, se halla inescindiblemente unido al contenido de la oferta, que —básicamente y de acuerdo a lo requerido en el pliego— contenía lo relativo a cómo hacer frente a la prestación de los servicios y a los costos emergentes de los planes de expansión que el pliego mismo preveía. A la luz de esta conclusión —nos permitimos reiterar— la variable reflejada en el porcentaje ofertado devino un objetivo de eficiencia implícito *per se*, de inexorable cumplimiento para la adjudicataria, el riesgo por el cual recaía exclusivamente sobre ella. La reducción propuesta por el adjudicatario puede así ser concebida como una reducción en eficiencia empresarial, cuya proyección y posibilidad de cumplimiento futuro es —bajo condiciones constantes y en tanto previsibles por el oferente— oportunamente volcada en su propuesta de coeficiente de ajuste del factor K. En el plano temporal, nótese que el despliegue de esfuerzo por alcanzarlo debía operarse a partir de la toma de posesión misma<sup>108</sup>, pues ya entonces era aplicable el cuadro de precios máximos con la rebaja ofertada por el adjudicatario.

En tercer lugar, coadyuva a la interpretación que acabamos de exponer la experiencia británica. En efecto, en el respectivo sector tampoco se verifica el empleo de un factor X explícito<sup>109</sup>. En tal inteligencia, la respectiva fórmula aparecería como un constante ajuste por factor K<sup>110</sup>, tal que el modo de regulación devendría puro *passthrough* o traslado a quien sufraga la tarifa. En el ámbito británico, la particular situación que describimos, al igual que ocurre entre nosotros, también difiere de la empleada en la privatización de *British Telecom* o, entre nosotros, de la ex ENTel, o en el transporte y distribución de gas tanto en aquel país como en el nuestro. En dichos casos —*British Telecom*, ENTel, gas— en

<sup>106</sup> Decreto 999/92, Anexo I, art. 44.

<sup>107</sup> Íd.

<sup>108</sup> A diferencia de otros regímenes, en los que el objetivo de eficiencia se determinó inicialmente en 0%, para, a partir del primer quinquenio pasar a ser de, por ej., el -3%, en el sector que nos ocupa, en el marco de un período de adaptación a las condiciones del mercado respectivo inexistente, la demanda de eficiencia implícita en la reducción ofertada debió ser puesta en práctica inmediatamente, en oportunidad del inicio de la prestación de servicios, sin mediar acomodamiento alguno de la firma al mercado pertinente.

<sup>109</sup> Ampliar en National Consumer Council, *ob. cit.*, pág. 25.

<sup>110</sup> La fórmula es  $RPI + K$ , más un factor U que es el porcentaje de K no empleado —*surplus*— en años anteriores.

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 incorporadas al factor K acordado entre el OFWAT y cada empresa"<sup>111</sup>. 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 que, en el sector que nos ocupa, el privatizador optó por una regulación de las tarifas por medio de un *price-capping* híbrido –empleando la terminología de Laffont y Tirole<sup>112</sup>–, pues, en tanto comprensivo no sólo de un objetivo de inversiones sino también de un objetivo de eficiencia en un marco de precios máximos, se halla fuertemente influenciado por los costos que deben ser retribuidos.

En esta tesitura, ambos factores devendrían, en oportunidad de la respectiva adjudicación y suscripción del contrato, de carácter convencional en la terminología de Littlechild<sup>113</sup>, y, ciertamente, un elemento –expreso e implícito, respectivamente– en la fórmula. Dicho factor de eficiencia, implícito, además, se redetermina tomando diversos elementos en cuenta<sup>114</sup> en oportunidad de cada revisión. Recordemos que el concesionario, para obtener la satisfacción de los costos "implícitos en la operación, mantenimiento y expansión de los servicios prestados"<sup>115</sup>, debe actuar, como vimos, "eficientemente", por mandato legal<sup>116</sup>. Por ende, puede afirmarse que también en cada plan quinquenal que se proponga, y que eventualmente el ente apruebe, se incluye no sólo un objetivo de inversiones sino también un objetivo de eficiencia<sup>117</sup> en cabeza de la firma, incorporado a aquél.

El Acta Acuerdo del año 1998, aprobada por resolución 1103/98, que introduce un "factor de exposición financiera neta quinquenal" –FENQ– en reemplazo del sistema originalmente convenido en oportunidad de la privatización –en base al cual se efectuaron las reflexiones precedentes–, en nada altera la interpretación adoptada en punto al modo de regulación y, en especial, al factor

<sup>111</sup> National Consumer Council, *ob. cit.*, pág. 25.

<sup>112</sup> LAFFONT y TIROLE, *ob. cit.*, pág. 18.

<sup>113</sup> Véase sección 5 de este trabajo, y el desarrollo sobre "caracteres" de los *price-caps* en el marco de la doctrina británica, específicamente, el de convencionalidad.

<sup>114</sup> Nos remitimos a nuestro "Eficiencia y Tarifas...", *cit.*, pág. 195 y sigs., esp. págs. 197/8.

<sup>115</sup> Arg. decreto 999/92, art. 44, inc. d).

<sup>116</sup> Íd.

<sup>117</sup> Íbid., art. 47.

de eficiencia. Considero es establecer la quinquenio siguiente arribara sobre la existencia empresarial modificada "explicitado" en tanto

Efectuada esta revisión, ahora, cuál sea el caso de nuestro país, en especial, hasta aquí reseñado e

## 6. La aplicación del

El modo de regulación conocido como RPI-X, en la década del '90, en su duración": considerer la distribución de gas base contractual de 3: oportunidades, y el fane – se fijará para el

El problema que "índice" –en la fórmula, y por la periodicidad 23.928, del año 1991

Resultan, así, de casos en los que, en las resoluciones cautelares que el Defensor del Pueblo propone y soluciones brindadas

