

LA LEY



TRATADO GENERAL
DE LOS CONTRATOS
PÚBLICOS



TOMO III

TRATADO GENERAL
DE LOS CONTRATOS
PÚBLICOS



TOMO III

JUAN CARLOS CASSAGNE

Director

LA LEY

Cassagne, Juan Carlos
Tratado general de los contratos públicos / Juan Carlos
Cassagne ; dirigido por Juan Carlos Cassagne. - 1a ed. -
Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2013.
v. 3, 1296 p. ; 24x17 cm.

ISBN 978-987-03-2587-1

1. Derecho Administrativo. 2. Contratos. I. Cassagne,
Juan Carlos, dir.
CDD 342

1ra. edición: 2013

© Juan Carlos Cassagne, 2013
© de esta edición, La Ley S.A.E. e I., 2013
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the publisher and the author.

Tirada: 400 ejemplares

I.S.B.N. 978-987-03-2587-1 (Tomo III)
I.S.B.N. 978-987-03-2584-0 (Obra completa)
S.A.P. 41551366
S.E.T. 41551268

ARGENTINA

TRATADO GENERAL
DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS
TOMO III

Director:

Juan Carlos Cassagne

Autores por orden alfabético:

<i>Pedro Aberastury</i>	<i>Javier D. Guiridlian Larosa</i>
<i>William Barrera Muñoz</i>	<i>David Andrés Halperin</i>
<i>Susy Inés Bello Knoll</i>	<i>Ramón Huapaya Tapia</i>
<i>Esteban Bogut Salcedo</i>	<i>Arturo Idoyaga Molina</i>
<i>Diego Calonje</i>	<i>Catalina Legarre</i>
<i>Armando N. Canosa</i>	<i>Fernando E. Juan Lima</i>
<i>Luis Armando Carello</i>	<i>Roberto Enrique Luqui</i>
<i>Hernán Celorrio</i>	<i>Ernesto Alberto Marcer</i>
<i>Julio Pablo Comadira</i>	<i>Pablo E. Perrino</i>
<i>María Inés Corrá</i>	<i>Héctor M. Pozo Gowland</i>
<i>Julio C. Crivelli</i>	<i>Vitor Rhein Schirato</i>
<i>Ignacio M. de la Riva</i>	<i>Estela B. Sacristán</i>
<i>Carlos E. Delpiazzo</i>	<i>Patricio M.E. Sammartino</i>
<i>Ricardo T. Druetta</i>	<i>Gustavo Daniel Spacarotel</i>
<i>Julio C. Durand</i>	<i>Guido Santiago Tawil</i>
<i>Pablo Oscar Gallegos Fedriani</i>	<i>María Susana Villarruel</i>
<i>Ana Patricia Guglielminetti</i>	



ÍNDICE GENERAL

Pág.

TÍTULO SEXTO

LA EJECUCIÓN Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO PRIMERO

LA MODIFICACIÓN (“IUS VARIANDI”) DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por Roberto Enrique Luqui

I.	Las prerrogativas de la Administración	3
II.	El equilibrio entre riesgos y beneficios	5
III.	La razón de ser de la facultad de modificar o rescindir los contratos	8
IV.	El resarcimiento del daño	13
V.	La facultad de modificar pactada en el contrato.....	18
VI.	Efectos del dec. delegado 1023/2001 en los principales contratos administrativos	19
VII.	Conclusiones.....	26

CAPITULO SEGUNDO

LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO: LA RESCISIÓN POR RAZONES DE ILEGITIMIDAD

Por Patricio M. E. Sammartino

I.	La rescisión del contrato público por razones de ilegitimidad se encauza formalmente a través de un acto administrativo regido por la LNPA	29
II.	Estructura y funcionalidad del acto administrativo en la LNPA ...	32
III.	La “causa” del acto administrativo que extingue un contrato público por razones de ilegitimidad	37
IV.	Examen de la validez y existencia del contrato administrativo	42
V.	El ejercicio de la potestad revocatoria en el contrato administrativo. Alcance, límite y efectos	44
VI.	Conclusiones.....	53

CAPÍTULO TERCERO

LA CADUCIDAD O RESCISIÓN UNILATERAL
DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO POR INCUMPLIMIENTO*Por Armando N. Canosa*

I.	Consideraciones generales	61
II.	Concepto y naturaleza jurídica.....	63
III.	Régimen legal. Ámbito contractual de aplicación en el orden nacional	67
IV.	Régimen jurídico	73
	1. Cuestiones generales	73
	2. Causales de aplicación de los institutos	76
	3. Órgano competente para el dictado del acto administrativo de caducidad o rescisión unilateral de la Administración por incumplimientos del particular	80
	4. Efectos de la declaración de caducidad o declaración unilateral de rescisión	82
V.	Procedimiento administrativo para el dictado del acto administrativo correspondiente.....	86
	1. Lo atinente al procedimiento administrativo en general.....	86
	2. Lo atinente al procedimiento administrativo sancionador	89
	3. Impugnación administrativa y judicial de los actos administrativos que declaran la caducidad o rescisión unilateral.....	93

CAPÍTULO CUARTO

REVOCACIÓN POR OPORTUNIDAD

Por Catalina Legarre

I.	Algunos principios aceptados	100
II.	La aplicación analógica de la Ley de Expropiaciones.....	102
III.	La procedencia de la reparación integral	105
IV.	Condiciones bajo las que procede el reconocimiento del lucro cesante en un caso concreto	109
V.	La exclusión del lucro cesante en el Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional	112
VI.	Conclusión	116

CAPÍTULO QUINTO

LA EXCEPCIÓN DE INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL
EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*Por Julio Pablo Comadira*

I.	Introducción	120
II.	La excepción de incumplimiento en la doctrina.....	120
III.	La excepción de incumplimiento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en la doctrina de la Procuración del Tesoro de la Nación	128
IV.	El dec. delegado 1023/2001 y su reglamentación por el dec. 893/2012	130
V.	Mi opinión	132

CAPÍTULO SEXTO

EL RESCATE EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por María Susana Villarruel

I.	El contrato administrativo	142
II.	El rescate. Concepto	143
III.	Su recepción en el derecho comparado.....	143
	1. Francia.....	144
	2. España.....	146
	3. América Latina	147
IV.	La situación en nuestro país	152
	1. Modo de extinción anormal	152
	2. Aplicable a determinados contratos	153
	3. Asunción por el Estado	153
	4. Finalidad: las razones de interés público	155
V.	La indemnización del contratante	159
	1. Prerrogativa estatal.....	160

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL
DEL ESTADO*Por Pablo E. Perrino*

I.	La regulación de la responsabilidad contractual del Estado.....	169
----	---	-----

	Pág.
II. Requisitos para la procedencia de la responsabilidad contractual del Estado	177
1. Existencia de un contrato administrativo válido	177
2. Daño resarcible	179
3. Relación de causalidad	181
4. Factor atribución	183
4.1. Responsabilidad por falta: el incumplimiento.....	185
4.2. La responsabilidad sin falta	191

CAPÍTULO OCTAVO

LA REDETERMINACIÓN DE PRECIOS EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por Pedro Aberastury

I. Introducción	205
II. La aplicación de las normas de derecho común al contrato administrativo	207
III. El precio.....	212
IV. Los componentes del precio.....	217
1. La formación del precio.....	217
2. Las terminologías utilizadas en las antiguas normas federales..	219
3. Las fórmulas paramétricas	221
V. La redeterminación de precios en la actualidad.....	224
VI. Plazo para solicitar la redeterminación	231

CAPÍTULO NOVENO

LA PRESCRIPCIÓN DE LAS OBLIGACIONES NACIDAS DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA (CON ESPECIAL REFERENCIA A LA SALUD PÚBLICA EN EL ÁMBITO DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES)

Por Fernando E. Juan Lima

I. Introducción	233
II. La prescripción en la órbita federal.....	236
1. Plazos aplicables	236
2. Término inicial del plazo de prescripción.....	238
3. Caducidad de la acción de nulidad y prescripción	239

	Pág.
III. El tema en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	240
1. La responsabilidad del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en materia de mala praxis médica.....	240
2. El plenario “Meza”	241
IV. Nuestra postura.....	248
1. El fundamento de la responsabilidad del Estado	249
2. La naturaleza del vínculo paciente-hospital; el tema del plazo de prescripción.....	251
V. Conclusión	254

TÍTULO SÉPTIMO

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR

CAPÍTULO PRIMERO

CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SUMINISTRO

Por Héctor M. Pozo Gowland

I. Concepto	259
II. Caracteres.....	262
III. Diferencias con otros contratos.....	263
IV. La condición de contrato administrativo.....	264
V. Régimen legal.....	269
VI. Principios relevantes en el contrato de suministro.....	274
VII. Procedimientos y modalidades de contratación	276
VIII. Garantías	280
IX. Adjudicación y perfeccionamiento del contrato.....	283
X. Ejecución del contrato.....	284
XI. El mantenimiento del equilibrio económico financiero del contrato.....	294
XII. Rescisión del contrato	295
XIII. El principio del enriquecimiento sin causa.....	299
XIV. Caso fortuito.....	302
XV. Los contratos de suministros y el comercio nacional.....	303

	Pág.
CAPÍTULO SEGUNDO	
EL CONTRATO DE OBRA PÚBLICA	
<i>Por Ricardo T. Druetta y Ana Patricia Guglielminetti</i>	
I. El contrato de obra pública.....	308
II. Obra pública. Concepto legal	308
III. Contrato de obra pública. Concepto. Caracteres	316
IV. Régimen jurídico básico del contrato de obra pública.....	320
V. Principios que rigen la interpretación del contrato	321
VI. Sujetos. El Estado locatario: distintas alternativas de participación estatal. El locador de obra	325
VII. Objeto del contrato de obra pública.....	326
VIII. Contrato de obra pública y de concesión de obra pública: algunas pautas para su diferenciación.....	328
IX. Distribución de responsabilidades y repartición de riesgos entre las partes. Finalidad.....	335
1. Asignados al comitente.....	335
1.1. Obtención del financiamiento.....	335
1.2. Responsabilidad del comitente por la autoría del proyecto y por la idoneidad de los estudios que le sirvieron de base.....	339
1.3. Responsabilidad del comitente por la falta de entrega del lugar de emplazamiento de las obras	340
1.4. Responsabilidad del comitente por pérdidas o averías sufridas por el contratista por culpa de los empleados de la Administración, actos propios de la Administración no previstos en los pliegos y acontecimientos de origen natural extraordinario	342
1.5. Responsabilidad del comitente por los perjuicios sufridos por el contratista con motivo de la orden de suspensión de la ejecución de las obras	345
1.6. Asunción de las variaciones de costos derivadas de la aplicación del régimen reglamentario de estabilización del precio del contrato.....	347
1.7. Reconocimiento de compensaciones por mora en el pago del precio o por falta de pago. Art. 48 de la LOP. Principio de regularidad en los pagos	349
2. Asignados al contratista.....	351
2.1. Responsabilidad del contratista por la autoría del diseño constructivo	351
2.2. Responsabilidad del contratista por el precio ofertado ...	352

	Pág.
2.3. Deber de interpretación del proyecto	353
2.4. Responsabilidad por asunción del riesgo técnico. Cumplimiento de las reglas del arte de construir	355
2.5. Contingencia de pérdida de utilidad por ejercicio legítimo de <i>ius variandi</i>	357
2.6. Responsabilidad por la gestión del subcontratista: subsistencia de la responsabilidad del contratista principal	357
2.7. Responsabilidad del contratista por el incumplimiento de los plazos parciales y total pactados. Aplicación de multas.....	358
2.8. Riesgos asociados a la revocación del contrato por razones de oportunidad o interés público.....	360
X. Contrato de obra pública: riesgo atenuado o coparticipado vs. riesgo y ventura	367

CAPÍTULO TERCERO

LA OBRA PÚBLICA COMO OBJETO PRESTACIONAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: LAS TÉCNICAS COLABORATIVAS EN POS DE SU CONCRECIÓN

Por Javier D. Guiridlian Larosa

I. <i>Introito</i>	371
II. La participación privada en la concreción de emprendimientos públicos	375
III. Los principios generales a considerar en la implementación de la APP	379
1. Una aclaración necesaria: el objeto prestacional posible en el marco de una APP	379
2. Los principios a considerar para la concreción de proyectos en el marco de una APP	382
IV. La perspectiva clásica en materia de ejecución de obra pública..	389
V. Nuevos mecanismos de gestión y financiación de obra pública. Su inserción en el entorno negocial de las APP	391
1. Consideraciones liminares.....	391
2. Los elementos a considerar para la clasificación de las nuevas técnicas de gestión de obras públicas	394
3. Las técnicas de gestión de obra en particular	399
3.1. La concesión de obra pública	400
3.2. <i>Shadow toll</i> (Peaje en la sombra)	404
3.3. Contratos “llave en mano”	408

	3.4. El denominado “modelo Español”	Pág. 410
VI.	Colofón	412

CAPÍTULO CUARTO

LA CONCESIÓN DE OBRA PÚBLICA

*Por Julio César Crivello
con la colaboración de Arturo Idoyaga Molina*

I.	Introducción	415
II.	Antecedentes históricos	416
III.	Presupuestos institucionales y macroeconómicos	422
IV.	Conceptualización.....	423
V.	Crisis del componente “estatal” del contrato	429
VI.	Principio intergeneracional y financiación	431
VII.	Postulados elementales de la Reforma del Estado. Impacto de la emergencia y del proceso renegociador	433
VIII.	Breve análisis de algunos casos específicos	440
	1. Las concesiones viales	440
	2. Las ampliaciones del sistema de transporte de energía eléctrica	443
	3. Breves comentarios finales sobre el caso chileno	448
IX.	Comentarios finales.....	449

CAPÍTULO QUINTO

LOS PRINCIPIOS EN EL CONTRATO DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Por Guido Santiago Tawil

I.	Introducción	453
II.	Los principios aplicables al contrato de concesión de servicios públicos	457
	1. Los principios generales del derecho y del derecho administrativo aplicables al contrato de concesión de servicios públicos.....	457
	2. Los principios propios del servicio público	461

CAPÍTULO SEXTO

LA CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Por Luis Armando Carello

I.	El desarrollo de la noción en Francia.....	475
II.	Globalización y crisis renovada de los servicios públicos.....	481
III.	La experiencia norteamericana.....	484
IV.	La experiencia argentina.....	486
V.	La concesión de servicios públicos.....	489
VI.	La concesión de servicios públicos es una noción más precisa ...	490
VII.	Algunas características de la concesión de servicios públicos	492
VIII.	La incidencia de la reforma constitucional de 1994 y esbozo de la situación jurídica actual de la concesión de servicios públicos ...	494
IX.	Derechos del usuario del servicio	495
X.	Derecho y obligaciones del Estado	495
XI.	Derecho y deberes del concesionario	497
XII.	Algunas consideraciones finales	497

CAPÍTULO SÉPTIMO

TARIFAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Por Estela B. Sacristán

I.	Agradecimiento. Planteo.....	505
II.	Presupuestos. Planteo	507
III.	<i>Price Caps</i> . Fórmula.....	509
	1. Simpleza.....	510
	2. Sólo después.....	510
IV.	Índice.....	511
	1. Finalidad	511
	2. Determinación. Redeterminación.....	511
	3. Periodicidad. Aplicación a la tarifa.....	512
	4. Aparentes ventajas para la firma.....	512
	5. Ausencia de participación	512
	6. Riesgo respectivo.....	513
	7. Fuente	513
	8. Naturaleza del índice	513
V.	Factor de eficiencia.....	514
	1. Finalidad. Aspectos constitucionales	514

	Pág.
2. La ley económica de Liebenstein.....	516
3. Determinación. Redeterminación.....	520
4. Periodicidad. La cápsula.....	521
5. Aplicación a la tarifa.....	521
6. Ventajas para los usuarios	522
7. Participación.....	522
8. Riesgo respectivo.....	524
9. Fuente	524
10. Naturaleza política	524
11. Naturaleza jurídica.....	526
12. Naturaleza económica	528
13. El misterio de la eficiencia inicial	529
14. Aspectos formales y sustanciales en la redeterminación del factor X.....	531
15. Revisiones anticipadas por ganancias excesivas	536
16. Revisiones anticipadas por pérdidas excesivas	544
VI. Factor de inversiones.....	545
1. Finalidad.....	545
2. Determinación. Redeterminación.....	547
3. Periodicidad	548
4. Aplicación a la tarifa.....	548
5. Ventajas para los usuarios. Justicia intergeneracional	549
6. Participación.....	550
7. Riesgo respectivo.....	550
8. Fuente	550
9. Naturaleza política	551
10. Naturaleza jurídica.....	551
11. Naturaleza económica	551
12. Experiencia comparada.....	551
13. Diferencias con regímenes de inversiones “por fuera de la tarifa”	552
VII. <i>Timing</i> o periodicidad.....	553
1. Una cápsula temporal y una vía de escape	553
2. Efectos con relación al traslado de costos.....	554
3. Periodicidad y traslación de costos	555
VIII. Los mitos en torno a los <i>Price-Caps</i>	556
1. ¿Qué se reduce?.....	556
2. Protección dual	558
3. Aparente provisionalidad	559

	Pág.
IX. Caracteres esenciales	560
X. Síntesis.....	562
XI. Feasibilidad	563

CAPÍTULO OCTAVO

EL CONTRATO ADMINISTRATIVO Y SU EXTENSIÓN A LOS CONCESIONARIOS PÚBLICOS

Por Gustavo Daniel Spacarotel

I. Introducción	568
II. El servicio público. Su evolución.....	570
III. El modelo regulador establecido en la Constitución Nacional (Art. 42).....	578
IV. El Proyecto del Régimen Nacional de Servicios Públicos. Principales características.....	581
V. Los modelos de gestión (la concesión y la licencia)	583
VI. La adaptación del régimen jurídico tradicional a la actualidad ...	587
VII. Régimen jurídico de los contratos administrativos y su extensión a los contratos que celebran los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos	588
1. Las subcontrataciones	588
2. Relaciones existentes entre concesionarios y terceros.....	589
3. Jurisprudencia	593
4. La cuestión en el derecho positivo.....	598
VIII. Conclusiones.....	601

CAPÍTULO NOVENO

LA CONCESIÓN DE USO DEL DOMINIO PÚBLICO

Por Ignacio M. de la Riva

I. Aproximación a la figura de la concesión	605
II. Caracterización jurídica de los bienes del dominio público.....	609
III. Finalidad de los bienes de dominio público: uso común <i>versus</i> uso especial	611
IV. Títulos que dan origen a derechos de uso especial de bienes del dominio público: permiso, concesión, prescripción.....	616
V. El carácter contractual de la concesión de uso de bienes del dominio público.....	620