En el caso del E los siguientes. En 199

<sup>118</sup> Res. 1103/98,

<sup>119</sup> Decreto 2255/98

<sup>120</sup> CNCont.-Adm

- Incidente de Med. C. E.J. 5/10/01, con dos votos contra uno

<sup>121</sup> CNCont. Adm

Ltda. de Prov. de Serv. – Inc. 4/10/01, con dos votos contra uno

<sup>122</sup> Acerca de esto

Tarifa de los Servicios Públicos – Inc. 4/10/01, con dos votos contra uno  
*Derecho Administrativo*,

actores en las respectivas en la privatización de los rea metropolitana se haya eficiencia y a la correlativa función de los ahorros Consejo Nacional de Consumo eficiencia son incorporada" <sup>111</sup>. En nuestro medio, jeron en oportunidad de isión, y se hallan, como

la extensión entendemos el sector que nos ocupa, el medio de un *price-capping* <sup>112</sup>, pues, en tanto cambio de un objetivo de fuertemente influenciado

oportunidad de la respecti- onvencional en la termi- expreso e implícito, res- a, implícito, además, se en oportunidad de cada er la satisfacción de los ansión de los servicios ", por mandato legal <sup>116</sup>. nquenal que se propon- lo un objetivo de inver- de la firma, incorpora-

ión 1103/98, que intro- -FENQ- en reempla- le la privatización -en nada altera la inter- en especial, al factor

eres" de los *price-caps* en lad. S y sigs., esp. págs. 197/8.

de eficiencia. Considerando que en dicha acta se prevé que "el objetivo del modelo es establecer la eficiencia relativa a alcanzar por el Concesionario en el quinquenio siguiente" <sup>118</sup>, y teniendo presentes 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.

## 6. La aplicación del índice contemplado en la fórmula. La jurisprudencia

El modo de regulación de las tarifas mediante el sistema comúnmente conocido como RPI-X, o *price-caps*, ha estado operando desde principios de la década del '90, en el ámbito de contrataciones de las denominadas "de larga duración": consideremos que se trata de contratos de 35 años, como en el caso de la distribución de gas <sup>119</sup>. A modo de ejemplo, pensemos que, en una relación de base contractual de 35 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 2001 es la aplicación del elemento "índice" -en la fórmula que describimos como integrada por un índice y un factor, y por la periodicidad-, de cara a las prescripciones de la Ley de Convertibilidad 23.928, del año 1991, a la que ya nos referimos tangencialmente.

Resultan, así, de referencia obligada dos resoluciones dictadas en sendos casos en los que, en lo principal, se impugnaba la aplicación del índice, pretensiones cautelares que recibieran favorable acogida judicial. Se trata del caso del Defensor del Pueblo <sup>120</sup>, y del caso Consumidores Libres <sup>121</sup>. Repasemos los hechos y soluciones brindados en cada uno de ellos <sup>122</sup>.

En el caso del Defensor del Pueblo, los hechos relevantes a considerar son los siguientes. En 1991 se sanciona la Ley de Convertibilidad 23.928, y en 1992,

<sup>118</sup> Res. 1103/98, Anexo I, numeral 2.1.

<sup>119</sup> Decreto 2255/92, numeral 3.1 de las Reglas Básicas de la Licencia.

<sup>120</sup> CNCont.-Adm. Fed., sala V, causa n° 39.674/2000, "Defensor del Pueblo de la Nación -Incidente de Med. C. E.N. - P.E.N. - M° E. - Dto. 1738/92 y otro s/proceso de conocimiento", del 5/10/01, con dos votos concurrentes, quedando el voto del tercer magistrado en disidencia.

<sup>121</sup> CNCont. Adm. Fed., sala IV, causa n° 28.067/2000, "Consumidores Libres - Coop. Ltda. de Prov. de Serv. - Incid. Med. c. Telefónica de Argentina y otro s/proceso de conocimiento", del 4/10/01, con dos votos concurrentes, no interviniendo el tercer magistrado.

<sup>122</sup> 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, págs. 215/227.

cuando se privatiza el transporte y distribución de gas, en el art. 41 de la ley 24.076 se establece que, durante la vida del contrato –30 años–, “las tarifas se ajustarán en base a indicadores de mercado internacional”<sup>123</sup>. Además, el citado artículo prescribe que dichos indicadores serán a su vez ajustados, en más o en menos, por un factor destinado a estimular la eficiencia y, al mismo tiempo, las inversiones en construcción, operación y mantenimiento de instalaciones, previéndose así la fórmula “índice – X + K”. Como vimos, en el art. 41 del decreto 1738/92, 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 art. 41 de la ley será incluida en las respectivas habilitaciones”, por lo que en el numeral 9.4.1.1 de las Reglas Básicas de la Licencia aprobadas por decreto 2255/92 se individualiza el indicador en los siguientes términos: “Las tarifas (...) serán ajustadas semestralmente de acuerdo con la variación operada en el PPI”. Recordemos que en la misma ley 24.076<sup>124</sup> se establece que en caso de conflicto normativo “prevalece” la ley 24.076.

Entre fines de 1999 y principios de 2000, las transportistas y distribuidoras de gas acuerdan con el Gobierno –con participación del ente regulador– posponer la aplicación del índice a enero de 2000 y julio 2000. Esos índices –se acuerda–, aplicados a las tarifas, se cobrarán en 24 cuotas desde julio de 2000. El Defensor del Pueblo solicita la suspensión cautelar de ese decreto alegando, según surge de la sentencia y en lo principal, que: a) no se había celebrado audiencia pública<sup>125</sup>; b) la ley 23.928 de convertibilidad prohíbe la indexación de precios por lo que la aplicación de un índice extranjero es improcedente<sup>126</sup>; en otras palabras, se estaría “importando” inflación norteamericana en un país sin inflación.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal confirmó la sentencia de primera instancia, que había acogido la medida solicitada, considerando, en lo principal<sup>127</sup>: a) el reconocimiento del derecho de

<sup>123</sup> Ley 24.076, art. 41.

<sup>124</sup> *Ibid.*, art. 96.

<sup>125</sup> Consid. IV, párr. 2°.