	Pág.
VI. Selección del concesionario de uso	622
VII. Derechos y obligaciones en cabeza del concesionario de uso.....	625
VIII. Naturaleza de los derechos nacidos de la concesión de uso de bienes del dominio público. Remedios disponibles para su protección	627
IX. Prerrogativas y deberes de la Administración concedente	631
X. Elementos accesorios típicos del contrato de concesión de uso: el plazo y el canon	633
XI. Extinción del contrato de concesión de uso de bienes del dominio público.....	636
XII. Propiedad de las mejoras introducidas por el concesionario.....	640
XIII. ¿Concesión de uso sobre bienes del dominio privado del Estado?..	649

CAPÍTULO DÉCIMO

LOS CONTRATOS EN GENERAL Y LA CONCESIÓN DE USO DE DOMINIO PÚBLICO EN LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES. LA IMPORTANCIA DE LA VIGENCIA DEL DEC. PEN 2409/1966

Por Ernesto Alberto Marcer

I. Aclaración preliminar: “Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires” y “Ciudad de Buenos Aires” o “Ciudad Autónoma de Buenos Aires”	653
II. Normativa aplicable a los contratos administrativos en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	654
1. Contrato de obra pública.....	655
2. Concesión de obra pública.....	658
3. La normativa general en materia de contrataciones en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.....	658
III. La concesión de uso de los bienes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	661
1. Dominio público y dominio privado	662
2. Régimen y caracteres jurídicos del dominio público	663
IV. La vigencia del dec. 2409/1966 y la consecuencia jurídica de ello	668
1. La preferencia del concesionario saliente.....	668

	Pág.
2. Las disposiciones del dec. 2409/1966 que se encuentran vigentes	669
3. La razón de ser del art. 59 del dec. 2409/1966. La innecesariedad de la habilitación para el ejercicio de las actividades establecidas en el contrato de concesión.....	670

TÍTULO OCTAVO

LOS NUEVOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y LOS REGÍMENES ESPECIALES

CAPÍTULO PRIMERO

A INTERAÇÃO ENTRE ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA E PARTICULARES NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Por Vitor Rhein Schirato

I.	Introdução e metodologia.....	677
II.	O contrato administrativo no Brasil	680
	1. Notas preliminares	680
	2. Origem e desenvolvimento do contrato administrativo no Brasil.....	681
	3. Vetores de transformação do contrato administrativo.....	684
	4. Conclusão parcial.....	689
III.	Os enlaces entre Estado e iniciativa privada	690
	1. Contratação de bens e serviços.....	690
	1.1. Aquisições de bens	691
	1.2. Terceirizações	692
	1.3. Alienações de bens públicos.....	696
	1.4. Regime diferenciado de contratação	696
	2. Parcerias.....	698
	2.1. Delegações	699
	2.1.1. Concessões.....	699
	2.1.2. Permissões de serviços públicos	709
	2.2. Cooperações	710
	3. Associações.....	712
	4. Formas consensuais do exercício de funções autoritárias	715
IV.	Conclusão: por um novo sentido de contrato administrativo	718

CAPÍTULO SEGUNDO

UNA PROPUESTA DE FORMULACIÓN DE PRINCIPIOS
 JURÍDICOS DE LA FASE DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS
 PÚBLICOS DE CONCESIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS
 Y OBRAS PÚBLICAS DE INFRAESTRUCTURA
 (CON ESPECIAL REFERENCIA AL MARCO JURÍDICO DE PROMOCIÓN
 DE LA INVERSIÓN PRIVADA EN EL PERÚ)

Por Ramón Huapaya Tapia

I.	Introducción	722
	1. Especies de los contratos públicos	728
	2. Propósito del presente trabajo	731
II.	Marco jurídico de Promoción de la Inversión Privada en el Perú...	735
III.	¿Existen prerrogativas y potestades de la Administración Pública en los contratos públicos de concesión bajo el régimen PIP?.....	741
	1. El principio de legalidad y régimen exorbitante en la contratación pública	745
	2. Comentarios sobre dos potestades y prerrogativas típicas de la contratación administrativa	749
	2.1. <i>Ius variandi</i> o modificación unilateral del contrato	751
	2.2. Resolución unilateral (por causa de interés público).....	755
IV.	Apreciaciones sobre la existencia y posibilidad de “cláusulas exorbitantes” en el régimen de los contratos públicos de concesión celebrados bajo el régimen de PIP en el Perú	758
V.	Los Principios Generales del Derecho y su aplicación en los Contratos Públicos de Concesión de Servicios Públicos y Obras Públicas de Infraestructura sujetos al régimen PIP en el Perú: límites a los denominados privilegios de la Administración en la fase de ejecución de los contratos públicos	765
	1. Fundamento del ordenamiento jurídico.....	771
	2. Función interpretativa	771
	3. Función integradora en caso de vacío o insuficiencia de la ley y de la costumbre como fuentes del Derecho.....	772
	4. Utilidad de la construcción de unos principios generales de la ejecución de los contratos públicos de concesión	773
VI.	Propuesta de principios jurídicos de la fase de ejecución de los contratos públicos de concesión sujetos al régimen PIP	774
	1. Principio de legalidad	777
	2. <i>Pacta sunt servanda</i> de aplicación razonada y ponderada.....	780
	3. Principio de buena fe	784
	4. Principio de razonabilidad	787

	Pág.
5. Principio de continuidad de la ejecución	790
6. Principio de aplicación razonada de la <i>exceptio non adimpleti contractus</i>	793
7. Principio de mutabilidad.....	795
8. Principio de mantenimiento del equilibrio económico financiero.....	797
9. Principio del arbitraje como mecanismo de solución de controversias en la contratación pública.....	800
VII. A manera de conclusión.....	805

CAPÍTULO TERCERO

LA RESPONSABILIDAD EN LOS CONTRATOS DE PARTICIPACIÓN PÚBLICO-PRIVADA

Por Hernán Celorrio

I. Marco del régimen.....	811
1. Perspectiva político-social y actividad privada.....	812
2. Evolución de institutos jurídicos.....	815
3. Impacto financiero y tecnológico	818
4. Eficiencia operativa.....	820
II. Régimen de responsabilidad: aspectos relevantes	824
III. Responsabilidad	828
IV. Conclusiones.....	833

CAPÍTULO CUARTO

EL FIDEICOMISO

Por Susy Inés Bello Knoll

I. Introducción	835
II. Concepto de fideicomiso	839
III. Elementos del fideicomiso.....	846
1. Sujetos	846
2. Objeto.....	850
3. Fin.....	852
4. Forma	853
IV. El fideicomiso en el ámbito del Derecho Público	853
V. Conceptualización del fideicomiso público.....	861
VI. El fideicomiso público en relación a los contratos públicos	871
VII. Consideraciones finales	878

CAPÍTULO QUINTO

RÉGIMEN DEL COMPRE
TRABAJO ARGENTINO*Por David Andrés Halperin y Esteban Bogut Salcedo*

I.	Noción y fundamentos de carácter económico y jurídico	882
II.	Precedentes extranjeros	888
III.	Régimen argentino: antecedentes, caracteres, suspensión y recon- ducción	890
	1. Antecedentes	890
	2. Caracteres	893
	3. Suspensión.....	895
	4. Su reconducción.....	896
IV.	Lineamientos generales del dec.-ley 5340/1963	898
	1. Generalidades y ámbito de aplicación	898
	2. La noción de bien local	899
	3. Acerca de la razonabilidad del precio.....	899
	4. Restricciones a las Provincias y a los órganos estatales	900
	5. La creación de la Comisión Asesora Honoraria y las excepcio- nes al régimen	901
V.	Lineamientos generales del dec.-ley 18.875	902
	1. Ámbito de aplicación	903
	2. Disposiciones relativas a la adquisición de bienes.....	903
	3. Disposiciones relativas a la contratación de obras y servicios (que no sean de ingeniería).....	905
	3.1. La reserva de mercado	905
	3.2. ¿Qué debe entenderse por “empresa local”?.....	906
	3.2.1. Empresa creada o autorizada a operar de confor- midad con las leyes argentinas.....	907
	3.2.2. Domicilio legal de la empresa en la República ..	909
	3.2.3. Domicilio real en la República del 80% de los directores, personal directivo y profesionales de la empresa	910
	3.2.4. Consistencia y evolución de las inversiones de la empresa en bienes de capital.....	911
	4. La apertura del mercado local.....	912
	4.1. Distinción entre “empresas locales” de capital interno y externo	912
	4.2. Condiciones en las que pueden participar las empresas del exterior. La obligación de asociarse	914