<sup>126</sup> *Íd.*

<sup>127</sup> Consid. 8°, que, no obstante su extensión, transcribimos: “Que, ciertamente, el Tribunal pondera, y así lo ha sistemáticamente aplicado, el principio de presunción de legitimidad de las decisiones administrativas. No ignora ni desconoce tampoco, como se ha señalado, que el así llamado control de legalidad en absoluto comporta una habilitación genérica ni un apoderamiento para sustituir a los órganos administrativos en el ejercicio de potestades que el ordenamiento expresamente les asigna y constituyen materia de su primaria valoración. Pero simultáneamente, no puede tampoco dejar de ponderar el derecho que la Constitución reformada reconoce en su art. 42 a los consumidores y usuarios de bienes y servicios; el hecho indiscutible de que por la especial conformación económica, técnica y financiera del servicio público del cual se trata, la libertad de elección y las reglas del así llamado “mercado” resultan prácticamente inexistentes y, en fin, “una delicada crisis económico financiera, por insuficiencia de recursos, acumulación de deuda interna

los consumidores hecho de que, el existen la libertad económico financiera y recesión; d) implica; f) la inc economía doméstica de convertibilidad la sentencia– acción impugnado.

La segunda hechos relevante de transferencia empresas podría ción del índice de Convertibilidad –conforme el art dicho decreto– función del CPI

Consumidor se había hecho lo que: la Ley de C “violada” por el a índices de precios de esos índices

Los principios y acoger la medida acordado entre el Telecomunicaciones apareciera, *prim* de orden público un sistema de nominalista que cual se persigui

y consecuencias re 668/00), todo lo cual de cambios que el precios extraños a de convertibilidad particularmente a impugnado hasta t

<sup>128</sup> Cit. not

<sup>129</sup> Consid

los consumidores y usuarios de bienes y servicios bajo el art. 42 de la CN; b) el hecho de que, en el 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 económica 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<sup>128</sup>. Los hechos relevantes son los siguientes: cuando se privatizó ENTel en los contratos de transferencia de acciones, aprobados por decreto 2332/90, se acordó que las empresas podrían actualizar mensualmente las tarifas de acuerdo con la evolución del índice de precios al consumidor; posteriormente, se sancionó la Ley de Convertibilidad 23.928; finalmente, se dictó el decreto 2585/91, por el cual —conforme el art. 2° de cada uno de los dos convenios que integran el Anexo I de dicho decreto— se admite la corrección del pulso telefónico, semestralmente, en función del CPI (*Consumer Price Index*) estadounidense.

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

Los principales argumentos para revocar la sentencia de primera instancia y acoger la medida solicitada, son los siguientes<sup>129</sup>: “El sistema de correcciones acordado entre el Estado Nacional y Telefónica, Telecom, Cía. de Inversiones en Telecomunicaciones S.A. y Nortel Inversora S.A., aprobado por decreto 2585/91 aparecería, *prima facie*, como contrario a la prohibición contenida en la ley 23.928, de orden público. Ello sería así en tanto, por su intermedio, se habría establecido un sistema de actualización que contrariaría el sistema basado en el principio nominalista que mediante la ley 23.928 se pretendió establecer, y a través del cual se persiguió eliminar cualquier sistema de indexación o repotenciación de

y consecuencias recesivas que afecta a amplios sectores de la población (consid. 7° del decreto 668/00), todo lo cual —si por otra parte se tiene en cuenta la dolarización de las tarifas y el seguro de cambios que ello implica como etapa preliminar a una indexación en función de la evolución de precios extraños a la economía doméstica y la eventual huida de expresas disposiciones de la ley de convertibilidad (que, por cierto, no alcanza a las restantes variables de la economía nacional y particularmente a los salarios)— aconseja la suspensión precautoria de los efectos del decreto impugnado hasta tanto se pronuncie sentencia sobre el fondo de la cuestión propuesta”.

<sup>128</sup> Cit. nota 121.

<sup>129</sup> Consid. X, sentencia cit. nota 121.

obligaciones, precios o tarifas imperantes en el país". En tales condiciones, se ordena al Estado Nacional que se abstenga de aplicar las correcciones emergentes de los acuerdos aprobados por decreto 2585/91.

Ciertamente, ambas decisiones cautelares han sido apeladas ante la Corte Suprema, por lo que, no hallándose firmes, el debate en torno a la aplicación del índice no ha concluido, ni parecería hoy haber devenido abstracto dado el período temporal que abarcan los respectivos ajustes vedados (fines de 1999-enero de 2002).

### 7. La aplicación del índice contemplado en la fórmula. La legislación

Un segundo test al que han sido sometidas las tarifas de los servicios públicos privatizados corresponde a la sanción de la ley 25.561 de emergencia económica<sup>130</sup> de enero de 2002, en tanto afecta a las tarifas de servicios públicos todas. Adelantamos que, en términos generales, lo prescripto en dicha ley implica, en los hechos y a primera vista, la derogación del elemento "índice" en la fórmula que antes describiéramos, esto es, la prohibición del reajuste, o, en términos de Cassagne, el regreso al sistema nominalista<sup>131</sup>.

#### La normativa

El art. 8° de la ley 25.561<sup>132</sup> 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, la premencionada ley, en su art. 9°, autoriza al Poder Ejecutivo a renegociar aquellos contratos, tomando en consideración diversos "criterios", a saber: el impacto de las tarifas en la competitividad de la economía y 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 art. 10 de la ley 25.561 establece que lo dispuesto en los dos artículos anteriores "en ningún caso autorizará 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

<sup>130</sup> BO, 7-1-02. Sancionada el 6/1/02, promulgada parcialmente el mismo día.

<sup>131</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "Los Contratos Públicos y la Ley de Emergencia", en *Revista de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Lexis Nexis Depalma, 2002, n° 39, pág. 137.

<sup>132</sup> BO, 7-1-02.

fines de esa suspensión de obligaciones con perjuicio de lo dicho.

De tal suerte que se impuso fuertes restricciones a los servicios públicos, palabras, impuso prestaciones con facturas más elevadas. Elevado objetivo

<sup>133</sup> Esta interpretación de reajuste —a operar en un sentido definitorio se ha explicado que usualmente se implica—. En efecto, este modo de percibir la fórmula general, se re-determinaciones de riesgo propio, endógenos costos (véase).

Para hacer frente a ser catalogadas de irregularidad por *price-regulation* que debe rodear a los marcos regulatorios cláusula de circunstancias adoptado en el sector la ley 24.065 y su sin-

El estudio de la exposición de motivos de la ley 24.065 y su sin-

Ello, sin perjuicio esencial, derogatorio consagrados en los marcos en punto al cual la jurisprudencia del CNCont.-Adm. Fed., del JCAF N° 3, del 14-

<sup>134</sup> Con relación al trabajo de BOSCH, Juan Carlos, *Inversores Extranjeros*. Dicha interpretación, "congeladas", sino sólo renegociación".

<sup>135</sup> Emergencia de 2000.

En tales condiciones, se  
as correcciones emergen-

lo apeladas ante la Corte  
torno a la aplicación del  
enido abstracto dado el  
vedados (fines de 1999-

### la. La legislación

as de los servicios públi-  
51 de emergencia econó-  
servicios públicos todas.  
en dicha ley implica, en  
o "índice" en la fórmula  
juste, o, en términos de

ros, en los contratos de  
ste en dólar o en otras  
n índices de precios de

onada ley, en su art. 9º,  
os, tomando en consi-  
as en la competitividad  
servicios y los planes  
almente, el interés de  
de los sistemas com-

o dispuesto en los dos  
presas contratistas o  
cumplimiento de sus  
ñada, surgiría que la  
a renegociación a los

el mismo día.  
Emergencia", en *Revista*  
nº 39, pág. 137.

finés de esa suspensión, y establece exigencias para con las firmas<sup>133</sup>. Ello, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 8º de la ley citada, y de la pesificación general de obligaciones del decreto 214/02<sup>134</sup>.

De tal suerte, por medio de ley de emergencia 25.561<sup>135</sup>, el Congreso impuso fuertes restricciones a los derechos de las empresas prestadoras de los servicios públicos, obligándolas lo mismo a cumplir sus obligaciones. En otras palabras, impuso —si bien transitoriamente— una modificación unilateral de las prestaciones con el objeto de que los usuarios no tuvieran que hacer frente a facturas más elevadas, pero sin mediar una reducción de la calidad del servicio. Elevado objetivo, ciertamente, pero de eventual impacto en el equilibrio econó-

<sup>133</sup> Esta interpretación, relativa a la causa de la renegociación, deja a salvo los mecanismos de reajuste —a operarse en sede regulatoria bajo el principio de especialidad, sobre cuyo contenido definitorio se ha explayado COMADIRA, Julio, "Reflexiones sobre la Regulación...", cit., pág. 237— que usualmente se incluyen en los contratos cuyas tarifas están reguladas por medio de *price caps*. En efecto, este modo de regulación —como se vio— 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 42 y 43).

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 ya explicada con relación al modelo de regulación adoptado en el sector del agua; otro ejemplo emerge de las causas ponderadas a la luz del art. 46 de la ley 24.065 y su similar de la ley 24.076.

El estudio de dichos cambios exógenos o incontrolables, 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*, elaborado por PSD/PPI, World Bank, enero 1996, en [www.worldbank.org](http://www.worldbank.org).

Ello, sin perjuicio del análisis de la exacta incidencia del art. 8º de la ley 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: CNCont.-Adm. Fed., sala III, "Unión de Usuarios", 27-6-03, confirmando la resolución apelada del JCAF Nº 3, del 14-11-02.

<sup>134</sup> Con relación a esta interpretación literal del art. 8º de la ley 25.561, puede verse el claro trabajo de Bosch, Juan, "La renegociación de los Contratos 'Públicos' y los conflictos con los Inversores Extranjeros", en *ED*, 203-967, esp. cap. 4, y nuestro "Aspectos constitucionales...", cit. Dicha interpretación, por cierto, destierra la posibilidad de concebir las tarifas comprendidas como "congeladas", sino sólo como "pesificadas" y "no reajustables" por el índice, amén de "sujetas a renegociación".

<sup>135</sup> Emergencia preanunciada ya en su inmediata anterior, la ley 25.344 de noviembre de 2000.

mico financiero de los respectivos contratos. Para comprender tal reflexión consideremos —como se señaló en la sección precedente— que la inaplicación —entonces temporaria— del índice en el sector regulado del gas data de fines de 1999.

Permítasenos señalar —a modo de digresión— que tan vasto horizonte contractual puede ser enfocado desde distintas perspectivas. En una versión minimalista, la ley sólo afectó el modo de cálculo de las tarifas, eliminando el índice extranjero de actualización y desdolarizándolas, todo ello a juego con el abandono de la convertibilidad. En el otro extremo del análisis, podría razonarse —con relación a las dimensiones de la renegociación encarada— que si acordar y poner en vigencia un contrato de la magnitud de uno de servicios públicos supone un gran esfuerzo, no menor es el que se requiere para renegociarlo<sup>136</sup>. Más allá del punto de vista que elijamos, lo que sí es cierto es que el mencionado proceso, reglado por los arts. 8º a 10 de la ley 25.561, abarca más de 60 contratos<sup>137</sup> celebrados por el Estado Nacional. Asimismo, dado que el art. 14<sup>138</sup> de la ley invita a las provincias, municipios y a la Ciudad de Buenos Aires a llevar adelante la renegociación de los contratos de servicios públicos de su propia jurisdicción, la sumatoria total supera largamente aquella cifra.

También tengamos en cuenta que, más recientemente, el Poder Ejecutivo, por decreto 311/03, ha resuelto reemplazar la “comisión de renegociación”<sup>139</sup> por una “unidad renegociadora” de perfil más ágil<sup>140</sup>, y el Congreso ha decidido extender el plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos. En efecto, octubre de 2003 nos trajo la sanción de la ley 25.790<sup>141</sup>, por la cual se extiende hasta el 31 de diciembre de 2004 el plazo para

<sup>136</sup> El contrato de concesión debe ser examinado, con particular referencia a sus cláusulas económico financieras, como un todo. Esas cláusulas definen los límites del derecho del concedente y del concesionario, que la autoridad no puede modificar o alterar, sin indemnización, contra la voluntad del último, so pena de violar la garantía de la propiedad. Para interpretar tales cláusulas debe determinarse previamente el significado y la función que a ellas corresponde, analizando el régimen jurídico, económico y financiero del contrato de concesión, conf. “Cía. General de Electricidad de Córdoba S.A. (en liquidación) c. Provincia de Córdoba”, *Fallos*, 262:302 (1965), voto del Dr. Aberastury.