	Pág.
5. Disposiciones relativas a la contratación de “servicios de ingeniería o consultoría”	916
5.1. La reserva de mercado a favor de profesionales o firmas consultoras “locales”	916
5.2. “Carácter local” del profesional o la firma consultora o de servicios de ingeniería.....	916
5.3. ¿Cuándo nos encontramos frente a un contrato de consultoría o servicio de ingeniería?.....	918
5.4. Su aplicación en los contratos “llave en mano”	920
5.5. La incompatibilidad que genera	920
5.6. Criterio para definir la contratación	922
5.7. Contratación con firmas del exterior y la obligación de asociarse	923
6. El límite para la cesión y/o subcontratación.....	924
VI. Su reconducción bajo el régimen de la ley 25.551 y su reglamentación.....	924
1. Generalidades	924
2. Ámbito de aplicación	926
3. Régimen para la adquisición de bienes.....	926
4. Régimen para la contratación de obras y de servicios. Los contratos parciarios.....	929
5. Obligaciones a cargo de los licenciatarios de servicios públicos y de sus subcontratistas directos.....	930
6. La autoridad de aplicación y demás organismos de control.....	932
7. El incumplimiento del régimen: procedimientos de impugnación por parte del beneficiario de la preferencia.....	933
7.1. Legitimación	933
7.2. Plazos.....	933
7.3. Trámite	934
7.4. Suspensión	934
8. Su integración con la Ley de Mano de Obra Local y la Ley de Micro, Pequeña y Mediana Empresa	936
VII. <i>Quid</i> del Compre Argentino y los contratos de consultoría	938
VIII. Subsistencia del régimen frente a los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones	938
IX. <i>Quid</i> de la aplicación en el Mercosur y la práctica en los procesos de integración	943
X. La preferencia en los regímenes de contrataciones aprobados por los organismos multilaterales de créditos para aquellas financiadas por esos organismos.....	943

CAPÍTULO SEXTO

EL CONTRATO DE CONSULTORÍA
Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DERECHO
ADMINISTRATIVO COLOMBIANO

Por William Barrera Muñoz

I.	Introducción	949
II.	Tratamiento normativo del contrato de consultoría y de prestación de servicios.....	950
III.	La evolución de ambas tipologías contractuales en el Consejo de Estado colombiano.....	963
IV.	Reflexiones sobre ambas tipologías en el Derecho Administrativo colombiano	973

CAPÍTULO SÉPTIMO

LO NUEVO Y LO PERMANENTE
DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA A TRAVÉS
DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO

Por Carlos E. Delpiazzo

I.	Introducción	979
II.	Exigencias del Procedimiento Administrativo Electrónico.....	986
	1. Supuestos.....	986
	1.1. Nuevas exigencias.....	986
	1.2. Exigencias permanentes	991
	2. Consecuencias.....	992
III.	Tramitación del Procedimiento Administrativo Electrónico.....	995
	1. Sustanciación	995
	1.1. Lo nuevo	995
	1.2. Lo permanente.....	1002
	2. Comunicaciones	1006
	2.1. Lo nuevo	1006
	2.2. Lo permanente.....	1007
	3. Decisiones.....	1008
	3.1. Lo nuevo	1009
	3.2. Lo permanente.....	1012
IV.	Conclusión	1014

CAPÍTULO OCTAVO

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA

por María Inés Corrá

I.	El uso de las TICs en la gestión de la cosa pública: hacia el <i>e-Government</i>	1016
II.	La contratación pública electrónica.....	1018
	1. Concepto y notas generales.....	1018
	2. Impacto del uso de las TICs sobre los principios de la contratación pública	1024
III.	Presupuestos para el desarrollo de las contrataciones públicas electrónicas	1025
	1. Necesidad de contar con un marco normativo adecuado.....	1026
	2. Necesidad de contar con una infraestructura adecuada	1035
	3. Necesidad de un cambio organizacional y cultural	1038
IV.	La regulación de las contrataciones públicas electrónicas	1040
	1. Antecedentes normativos.....	1040
	2. Las principales normas vigentes en el orden nacional	1046
	2.1. La ley de Firma Digital.....	1046
	2.2. El Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional	1049
	3. Las regulaciones locales	1055
	3.1. La aplicación de las normas sustantivas de la ley de Firma Digital en las jurisdicciones locales	1055
	3.2. Estado actual de las reglamentaciones locales. El caso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires	1057
	4. Algunas consideraciones sobre los regímenes vigentes	1060
V.	Apuntes para el futuro	1063

CAPÍTULO NOVENO

ASPECTOS RELEVANTES DE LAS CONTRATACIONES ESTATALES CON FINANCIAMIENTO DE ORGANISMOS INTERNACIONALES DE CRÉDITO

Por Diego Calonje

I.	Introducción	1070
II.	Normas de contrataciones de OIC. Aplicación. Desplazamiento de la normativa local	1071
	1. Aplicación con sustento en la adhesión del país al Convenio Constitutivo del Organismo	1072

	Pág.
2. Aplicación en virtud de la jerarquía normativa de los Contratos de Préstamo por los que se implementan los proyectos.....	1074
3. Previsiones del régimen local de contrataciones al respecto ...	1080
III. Apartamiento de las normas de los organismos	1083
IV. Clasificación de las contrataciones	1084
V. Normas de los Bancos. Revisión aplicable	1084
VI. Breve distinción entre procedimientos de contratación de consultoría y de adquisición de bienes y obras	1087
VII. Contratación de Consultoría. Notas salientes del Sistema Basado en la Calidad y el Costo (SBCC)	1088
VIII. Aspectos destacables de la Contratación de Bienes y Obras.....	1094
1. Licitación Pública Internacional.....	1094
2. Evaluación y comparación de las ofertas. Oferta evaluada más baja	1095
3. Poscalificación.....	1098
4. Comparación de precios.....	1099
IX. Documentos estándar de contratación	1100
X. Confidencialidad en los procedimientos de contratación	1104
XI. Hacia una integración global y regional en materia de regulación de contrataciones estatales	1110

TÍTULO NOVENO

LAS CONTROVERSIAS EN MATERIA DE CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Por Pablo Oscar Gallegos Fedriani

I. Contratos administrativos.....	1115
II. Medidas cautelares.....	1119
III. Presunción de legitimidad y ejecutoriedad del acto administrativo..	1122
IV. La suspensión como medida cautelar decretada por la Administración.....	1122
V. Suspensión decretada por la Administración	1125

	Pág.
1. Primera hipótesis: razones de interés público.....	1126
2. Segunda hipótesis: graves perjuicios al interesado.....	1128
3. Tercera hipótesis: cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta	1129
VI. Jurisprudencia de la Procuración del Tesoro de la Nación	1129
VII. Aplicación subsidiaria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Requisitos de procedencia.....	1137
VIII. Conjugación de las normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y la ley 19.549	1139
IX. La previa solicitud de suspensión en sede administrativa	1141
X. Las medidas cautelares en sede judicial.....	1143
1. Medida precautelar.....	1143
2. Medida cautelar en la acción declarativa.....	1145
XI. Suspensión de obra pública.....	1145
XII. Situaciones de emergencia	1145
XIII. Medida cautelar autónoma.....	1146
XIV. La tutela anticipada y la medidas autosatisfactivas	1148
XV. Conclusión	1154

CAPÍTULO SEGUNDO

LOS ARBITRAJES INTERNACIONALES DE INVERSIÓN Y LOS CONTRATOS DE SERVICIOS PÚBLICOS AFECTADOS POR LA EMERGENCIA

Por Julio C. Durand

I. Introducción	1155
II. La privatización de los servicios públicos y la participación de los inversores internacionales.....	1157
III. Los contratos administrativos para la prestación de servicios públicos y las garantías en materia tarifaria	1158
IV. Los Tratados Bilaterales para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (TBI)	1159
V. La Convención de Washington y el CIADI.....	1165
VI. Mecanismos de solución de controversias previstos en los TBI: el arbitraje de inversión.....	1165
VII. Procedimiento de los arbitrajes internacionales en materia de inversión (CIADI)	1168
VIII. La emergencia declarada en 2002 y las disposiciones de la ley 25.561	1170

	Pág.
IX. Los arbitrajes iniciados por inversores extranjeros en el sector de servicios públicos en la Argentina.....	1173
X. La situación actual de los arbitrajes	1179
XI. La situación actual de los contratos	1182
XII. La cuestión del cumplimiento y ejecución de los laudos CIADI: un interrogante pendiente	1184
ÍNDICE GENERAL ACUMULATIVO	1197

TÍTULO SEXTO

LA EJECUCIÓN Y LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

SUMARIO

CAPÍTULO I	<i>La modificación (“ius variandi”) del contrato administrativo, por ROBERTO ENRIQUE LUQUI</i>	3
CAPÍTULO II	<i>La extinción del contrato administrativo: la rescisión por razones de ilegitimidad, por PATRICIO M.E. SAMMARTINO.....</i>	29
CAPÍTULO III	<i>La caducidad o rescisión unilateral del contrato administrativo por incumplimiento, por ARMANDO N. CANOSA.....</i>	61
CAPÍTULO IV	<i>Revocación por oportunidad, por CATALINA LEGARRE.....</i>	99
CAPÍTULO V	<i>La excepción de incumplimiento contractual en los contratos administrativos, por JULIO PABLO COMADIRA.....</i>	119
CAPÍTULO VI	<i>El rescate en los contratos administrativos, por MARÍA SUSANA VILLARRUEL.....</i>	141
CAPÍTULO VII	<i>La responsabilidad contractual del Estado, por PABLO E. PERRINO.....</i>	169
CAPÍTULO VIII	<i>La redeterminación de precios en el contrato administrativo, por PEDRO ABERASTURY.....</i>	205
CAPÍTULO IX	<i>La prescripción de las obligaciones nacidas de los contratos celebrados por la Administración Pública (con especial referencia a la salud pública en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), por FERNANDO E. JUAN LIMA</i>	233