<sup>137</sup> La enumeración se halla en [www.mecon.gov.ar](http://www.mecon.gov.ar). El decreto 311/03 del 3-7-03 (*BO*, 4-7-03) genéricamente alude, en su art. 4º, a los siguientes sectores: a) provisión de servicios de agua y cloacas; b) transporte y distribución de gas y de energía eléctrica; c) telefonía básica fija; d) transporte público automotor y ferroviario de personas, de superficie y subterráneo, y servicio ferroviario de cargas; e) concesiones viales con cobro a usuarios incluyendo accesos a la Ciudad de Buenos Aires; f) servicios portuarios; g) vías fluviales por peaje; h) concesión de la terminal de ómnibus de Retiro; i) servicios postales, monetarios y de telegrafía; j) sistema nacional de aeropuertos.

<sup>138</sup> “Art. 14: Invítase a las Provincias, Ciudad Autónoma de Buenos Aires y Municipios a adherir a las disposiciones de los arts. 8º, 9º y 10 de la presente ley”.

<sup>139</sup> Decreto 293/02; decreto 370/02; decreto 1090/02; y resoluciones ME 20/02, 38/02, 53/02, 308/02, 487/02, 576/02, 62/03 y 180/03.

<sup>140</sup> Decreto 311/03 del 3-7-03.

<sup>141</sup> *BO*, 22-10-03.

que el Poder Ejecutivo servicios públicos de estatal de la mora et efectos<sup>142</sup>.

En síntesis, a la transcurrido desde q renegociación, que c ce postergados desde

### Análisis

Este segundo te suspensión legislativ prístinamente, más a anterior en tanto: a) s cláusulas de ajuste indexatorias basadas

<sup>142</sup> Esta ley, en lo

“Art. 1º: Dispónese el plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de servicios públicos determinados por la ley 25.561. Dicha renegociación deberá ser llevada a cabo por el Poder Ejecutivo nacional en virtud de un convenio de ajuste de tarifas y condiciones de prestación de servicios.”

“Art. 2º: Las decisiones de renegociación no se harán en el marco de los marcos regulatorios que rigen los servicios públicos. Las facultades de ajuste de tarifas y condiciones de prestación de servicios deberán ser compatibles con el régimen jurídico, económico y financiero del contrato de concesión, conf. “Cía. General de Electricidad de Córdoba S.A. (en liquidación) c. Provincia de Córdoba”, *Fallos*, 262:302 (1965), voto del Dr. Aberastury.”

“Art. 3º: Los acuerdos de ajuste de tarifas y condiciones de prestación de servicios deberán ser compatibles con el régimen jurídico, económico y financiero del contrato de concesión o licencia, y no podrán incluir la modificación de los parámetros de ajuste de tarifas y condiciones de prestación de servicios que se arriben con las mismas deberán ser tenidos en cuenta para la fijación de las tarifas.”

“Art. 4º: El Poder Ejecutivo deberá informar al Honorable Congreso de la Nación sobre el avance de la renegociación de los contratos de servicios públicos de su jurisdicción, dentro del plazo que se haya fijado en la presente ley, y la Nación expedirá dentro de dicho plazo sin que se haya producido la renegociación, el Poder Ejecutivo nacional el contrato respectivo.”

“Art. 5º: Las disposiciones de esta ley no afectarán las obligaciones de los contratistas o prestadores de servicios.”

“Art. 6º: La presente ley entrará en vigencia a partir del día 1º de octubre de 2003.”



comprender tal reflexión con-  
- que la inaplicación —en-  
- gas data de fines de 1999.  
- tan vasto horizonte con-  
- ectivas. En una versión  
- las tarifas, eliminando el  
- , todo ello a juego con el  
- análisis, podría razonarse  
- carada— que si acordar y  
- servicios públicos supo-  
- ara renegociarlo <sup>136</sup>. Más  
- o es que el mencionado  
- abarca más de 60 contra-  
- do que el art. 14 <sup>138</sup> de la  
- de Buenos Aires a llevar  
- s públicos de su propia  
- la cifra.

ente, el Poder Ejecutivo,  
- ón de renegociación” <sup>139</sup>  
- el Congreso ha decidido  
- los contratos de obras y  
- jo la sanción de la ley  
- re de 2004 el plazo para

lar referencia a sus cláusulas  
- es del derecho del concedente  
- sin indemnización, contra la  
- ra interpretar tales cláusulas  
- s corresponde, analizando el  
- ón, conf. “Cia. General de  
- a”, Fallos, 262:302 (1965),

31 i/03 del 3-7-03 (BO, 4-7-  
- visión de servicios de agua  
- a; c) telefonía básica fija;  
- e y subterráneo, y servicio  
- yendo accesos a la Ciudad  
- concesión de la terminal de  
- a; i) sistema nacional de

uenos Aires y Municipios a

ciones ME 20/02, 38/02,

que el Poder Ejecutivo lleve a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesta por el art. 9° de la ley 25.561 —silenciosa admisión estatal de la mora en tal cometido—, estableciendo el marco normativo a estos efectos <sup>142</sup>.

En síntesis, a la época en que escribimos estas líneas, más de dos años han transcurrido desde que se vedaran legislativamente los reajustes y se iniciará la renegociación, que comprende, en algunos casos, ajustes por aplicación del índice postergados desde fines de 1999, como ya vimos en la sección precedente.

### Análisis

Este segundo *test* —que en lo que nos interesa 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 meca-

<sup>142</sup> Esta ley, en lo sustancial, establece:

“Art. 1°: Dispónese la extensión hasta el 31 de diciembre de 2004 del plazo para llevar a cabo la renegociación de los contratos de obras y servicios públicos dispuesto por el art. 9° de la ley 25.561. Dicha renegociación podrá abarcar a determinados sectores de servicios públicos o a determinadas contrataciones en particular.

“Art. 2°: Las decisiones que adopte el Poder Ejecutivo nacional en el desarrollo del proceso de renegociación no se hallarán limitadas o condicionadas por las estipulaciones contenidas en los marcos regulatorios que rigen los contratos de concesión o licencia de los respectivos servicios públicos. Las facultades de los entes reguladores en materia de revisiones contractuales, ajustes y adecuaciones tarifarias previstas en los marcos regulatorios respectivos, podrán ejercerse en tanto resulten compatibles con el desarrollo del proceso de renegociación que lleve a cabo el Poder Ejecutivo nacional en virtud de lo dispuesto por el art. 9° de la ley 25.561.

“Art. 3°: Los acuerdos de renegociación podrán abarcar aspectos parciales de los contratos de concesión o licencia, contemplar fórmulas de adecuación contractual o enmiendas transitorias del contrato, incluir la posibilidad de revisiones periódicas pautadas así como establecer la adecuación de los parámetros de calidad de los servicios. En caso de enmiendas transitorias, las mismas deberán ser tenidas en consideración dentro de los términos de los acuerdos definitivos a que se arribe con las empresas concesionarias o licenciatarias.

“Art. 4°: El Poder Ejecutivo nacional remitirá las propuestas de los acuerdos de renegociación al Honorable Congreso de la Nación, en cumplimiento de la intervención de la Comisión Bicameral de Seguimiento prevista por el art. 20 de la ley 25.561. Corresponderá al Honorable Congreso de la Nación expedirse dentro del plazo de 60 días corridos de recepción de la propuesta. Cumplido dicho plazo sin que se haya expedido, se tendrá por aprobada la misma. En el supuesto de rechazo de la propuesta, el Poder Ejecutivo nacional deberá reanudar el proceso de renegociación del contrato respectivo.

“Art. 5°: Las disposiciones de la presente ley en ningún caso autorizarán a las empresas contratistas o prestadoras de servicios públicos, a suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones.

“Art. 6°: La presente ley es de orden público”.

nismo indexatorio<sup>143</sup>; y, al mismo tiempo, b) se establece que, aun en esas condiciones, las empresas no podrán suspender o alterar el cumplimiento de sus obligaciones<sup>144</sup>.

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

Primero, como específicamente señala Cassagne, el Estado, unilateralmente, ha "derogado" cláusulas contractuales de los respectivos contratos públicos, "modificándolos"<sup>145</sup>. Esta situación, a su vez, en caso de no ser recompuesta, conduciría a la rescisión contractual, según explica el citado autor<sup>146</sup>.

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

La fórmula empleada preponderantemente, como vimos en las secciones que anteceden, incluye un índice, un factor de eficiencia acompañado a veces por un factor de inversiones, y la periodicidad en las revisiones. No perdamos de vista que las privatizaciones, operadas a inicios de la década del '90, incluyen al menos una revisión quinquenal, hallándose en algunos casos —en virtud del *timing*— vencido el plazo para la segunda revisión quinquenal. Y en ese lapso, los índices, de aplicación semestral, se han venido aplicando —o debieron haberse aplicado— 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 ganancias<sup>147</sup> no pudiendo cobrar más que ese precio máximo, y dado que las tarifas así reguladas ponen en juego dos elementos (índice y factor, o factores) y un tercer elemento temporal (*timing* o periodicidad), la derogación o eliminación de uno de los términos de la fórmula desbarata los restantes elementos de la misma. En el caso, al derogarse el índice se impide el contraste entre valores reales y nominales. Además, dicha fórmula se halla contenida en el acuerdo original<sup>148</sup> sobre el que descansan los derechos y expectativas de los

<sup>143</sup> Ley 25.561, art. 8°.

<sup>144</sup> *Ibid.*, art. 10.

<sup>145</sup> CASSAGNE, "Evolución...", cit., cap. XIII en pág. 6.

<sup>146</sup> *Id.*

<sup>147</sup> LORENTI, *ob. cit.*, pág. 90.

<sup>148</sup> Se ha sugerido la expresión "contrato regulatorio" (*regulatory contract*) para tal relación, que involucraría no sólo la firma que presta el servicio y al Estado que privatiza, sino también al ente regulador competente. Ampliar en BUDASSI, *ob. cit.*, pág. 256, y en PARKER, D., "Caveat Emptor at Privatization? Reflections on the Regulatory Contract in the UK", *Occasional Paper 9, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy*, Londres, 1997.

cocontratantes a par que se ve afectado, y el mantenimiento

En cuanto al ir como la norteamericanos considerados: vicios de la privatización de reajuste de obligaciones contra los casos de los obligados estadounidenses—, las operaciones por garantizaba una par empresarial que dice algunos casos, en las ofrecidas en una exigencia de eficiencia normativa

El elemento de la tarifa, también s ley 25.561. En efecto de mecanismos —q legales o naturales, mediante la inclusión protección de los economías de la empresa del objetivo de eficiencia desprotección: esto Ello se verifica porque (cumplimiento desplazado hacia la economías estable: estaba previsto en

<sup>149</sup> Para la relación, t. II, pág. 534. *Práctica de la Regulación Revista de Derecho Ad* pág. 279.

<sup>150</sup> Este endeudamiento MAIRAL, Héctor A., "A & Menéndez, n° 3/2000

<sup>151</sup> LITTLECHILD "efficiency".

cocontratantes a partir del momento de la privatización<sup>149</sup>, 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.<sup>150</sup>

El elemento eficiencia, apreciado desde el punto de vista de quien sufraga la tarifa, también se ve comprometido por lo dispuesto en los arts. 8° y 10 de la ley 25.561. En efecto, como los *price-caps* se corresponden con la implementación de mecanismos —que, como vimos, ante un mercado monopólico por razones legales o naturales, recrean características propias de los mercados competitivos mediante la inclusión, y mantenimiento, de incentivos a la eficiencia para la protección de los consumidores, tal que se permita monitorear de cerca las economías de la empresa<sup>151</sup>—, la derogación del índice, al afectar el cumplimiento del objetivo de eficiencia, predeterminado, coloca al usuario en situación de desprotección: éste se convierte en testigo de la menor eficiencia de la firma. Ello se verifica pues la firma no podría, al mismo tiempo, asumir su propio riesgo (cumplimiento de aquel objetivo), y el riesgo que contractualmente estaba desplazado hacia los usuarios (índice de variaciones de precios y servicios de economías estables tomados en cuenta al fijarse el precio inicial), pues ello no estaba previsto en el compromiso original.