CAPÍTULO SÉPTIMO

TARIFAS DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS

Por ESTELA B. SACRISTÁN⁽¹⁾

SUMARIO: I. Agradecimiento. Planteo. II. Presupuestos. Planteo. III. *Price Caps*. Fórmula. 1. Simpleza. 2. Sólo después. IV. Índice. 1. Finalidad. 2. Determinación. Redeterminación. 3. Periodicidad. Aplicación a la tarifa. 4. Aparentes ventajas para la firma. 5. Ausencia de participación. 6. Riesgo respectivo. 7. Fuente. 8. Naturaleza del índice. V. Factor de Eficiencia. 1. Finalidad. Aspectos constitucionales. 2. La ley económica de Liebenstein. 3. Determinación. Redeterminación. 4. Periodicidad. La cápsula. 5. Aplicación a la tarifa. 6. Ventajas para los usuarios. 7. Participación. 8. Riesgo respectivo. 9. Fuente. 10. Naturaleza política. 11. Naturaleza jurídica. 12. Naturaleza económica. 13. El misterio de la eficiencia inicial. 14. Aspectos formales y sustanciales en la redeterminación del factor X. 15. Revisiones anticipadas por ganancias excesivas. 16. Revisiones anticipadas por pérdidas excesivas. VI. Factor de Inversiones. 1. Finalidad. 2. Determinación. Redeterminación. 3. Periodicidad. 4. Aplicación a la tarifa. 5. Ventajas para los usuarios. Justicia intergeneracional. 6. Participación. 7. Riesgo respectivo. 8. Fuente. 9. Naturaleza política. 10. Naturaleza jurídica. 11. Naturaleza económica. 12. Experiencia comparada. 13. Diferencias con regímenes de inversiones “por fuera de la tarifa”. VII. *Timing* o periodicidad. 1. Una cápsula temporal y una vía de escape. 2. Efectos con relación al traslado de costos. 3. Periodicidad y traslación de costos. VIII. Los mitos en torno a los *Price-Caps*. 1. ¿Qué se reduce?. 2. Protección dual. 3. Aparente provisionalidad. IX. Caracteres esenciales. X. Síntesis. XI. Feasibilidad.

I. AGRADECIMIENTO. PLANTEO

Mis primeras palabras en este trabajo son de agradecimiento hacia el director de la presente obra, el profesor

(1) Doctora en Derecho (UBA). Especialista en Derecho Administrativo Económico (UCA). Premio “Corte Suprema de Justicia de la Nación” (1995). Becaria posdoctoral (UCA).

doctor Juan Carlos Cassagne, quien, con infinita confianza y generosidad, me ha invitado a participar en la misma, proponiéndome desarrollar un tema tan caro a mí, tan llano en lo estrictamente jurídico-regulatorio, más, en ocasiones, tan divorciado de la predictibilidad de la que pueden alardear ciertos ordenamientos jurídicos.

El tema en cuestión —tarifas de los servicios públicos—, así como su regulación son, de por sí, dos objetos de estudio llamativos. ¿Cómo podemos imaginar que los precios de ciertos servicios puedan hallarse tan reglados? ¿Cómo es que se puede obligar al particular contratista, al cerrarse el sinalagma contractual, a salirse, si se quiere, del mercado, para ingresar a los constreñimientos de un control máximo sobre los ingresos que tendrá? Es más, ¿cómo puede concebirse, en forma constitucionalmente válida, que un determinado negocio —inmerso en la libertad constitucional, en principio— quede atado a que se le reglen ingresos, egresos, y, en general, la rentabilidad? ¿Tan copernicano fue el cambio de paradigma de inicios del siglo XX como para que se pudiera justificar echar mano al control o regulación de aquello que más lejos de las normas y más cerca del mercado había —en los hechos— estado, en especial durante todo el siglo XIX, que es cuando aparecen en el mercado los servicios en red?

Las notas que siguen no intentan responder esas preguntas. Pero, viendo en las mismas una idea acerca del tenor de los planteos que ellas dejan al desnudo, y tomando por conocido el anclaje constitucional y regulatorio⁽²⁾ de las tarifas de los servicios públicos, estas líneas apuntan a un solo objetivo: describir aquel modo de regulación de las tarifas que más acabadamente torna realidad la protección de todos los intereses en juego en la prestación de un servicio público. Ese tenor descriptivo da lugar, hacia el final del presente trabajo,

(2) Remito a “Los servicios públicos en Argentina (Una mirada constitucional)”, en *Revista de Derecho Político*, UnED, Madrid, enero-agosto 2008, nros. 71-72, ps. 829/870.

a una breve evaluación sobre su feasibility, en especial en nuestro país.

II. PRESUPUESTOS. PLANTEO

Los dos principales modos de regulación de las tarifas son, por un lado, uno de origen estadounidense, denominado “tasa de rendimiento”, y otro británico, llamado “price-caps”. El primero se hizo su lugar en la literatura regulatoria, como un remedio de justicia para evitar la explotación de los usuarios en razón de ganancias —incluso monopólicas— desmedidas por parte del prestador. Asimismo, de cara a la firma, remedia los requerimientos de ingresos insatisfechos.

Ahora, existen múltiples objeciones a la regulación por tasa de rendimiento, que parecen confluír todos en los elevados costos regulatorios involucrados⁽³⁾, en la falta de periodicidad de los pedidos de ajuste, sea por la firma o por los usuarios, en la discrecionalidad con que se beneficia el regulador, y en la necesidad de moldeo jurisprudencial, con el consiguiente déficit de certidumbre regulatoria.

Esta situación condujo a que, en el ámbito británico, en ocasión de las privatizaciones de la década del ‘80, se adoptara un régimen diferente, más simple y transparente para los

(3) En igual sentido, BAILEY, STEPHEN J., *Public Sector Economics - Theory, Policy and Practice*, 2nd ed., Palgrave, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 2002, p. 359; BÖS, DIETER, *Pricing and Price Regulation - An Economic Theory for Public Enterprises and Public Utilities*, Elsevier, Amsterdam, 1994, p. 278; NEWBERRY, DAVID M., *Privatization, Restructuring and Regulation of Network Utilities*, The MIT Press, Cambridge, Mass. y Londres, England, 2001, p. 38; OGUS, ANTHONY, *Regulation - Legal Form and Economic Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1996, ps. 297/299; VICKERS, JOHN - YARROW, GEORGE, *Privatization - An Economic Analysis*, The MIT Press, Londres, 1997, ps. 82/101; MCKERRON, GORDON - BOIRA SEGARRA, ISABEL, “Regulation”, en SURREY, JOHN (ed.), *The British Electricity Experiment*, Earthscan, Londres, 1996, p. 101; BALDWIN, ROBERT - CAVE, MARTIN, *Understanding Regulation - Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 225; REES, RAY - VICKERS, JOHN, “RPI-X Price-cap Regulation”, en BISHOP, MATTHEW - KAY, JOHN - MAYER, COLIN (eds.), *The Regulatory Challenge*, Oxford University Press, Oxford, 1996, ps. 358/385, esp. ps. 369 y ss.

usuarios, en lo que hace a las tarifas de los servicios que se privatizaban: el de *price-caps*. Y tal adopción fue replicada en las privatizaciones de Argentina de los '90s (como se verá *infra*), además de haber tenido acogida en Estados Unidos⁽⁴⁾.

Los *price-caps* reposan sobre una filosofía regulatoria que puede sintetizarse en la noción de libertad de la empresa, y que se opone al rol paternalista del Estado: toda empresa tiende a obtener ganancias⁽⁵⁾ y cuanto más eficiente sea, más ganancias obtendrá, y las mismas integrarán su derecho de propiedad; al mismo tiempo, si la empresa en cuestión presta lo que se califica como servicio público, debe controlarse la tarifa que perciba, en especial si lo presta bajo condiciones de monopolio, para proteger a los usuarios⁽⁶⁾. Esencialmente, deben controlarse los eventuales aumentos de esa tarifa pues a ellos deben hacer frente los usuarios⁽⁷⁾.

De lo dicho puede inferirse que el fundamento último sobre el cual reposa este modo de regulación es la noción de eficiencia, y tal noción guarda crucial relevancia en nuestro país a poco que se advierte que la ley 23.696 oportunamente consagró el principio de "eficiente prestación" del servicio a privatizar⁽⁸⁾, y que la Constitución reformada en 1994 alude, en su art. 42, a la eficiencia de los servicios públicos⁽⁹⁾.

(4) Ampliar en BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, Ábaco, Buenos Aires, 1998, t. I, p. 347, n. 297.

(5) En igual sentido, SARMIENTO GARCÍA, JORGE, *Los principios en el Derecho administrativo*, Diké Foro de Cuyo, Mendoza, 2000, esp. p. 99: "el trabajo empresario es una fuente de riqueza en la sociedad actual".

(6) Ampliar en SOLA, JUAN VICENTE, *Constitución y economía*, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 728.

(7) OGUS, *Regulation...* cit., p. 311.

(8) Art. 15, inc. 7, ley 23.696.

(9) "Las autoridades proveerán... al control de... [la] eficiencia de los servicios públicos", art. 42, CN Sobre esta cláusula, ampliar en MURATORIO, JORGE, "La regulación constitucional de los servicios públicos en la reforma de 1994", en CASSAGNE, JUAN CARLOS (Director), *Estudios sobre la reforma constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1995, ps. 97/142, esp. ps. 134 y ss.

III. PRICE CAPS. FÓRMULA

El sistema de regulación de tarifas por medio de *price-caps* involucra el establecimiento, por el regulador, de un precio máximo que podrá percibir la empresa como retribución durante cierto período; bajo esta perspectiva, la empresa se halla estimulada a mantener sus costos bajos para obtener ganancias cobrando el precio máximo establecido⁽¹⁰⁾. Empero, este modo de regulación no sólo controla el precio en sí, sino que —más importante aún— controla el modo en que se lo ajustará a lo largo del tiempo⁽¹¹⁾, y ello es relevante pues son los usuarios los que debe hacer frente a esos ajustes. Por ello se dice que el *price-capping* controla el “modo” en que se reajusta el precio máximo.

Las tarifas reguladas bajo ese sistema ponen en juego un índice y un factor, y en ello hay unanimidad⁽¹²⁾. Así, el ajus-

(10) FLEMMING, JOHN (Chairman), *The Report of the Commission on the Regulation of Privatised Utilities*, European Policy Forum, The Hansard Society, Londres, 1996, p. 35; BAILEY, *Public Sector Economics...* cit., p. 360; NEWBERY, *Privatization...* cit., p. 51; OGUS, *Regulation...* cit., ps. 312/313; VICKERS ET AL., *Privatization...* cit., p. 214; ARMSTRONG, MARK - COWAN, SIMON - VICKERS, JOHN, *Regulatory Reform - Economic Analysis and British Experience*, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1999, p. 167; MCKERRON ET AL., “Regulation” cit., p. 101; BALDWIN ET AL., *Understanding...* cit., p. 228; HURL, BRYAN, *Privatization and the Public Sector*, 3a ed., Heinemann, Oxford, 1995, p. 60; entre otros. Asimismo, puede verse LORENTI, PEDRO M., “Aproximación al régimen jurídico del sector eléctrico en la República Argentina y a sus fuentes en el Derecho comparado”, en RAP, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1997, N° 227, ps. 83 y ss., esp. p. 90.

(11) OGUS, *Regulation...* cit., p. 311.

(12) Véanse NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Paying the Price - A Consumer View of Water, Gas, Electricity and Telephone Regulation*, H.M.S.O., Londres, 1993, ps. 157 y ss.; FLEMMING, JOHN (Chairman), *The Report of the Commission on the Regulation of Privatised Utilities*, European Policy Forum, The Hansard Society, Londres, 1996, p. 35; BÖS, *Pricing...* cit., ps. 278 y ss.; REES ET AL., “RPI-X...” cit., ps. 375/376; HEALEY, NIGEL - COOK, MARK, *Supply Side Economics*, 3rd ed., Heinemann, Oxford, 1996, p. 70; HURL, BRYAN, *Privatization and the Public Sector*, 3rd ed., Heinemann, Oxford, 1995, p. 60; HOLTZLEITNER, CHRISTIAN, *Recipes for Monopoly Regulation*, Peter Lang - Europäischer Verlag der Wissenschaften, Frankfurt am Main, 2000, p. 18; GRAHAM, COSMO, *Regulating Public Utilities - A Constitutional Approach*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 153 y ss; ARMSTRONG, MARK, COWAN, SIMON Y VICKERS, JOHN, *Regulatory Reform - Eco-*

te de la tarifa estará limitado a un “índice”, “menos” un X% o “factor de eficiencia”. Ello se representa mediante la difundida fórmula RPI - X, donde RPI es el índice (*retail price index* o RPI; *producer price index* o PPI; *consumer price index* o CPI; etc.), y donde el X es el factor de eficiencia.

De tal modo, una tarifa nueva (T_n), será igual a la tarifa anterior (T_v) ajustada por RPI-X. Así se tendrá $T_n = T_v (RPI - X)$.

En su caso, si se previere un factor de inversiones, la fórmula aplicable será RPI - X + K, donde K es el factor de inversiones (lo relativo a dicho factor de inversiones⁽¹³⁾ es diferido a la sección 6, *infra*). Y ello dará el consecuente $T_n = T_v (RPI - X + K)$.

1. Simpleza

Como puede verse, se trata de un regulación harto simple. La tarifa anterior o tarifa a reajustar es conocida, y la nueva tarifa surge de aplicar un índice públicamente conocido, un factor de eficiencia que determina el regulador con participación de los usuarios y, en su caso, un factor de inversiones que determina el regulador también con participación de los usuarios y que la empresa cobra cuando se pone a operar la inversión.

2. Sólo después

También se advierte, a partir de la fórmula, que la firma no percibirá una tarifa ajustada automáticamente según el índice

nomic Analysis and British Experience, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1999, ps. 175 y ss.; BALDWIN ET AL., *Understanding...* cit., ps. 226 y ss.; NEWBERY, *Privatization...* cit., ps. 51 y ss.; BAILEY, *Public Sector Economics...* cit., ps. 362 y ss.; OGUS, *Regulation...* cit., ps. 310 y ss.; GLYN, DERMOT, “Price-caps in Practice: A Review of MMC Verdicts”, en VASS, PETER (ed.), *Price-caps and profit Sharing-A Policy Review*, Centre for the Study of Regulated Industries, Londres, 1996, ps. 43/79, esp. p. 54; entre muchos otros.

(13) Mientras el factor X se “resta”, en la determinación del *price-cap*, el factor K se “suma”, siendo este factor el que premia las inversiones efectuadas por la empresa y el que posibilita que no caiga la tasa interna de retorno, conf. BIANCHI, *La regulación...*, cit., ps. 347 y ss.

pues el ajuste no se funda sólo en la aplicación del mismo, sino en “el índice menos X”. Es por eso que la regulación de la tarifa por *price-caps* indica en cuánto deben disminuir las tarifas *después* de que se efectúe el ajuste por el índice.

IV. ÍNDICE

El índice explícito en la fórmula representa cambios incontrolables por la firma: variaciones de los precios de los bienes y servicios que el privatizador tuvo en cuenta para la fijación del cuadro tarifario inicial al momento de la privatización, en conocimiento de los cuales se ofertara.

1. Finalidad

Las posteriores variaciones deben transmitirse o aplicarse a la tarifa de conformidad con el marco regulatorio pues, caso contrario, se obligaría a la firma a hacer frente a fenómenos a ella extraños o exógenos. Por ende, su aplicación tiene por finalidad resguardar el reparto de riesgos establecido en el marco regulatorio, plasmado, a su vez, en el respectivo contrato.

2. Determinación. Redeterminación

El índice no requiere determinación, pues al tornarse público una vez elaborado por el organismo competente, basta su consulta a efectos de conocer su valor. Por ello se lo aplica, como reajuste de la tarifa, automáticamente, bastando que se haya asegurado, previa o concomitantemente, la publicidad del mismo⁽¹⁴⁾. Lo mismo aplica a las redeterminaciones de dicho índice.

(14) Arg. art. 52, inc. r), ley 24.076.

3. Periodicidad. Aplicación a la tarifa

La transmisión o aplicación del índice a la tarifa, por lo general, se efectúa en forma semestral o incluso trimestral según la periodicidad fijada en el marco regulatorio⁽¹⁵⁾. Esa aplicación es automática bajo el marco regulatorio y el contrato.

En los principales marcos regulatorios argentinos, se previó la aplicación, a la tarifa, de índices correspondientes a economías estabilizadas (*producer price index* para el transporte y distribución de gas; *consumer price index* para el servicio telefónico; ambos de los Estados Unidos; entre otros supuestos; decs. 2255/1992 y 2585/1991, respectivamente), a ser aplicados tanto en tiempos de inflación como de deflación⁽¹⁶⁾. En cuanto a las relaciones entre estos índices y la Ley de Convertibilidad, se vuelve sobre ello, *infra*.

4. Aparentes ventajas para la firma

Mediante la aplicación del índice para ajustar las tarifas se logra mantener a éstas a tono con las variaciones de costos. Empero, no todo es ventaja para la empresa pues se las mantiene a tono con esas variaciones en forma parcial: el índice siempre opera en conjunción con el factor X, que en la fórmula se resta.

5. Ausencia de participación

La aplicación del índice identificado en el respectivo marco regulatorio, con la periodicidad que dicho marco regulatorio fija, conlleva una operación aritmética de ajuste; es por ello que tal procedimiento no depara la participación de los usuarios pues una operación aritmética no es plebiscitable.

(15) Así, por ej., en las condiciones de la licencia de transporte y distribución de gas, dec. 2255/1992.

(16) En este sentido, PITRAU, OSVALDO, "La transformación regulatoria", en AAVV, *La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas*, Asociación de Abogados de la Industria del Gas, Buenos Aires, 2001, ps. 40 y ss., esp. ps. 42/43: "[N]o se puede utilizar el argumento circunstancial, una norma es válida siempre, no cuando las circunstancias así lo requieren o cuando a mi me conviene".

6. Riesgo respectivo

Como se adelantara, el riesgo derivado de la aplicación de los ajustes por variaciones de precios, de los bienes y servicios tomados en cuenta para fijar el cuadro tarifario inicial, se traslada a quienes sufragan la tarifa pues esas variaciones son exógenas, extrañas a la firma, ajenas a su control, por lo que no podría ésta hacerse cargo de los consecuentes costos.