<sup>149</sup> Para la relación contractual en general, véase CASSAGNE, *Derecho Administrativo...*, cit., t. II, pág. 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, pág. 223 y sigs., esp. pág. 279.

<sup>150</sup> 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 Uriá & Menéndez*, n° 3/2002, págs. 9/23, esp. pág. 19, edición *online*.

<sup>151</sup> LITTLECHILD, *ob. cit.*, pág. 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)<sup>152</sup>. Dado que el propósito primario de este modo de regulación es proteger al consumidor<sup>153</sup> por lo que se trata de reducir los precios que éste paga en términos reales<sup>154</sup> y de obtener mejoras en el servicio, no de reducir las ganancias de la firma<sup>155</sup>, la eliminación del índice —destinado a atemperar los efectos de las variaciones incontrollables 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*<sup>156</sup>.

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 art. 10 de la ley 25.561. De tales obligaciones —como sabemos— la de mayor virtualidad en la propiedad de la empresa es la de cumplimiento del plan de inversiones, y la provisión del servicio con el nivel de calidad exigido en los respectivos marcos regulatorios. Y así como se ha afirmado que las ganancias derivadas de los ahorros, en el marco de los *price-caps*, no podrán ser tan elevadas como para hacer peligrar la calidad del servicio<sup>157</sup>, tampoco debería hacerse peligrar esa calidad vedándose a los prestadores los ingresos que se aseguraron al establecerse el sinalagma contractual, que la fijaban como objeto a cumplir.

En cuanto a la periodicidad propia del *price-capping*, como ya dijimos, las revisiones del factor se operan fatalmente, al solo vencimiento del plazo<sup>158</sup>. En

<sup>152</sup> LITTLECHILD, *ob. cit.*, pág. 10.

<sup>153</sup> *Ibid.*, pág. 6: "From the point of view of public policy, the primary purpose of regulation is to protect the consumer".

<sup>154</sup> *Ibid.*, pág. 35: "To avoid public misunderstanding, it should be clear that a price reduction of X per cent in real terms is consistent with a price increase in nominal terms".

<sup>155</sup> *Ibid.*, pág. 6: "Regulation considers bringing pressure to bear on profits, wages, costs and efficiency as a means of reducing prices and improving other aspects of performance".

<sup>156</sup> Esta cuestión es primordial. Gordillo, con relación al sistema de restricciones sobre los depósitos bancarios, señalaba hacia en mayo de 2002, que todo el andamiaje absurdo debía ceder "para empezar a restituir los contratos privados entre particulares a lo que eran antes"; conf. GORDILLO, Agustín, "Justicia Federal y Emergencia Económica", en *Control de la Administración Pública - Jornadas Organizadas por la Universidad Austral*, Buenos Aires, RAP, 2003, págs. 117/122, esp. pág. 122, n. 13. De igual manera, creemos que los derechos de propiedad que surgen no ya de contratos entre particulares sino de concesiones y licencias, también deben ser devueltos a su estado anterior, evitándose los efectos erosivos del capital de medidas que, ulteriormente, perjudican a los usuarios.

<sup>157</sup> Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *ob. cit.*, pág. 415; DEVOTO, *ob. cit.*, pág. 77.

<sup>158</sup> LITTLECHILD, *ob. cit.*, pág. 35.

el caso de que se temporal se ve a firma tiene, prefi plimentar en un l riesgo por dicho objetivo depende un ingreso ajusta ingreso por halle objetivo en tiemp

Recordemo: una doble funció función maximiz ganancias debe te lo que se deben e establecen por vía del bienestar de l pueda cobrar la e bilite. La derogac obligaciones—cor se trata, por deci tualmente entre a

## 8. Conclusiones

Existen muc mencionamos ant pales privatizacio ción de electricid principios de la d *price-caps*, de un nicas, que hoy han

Las ventajas ellas, cabe destaca la que puede tener se beneficia al usu firma prestadora, r mente sobre ésta; e nado, son compar sentido, el usuario ción maximizadora

<sup>159</sup> BÖS, DIETER, *and Public Utilities*, A1

el caso de que se derogue el elemento índice de la fórmula, también el elemento temporal se ve afectado. Este fenómeno se explica de la siguiente manera: la firma tiene, prefijado, para el siguiente período, un objetivo de eficiencia a cumplimentar en un lapso determinado; y el sistema no prevé que pueda trasladar el riesgo por dicho cumplimiento a los usuarios. Ahora, el cumplimiento de ese objetivo depende, entre otros factores, de que la firma tenga, contemporáneamente, un ingreso ajustado por el índice: tal la integralidad de la fórmula. El menor ingreso por hallarse vedado el reajuste imposibilita el cumplimiento de aquel objetivo en tiempo y forma, pudiendo llegar a tornar el giro de la firma inviable.

Recordemos, además, que la regulación de las tarifas por *price-caps* posee una doble función maximizadora: la función maximizadora del bienestar y la función maximizadora de las ganancias<sup>159</sup>. Así como la maximización de las ganancias debe tener como límite el posicionamiento de los consumidores (por lo que se deben establecer restricciones al determinarse el factor X, esto es, se establecen por vía regulatoria límites a los ahorros en eficiencia), la maximización del bienestar de los usuarios debe también tener un límite: que los precios que pueda cobrar la empresa no se reduzcan tanto que el giro de la firma se imposibilite. La derogación del índice, en los hechos, de cara al mantenimiento de las obligaciones—conforme al art. 10 precitado— conduce también a ese resultado. Y se trata, por decirlo brevemente, de un índice que estaba acordado contractualmente entre autoridad concedente y firma prestadora.