7. Fuente

En el sector británico, la aplicación del índice no posee status legislativo sino convencional. En cambio, en Argentina, sí tiene linaje legislativo y, además, convencional, mas su aplicación se halla suspendida por la ley 25.561.

8. Naturaleza del índice

El índice acordado es de aplicación automática, por lo que no es jurídicamente necesario un acto de aprobación, bastando la mera verificación *ex post* por el regulador de la adecuación matemática del cálculo de ajuste.

En cuanto al índice mismo, se vincula con reflejar datos de la realidad económica circundante, positivizados por el organismo competente para determinarlo. De allí que pueda concebirse como el reflejo de ciertos hechos económicos —v.gr., las variaciones en los precios— en tanto volcados en un guarismo. Con respecto al acto por el cual se materializa ese guarismo, dándosele a conocer a la población, tanto en el caso de que se lo considere acto de alcance general como en el caso de que se lo tenga directamente por reglamento, deberán cumplirse, respecto de él, los recaudos legislativamente previstos, en especial, el art. 7º, inc. e), LPA, con severo énfasis en la expresión de las circunstancias de hecho y de derecho que lo fundan⁽¹⁷⁾.

(17) Ampliar en nuestro “Defensa del valor de la moneda vs. derechos de propiedad (A propósito de la indexación)”, en LA LEY, 2011-E, 1079 a 1090.

V. FACTOR DE EFICIENCIA

Puede recordarse que el índice, contenido en la fórmula, no se aplica derechamente para mantener la tarifa a juego con las variaciones de los precios de los bienes y servicios. Antes bien, de ese índice se rest. X. Ese X o factor X u objetivo de eficiencia es, al igual que el índice, un porcentaje. De tal modo, una hipótesis práctica sería: dado un índice del 0.5%, y un objetivo de eficiencia del 0.2%, la nueva tarifa será igual a la tarifa anterior, reajustada en un 0.3%, diferencia entre 0.5% y 0.2%. Ello significa que no se opera un ajuste automático en términos reales del 0.5%, sino que se opera un ajuste en algo menos: el 0.3%⁽¹⁸⁾.

1. Finalidad. Aspectos constitucionales

El factor X u objetivo de eficiencia apunta a que, a la firma, la mayor o menor eficiencia no le resulte neutra. Ello, para beneficio de ella misma, y de los usuarios.

Eficiencia, en el lenguaje natural, implica comparar medios y fines; se intuye que un medio es eficiente cuando sirve para alcanzar un fin determinado, al menor costo. Esta conceptualización puede aplicarse a la eficiencia productiva tal que, con la menor cantidad posible de recursos —*input*— se obtenga una determinada cantidad de producto o *output*; en general, se enseña que la eficiencia de una operación económica reside en que, pudiéndose obtener un mismo producto con distintos procedimientos, se escoge aquel que importa el menor costo⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾.

(18) Ver GRAHAM, COSMO, "La regulación de las industrias privatizadas", 12a. Conferencia en el *Primer Seminario internacional sobre aspectos legales de la privatización y la desregulación*, 9 al 11 de agosto de 1989, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1989, p. 164.

(19) Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *Laregulación de la competencia y de los servicios públicos - Teoría y experiencia argentina reciente*, Buenos Aires, 1999, p. 48 y p. 66, nota I; BEKER, VÍCTOR - MOCHÓN, FRANCISCO, *Economía*, 1ª ed. en español, McGraw Hill, Madrid, 1994, p. 64; SAMUELSON, PAUL A. - NORDHAUS, WILLIAM D., *Economics*, 15th ed., Mc Graw Hill, New York, 1995, p. 31; VALSECCHI, FRANCISCO, *¿Qué es la economía?*, 20a. ed., Macchi, Buenos Aires, 1996, p. 20.

(20) Por cierto, no se puede confundir la noción de eficiencia con la de eficacia; ampliar en GAMBIER, BELTRÁN, "El principio de igualdad en la licitación

Cuando media gestión estatal del servicio público⁽²¹⁾, siempre aparece el fantasma de la ineficiencia⁽²²⁾, reflejado en las tarifas que sufragan los usuarios⁽²³⁾. Así es que, como se privatiza⁽²⁴⁾ para, entre otras finalidades, superar esas ineficiencias⁽²⁵⁾, se incluye, en el marco regulatorio, en el capítulo tarifario, un objetivo de eficiencia que debe cumplir la firma⁽²⁶⁾.

pública y la potestad modificatoria en los contratos administrativos”, en *ReDA*, Depalma, Buenos Aires, 1995, nros. 19/20, ps. 441 y ss., esp. ps. 453 y ss.; MURATORIO, JORGE I., *La regulación...*, cit., p. 135; nuestro “Eficiencia y tarifas...” cit., ps. 173/202; para el específico campo de la eficiencia en los servicios públicos en sentido amplio, antes de las privatizaciones, GUARESTI, JUAN J. (h.), “La eficiencia en los servicios públicos”, en *LA LEY*, 79, 859 y ss.

(21) Acerca de los diversos modos de gestión de los servicios públicos, véase CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho...*, cit., t. II, ps. 308/311 (en general) y ps. 372/376 (prestación privada).

(22) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho...*, cit., t. II, p. 365, donde alude a una “pérdida de eficiencia”; GORDILLO, AGUSTÍN, *Participation in Latin America*, Vantage Press, New York, 1982, p. 16; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, 8va. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. VII-21, donde señala que cuando el Estado presta un servicio “su tendencia no es autoregularse ni autolimitarse”; BARRA, RODOLFO C., “*Reforma del Estado*”, en *EnciclopediaJurídica Omeba*, Separata del Apéndice VII, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1995, p. 3; RODRÍGUEZ CHIRILLO, EDUARDO J., *Privatización de la empresa pública y postprivatización*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 79 y n. 82; NALLAR, DANIEL M., *El Estado regulador y el nuevo mercado del servicio público - AnálisisJurídico sobre la privatización, la regulación y los entes reguladores*, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 9. Ampliar en FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS, *La regulación...* cit., p. 48 y en VICKERS, JOHN, voz “*Privatization*”, en NEWMAN, PETER (ed.), *The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law*, Macmillan, Londres, 1998, vol. 3, ps. 122 y ss., esp. p. 123.

(23) Tal cuestión ha sido minuciosamente estudiada por BÖS, *Pricing...* cit., ps. 14 y ss.

(24) Sobre las condiciones de prestación privada, ampliar en CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho...*, cit., t. II, ps. 292 y 309; COMADIRA, JULIO R., “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. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2da. ed. act. y ampl., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 637/672, esp. p. 639.

(25) Acerca de este cambio de paradigma, véase GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la nación argentina - Comentada y concordada*, 3ra. ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 475.

(26) Este es, a título de ejemplo, el caso del transporte y distribución del gas; véase ley 24.076, arts. 39 y 41.

A su vez, la noción de eficiencia, en el marco de los servicios públicos, ha adquirido *status* constitucional luego de la reforma de 1994 ya que el art. 42, CN, prevé que las autoridades proveerán al control de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, elementos, ambos, que operan simultáneamente pues no se puede concebir calidad que cause ineficiencia, ni eficiencia que ignore la calidad. Por ello, considerando los monopolios naturales de existencia necesaria y justificada en pos de la defensa del usuario y los monopolios legales o exclusividades temporales dispuestos por vía contractual, e incorporada de lleno la eficiencia como objetivo explícito o implícito en diversos marcos regulatorios, la máxima constitucional viene a reafirmar la decisión de colocar, en cabeza del prestador, el riesgo por la obtención del mentado objetivo de eficiencia constitucionalmente reconocido, y, a favor de los usuarios, la protección ante la ineficiencia.

2. La ley económica de Liebenstein

Incorporado, entonces, el factor de eficiencia a los marcos regulatorios y admitida ésta en la Norma Fundamental, cabe preguntarse qué se entiende por eficiencia, término de aristas difusas⁽²⁷⁾.

La eficiencia corporizada en el factor X se vincula a una ley económica, denominada Ley de Liebenstein⁽²⁸⁾. Esta ley hace a que, sin importar cuán adecuadamente haya sido diseñada una organización —pública o privada— inicialmente, la misma tenderá inevitablemente, a la ineficiencia⁽²⁹⁾, que el au-

(27) Ampliar en BUDASSI, IVÁN F., “Licencias y concesiones - Un estudio comparativo entre los sistemas del Reino Unido y la Argentina”, en *ReDA*, Depalma, Buenos Aires, 1997, N° 24/26, ps. 227 y ss., esp. p. 253; y en Instituto de Economía Energética Asociado a Fundación Bariloche, *Los nuevos marcos regulatorios en el sector energético argentino*, San Carlos de Bariloche, Mayo 1993, ps. 8 y ss.

(28) Dicha ley surge de LIEBENSTEIN, HARVEY, “Allocative Efficiency versus X-Efficiency”, en *American Economic Review*, vol LVI, N° 3, junio 1966, ps. 392 y ss.

(29) LIEBENSTEIN, “Allocative Efficiency...”, cit., ps. 413: “*For a variety of reasons people and organizations normally work neither as hard nor as effectively as they could*”.

tor denomina “ineficiencia X”. Esta ineficiencia X, operada en una firma privada, se soluciona mediante la actuación de los dueños de la firma. Y como la propiedad de la empresa pública se halla diluida entre todo el universo contribuyente⁽³⁰⁾, esa ineficiencia X, operada en el ámbito estatal, resulta de difícil corrección.