## 8. Conclusiones

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

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,

<sup>159</sup> BÖS, DIETER, *Pricing and Price Regulation—An Economic Theory for Public Enterprises and Public Utilities*, Amsterdam, Elsevier, 1994, pág. 278 y sigs.

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 en el ámbito de nuestro país. Con ecos de *A Tale of Two Cities*<sup>160</sup>, los *price-caps* británicos develan un derrotero muy diferente del de los *price-caps* en nuestro país.

Ese equilibrio ha sufrido —está sufriendo— dos duras pruebas, de cara a la ley de convertibilidad para el período fines de 1999/enero de 2002 al que nos hemos referido, y frente a la emergencia económica declarada por la ley 25.561 que propiciara —en lo que aquí interesa— la suspensión del índice. La primera prueba será eventualmente decidida por la Corte Suprema por el período involucrado. La segunda prueba en curso ha abierto pluralidad de planteos judiciales, abarcativos de cuestiones por demás diversas<sup>161</sup>.

Más allá de los cambios que se han operado —en virtud de decisiones de política estatal más o menos intervencionistas— en el balance contractual respectivo, la inmediata necesidad de reinstalar 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, se torna evidente. Ello, pues se trata de cambios que se hallan fuera del

control de la firma por los precios del cuadro tarifario. Una decisión en esas ordenadas por el juez Cassagne— se “reconoce” la licencia, devolviéndole el reconocimiento de dichos precios en función de los objetivos de ellos por parte de las autoridades.

Ello no implicaría un mayor trabajo— que la razón de los precios prestados en situaciones de emergencia— sino también en los contratos de las tarifas futuras, las expectativas de que se halla en juego, en un contexto de eficiencia económica y su eficiente explotación.

<sup>160</sup> En esta obra, Charles Dickens describe el período de preparativos de la Revolución Francesa. Los personajes, Charles Darnay y Sydney Carton, son físicamente idénticos, pero poseen distinta personalidad, sacrificándose por valores diferentes y evolucionando de diversa manera a lo largo de la narración.

<sup>161</sup> 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: CNCont.-Adm. Fed., sala IV, “Asociación Vecinal Belgrano”, del 24/9/02; CNCont.-Adm. Fed., sala III, “Asociación Importadores y Exportadores”, del 1/10/02; JCAF n° 8: “Caplan”, del 16/5/02; JCAF n° 3: “Unión de Usuarios”, del 24/9/02; JCAF N° 3: “Unión de Usuarios”, del 14/11/02; CNCont.-Adm. Fed., sala III, “Unión de Usuarios”, del 31/10/02; CNCont.-Adm. Fed., sala III, “Unión de Usuarios”, del 18/12/02; JCAF n° 3: “Unión de Usuarios”, del 25/2/03; JCAF N° 1: “Defensoría del Pueblo”, del 10/12/02; JCAF n° 5: “Defensor del Pueblo de la Nación”, del 12/12/02; JCAF n° 12: “Defensoría del Pueblo”, del 17/2/03; JCAF n° 7: “Defensor del Pueblo de la Nación”, del 4/3/03; CNCont.-Adm. Fed., sala III, “Unión de Usuarios”, del 11/7/03; las mismas han sido referenciadas en la conferencia de Miriam IVÁNEGA 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, al presente, en prensa. Asimismo, puede verse la nota 133, último párrafo.

<sup>162</sup> CASSAGNE, “Evolu

y con la debida protec-  
es aparentemente leve  
otros modos de regula-

y los referentes de eco-  
ingresado en una seve-  
le of Two Cities<sup>160</sup>, los  
te del de los price-caps

as pruebas, de cara a la  
ero de 2002 al que nos  
arada por la ley 25.561  
del índice. La primera  
prema por el período  
alidad de planteos judi-

virtud de decisiones de  
nce contractual respec-  
aplicación de un índice  
eje los cambios en los  
blico específico de que  
que se hallan fuera del

parativos de la Revolución  
mente idénticos, pero poseen  
onando de diversa manera a

istrador –ordenando ajustes  
fines de la renegociación,  
arifas, vedando a los entes  
ejercicio de competencias  
a dos de ellos de aquella  
sede judicial, que abarcan,  
ón Vecinal Belgrano”, del  
xportadores”, del 1/10/02;  
del 24/9/02; JCAF N° 3:  
ón de Usuarios”, del 31/10/  
2; JCAF n° 3: “Unión de  
/02; JCAF n° 5: “Defensor  
ueblo”, del 17/2/03; JCAF  
Fed., sala III, “Unión de  
rencia de Miriam IVANECA  
ción escrita –valioso aporte  
sa. Asimismo, puede verse

control de la firma prestadora y que fueran tomados en cuenta al fijarse los precios del cuadro tarifario inicial al momento de transferirse el título.

Una decisión en tal sentido remediaría los efectos de una de las dos medidas ordenadas por aquella ley, y coadyuvaría a que –empleando palabras de Cassagne– se “recomponga el equilibrio contractual”<sup>162</sup> de cada concesión o licencia, devolviéndolas a su tenor convencional originario. Por lo demás, el reconocimiento de dichas variaciones de precios tornaría posible la reincorporación de los objetivos de eficiencia y de inversiones, pues el cumplimiento de ellos por parte de las firmas es lo que, en última instancia, beneficia a los usuarios.

Ello no implicaría sino admitir –como se esbozara en el planteo de este trabajo– que la razón de ser de la regulación estatal de las tarifas de los servicios prestados en situación de monopolio natural protege no sólo al usuario ante las ineficiencias sino también al inversor ante los cambios exógenos. Y que si bien en los contratos de larga duración es arduo prever *ab initio* todas las contingencias futuras, las expectativas de los cocontratantes no podrían ser obviadas pues se halla en juego, en una hipótesis de mínima, la remuneración de la red empleada y su eficiente expansión.

<sup>162</sup> CASSAGNE, “Evolución...”, cit., pág. 5.