Además, según Liebenstein, existen dos clases de eficiencia que corren por distintos derroteros: la eficiencia asignativa y la eficiencia X⁽³¹⁾. La primera no es definida por el autor, pero es claro que alude a la asignación de medios de producción. La segunda posee un fuerte componente de motivación. 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. Dichas empresas se hallarían beneficiadas por precios fijados sobre la base de los costos tal que éstos siempre se hallan cubiertos. Así, en ambos casos, se genera una ineficiencia X⁽³²⁾. La distinción señalada posee relevancia jurídica por dos razones: por un lado, las dos clases de eficiencia apuntadas generan movimientos disímiles (una empresa puede tener una óptima asignación de recursos y elevados costos derivados de contratos laborales incompletos⁽³³⁾); además, el aumento de los ingresos por mediar una mejor eficiencia asignativa resulta trivial comparado con el aumento derivado de una mayor eficiencia X⁽³⁴⁾.

La doctrina especializada entiende que la eficiencia asignativa consiste en hacer uso de los medios de producción me-

(30) Véase DONAHUE, JOHN D., *The Privatization Decision - Public Ends, Private Means*, Harper Collins, s/l, 1989, esp. p. 50.

(31) LIEBENSTEIN, “Allocative Efficiency...”, cit., ps. 399 y 413.

(32) He aquí la elíptica crítica al modo de regulación por tasa de rendimiento. Ampliar en WEYMAN-JONES, THOMAS G., “Regulating the Privatized Electricity Utilities in the UK”, en CLARKE, THOMAS - PITELIS, CHRISTOS (eds.), *The Political Economy of Privatization*, Routledge, Londres, 1993, ps. 98 y ss.

(33) El ejemplo es de LIEBENSTEIN, “Allocative Efficiency...”, cit., p. 407. Acerca de esta clase de contratos, véase MATA, ISMAEL, “Panorama del control sobre los entes reguladores”, en *EDA 2000/2001*, ps. 610/624, esp. sección III.

(34) LIEBENSTEIN, “Allocative Efficiency...”, cit., p. 413, quien menciona, para la primera, un aumento del 0 al 10%, y uno superior al 10% para la segunda.

nos costosos⁽³⁵⁾. Por otro lado, la eficiencia técnica consiste en que la organización no produzca más *outputs* que los *inputs* que haya adoptado, y, así delineada, se emparentaría con lo que se conoce como eficiencia de producción o eficiencia productiva⁽³⁶⁾, que tiende a la minimización de costos en la producción. Tanto en el caso de la eficiencia asignativa como en el de la eficiencia productiva, se puede reducir el factor de ineficiencia X si se permite que la organización, de alguna manera, aproveche las mayores ganancias derivadas de ser más eficiente. En tal postura, esas mayores ganancias, al integrar el derecho de propiedad de la firma, constituirán suficiente estímulo a la reducción de costos⁽³⁷⁾.

Las razones expuestas avalan la inclusión del factor de eficiencia en la fórmula pues neutraliza los efectos negativos de

(35) SOLA, *Constitución y economía...* cit., p. 728; SAMUELSON ET AL., *Economics*, cit., p. 264; ARMSTRONG, MARK - COWAN, SIMON - VICKERS, JOHN, *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1999, p. 13; WEYMAN-JONES, "Regulating...", cit., ps. 98 y ss.; Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación...* cit., ps. 48 y 66, n. 1. Esta clase de eficiencia se relacionaría con que los precios de los bienes y factores reflejen su verdadera escasez, en el sentido de que el precio sea igual al costo marginal.

(36) SAMUELSON ET AL., *Economics*, cit., p. 264; ARMSTRONG ET AL., *Regulatory...*, cit., p. 13; Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación...* cit., ps. 48 y 66, n. 1.

(37) También conoce el pensamiento económico los conceptos de eficiencia estática y eficiencia dinámica; véanse ROWTHORN, BOB y CHANG, HA-JOON, "Public Ownership and the Theory of the State", en CLARKE, THOMAS - PITELIS, CHRISTOS (eds.), *The Political Economy of Privatization*, Routledge, Londres, 1993, ps. 60 y ss.; COOTER, ROBERT - ULEN, THOMAS, *Law and Economics*, Harper Collins Publishers, 1988, p. 17; BALDWIN ET AL., *Understanding...* cit., p. 81. La primera, apunta a si se alienta el proceso deseado y la innovación del producto y a si el sistema produce respuestas flexibles ante los cambios en la demanda; conf. BALDWIN ET AL., *Understanding...* cit., p. 81. A su vez, la eficiencia estática apunta al buen empleo de los medios existentes; conf. ROWTHORN ET AL., "Public Ownership...", cit., p. 61, quienes citan el caso de la ineficiencia generada por el mal empleo de ciertos subsidios —*open-ended subsidies*— por parte de las empresas estatales. Finalmente, existe el concepto de eficiencia "interna", que consiste en un esfuerzo óptimo dado un *output* o producto, que cabe diferenciar del concepto de eficiencia asignativa ya mencionado, que puede ser considerada un *output* o producto óptimo dado un esfuerzo; conf. VICKERS ET AL., *Privatization...* cit., p. 100, y su cita.

las ineficiencias para los usuarios: su no inclusión como incentivo⁽³⁸⁾depararía que los ajustes sólo se efectuaran según el índice, con resultados disvaliosos para los usuarios, perjudicados por la ineficiencia de la firma. Es por ello que se dice que esta clase de regulación se corresponde con la implementación de mecanismos que, ante un mercado monopólico por razones legales o naturales, recrean características propias de los mercados competitivos.

De tal modo, la firma no percibirá la tarifa reajustada mecánicamente por el índice, percibiendo algo menos de lo esperado⁽³⁹⁾: esa diferencia en menos es el esfuerzo en eficiencia X que deberá desplegar para, reduciendo costos, obtener ganancias⁽⁴⁰⁾. De este modo, puede afirmarse que, teóricamente, si la empresa ahorra en costos y se comporta más eficientemente de lo que estableció el regulador, sus ganancias aumentarán, llegando incluso a ser mayores a las esperadas; por el contrario, si se comporta menos eficientemente, sus ganancias se reducirán. El tratamiento de esos ahorros derivados de la eficiencia son analizados más adelante. Ciertamente, las ganancias derivadas de esos ahorros no podrán ser tan elevadas como para hacer peligrar la calidad del servicio⁽⁴¹⁾.

(38) En este sentido, WEYMAN-JONES, "Regulating...", cit., p. 102; BERNSTEIN, JEFFREY I - SAPPINGTON, DAVID E., "Setting the X-Factor in Price-Cap Regulation Plans", en *Journal of Regulatory Economics*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999, vol. 16, ps. 5/25, esp. p. 7.

(39) GOULDING, A. J. - FRAYER, JULIA - WALLER, JEFFREY, "X Marks the Spot: How U.K. Utilities have Fared under Performance-Based Ratemaking", en *Public Utilities Fortnightly*, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia, July 15, 2001, ps. 28 y ss., esp. p. 32.

(40) En el Reino Unido, al igual que en Argentina, existen, bajo el sistema de *price-cap*, pluralidad de fórmulas algebraicas, según de qué servicio se trate, empleándose, además del factor X , otros factores. Ampliar en NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Paying the Price - A Consumer View of Water, Gas, Electricity and Telephone Regulation*, H.M.S.O., Londres, 1993, ps. 157 y ss., y en nuestros propios marcos regulatorios..

(41) Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación...* cit., p. 415; DEVOTO, ALBERTO E., "Regulación y control del servicio de electricidad en Argentina", en BARRIONUEVO, ARTHUR y LAHERA, EUGENIO P.

3. Determinación. Redeterminación

La determinación del factor X se efectúa *ex ante*, a tenor de los marcos regulatorios.

El factor X para el primer período o factor X inicial puede o no ser igual a cero, según lo decida el privatizador. En las diversas privatizaciones inglesas se emplearon factores X iniciales que iban de cero a 3 (3 para BT, período 1984-1989; 2 para British Gas, período 1987-1992; 1 para los aeropuertos, período 1987-1992; 0 para el transporte de energía eléctrica, período 1990-1993)⁽⁴²⁾.

En Argentina, el factor X inicial para el transporte y distribución de gas fue fijado, para el primer quinquenio, en cero⁽⁴³⁾; el de Transener, para el primer período tarifario, quinquenal, en cero⁽⁴⁴⁾. En el pliego de la privatización de Entel se previó una reducción de cero durante los dos primeros años (de transición)⁽⁴⁵⁾, del 2% anual durante el período de exclusividad de cinco años (como requisito para acceder a la prórroga de la misma)⁽⁴⁶⁾, y para esa prórroga de tres años se estableció una reducción del 4% anual⁽⁴⁷⁾.

Posteriormente, el factor X es redeterminado, *ex ante*, para regir durante el siguiente período, redeterminaciones que se efectúan durante el último año del período en curso cuando se está ante quinquenios, o durante la segunda mitad del año cuando son anuales, entre otros supuestos.

(editores), *¿Qué hay de nuevo en las regulaciones?*, Eudeba - CLAD, Buenos Aires, 1998, p. 77.

(42) ARMSTRONG ET AL., *Regulatory...*, cit., ps. 176 y ss.

(43) Dec. 2255/1992, num. 9.4.1.4.

(44) Arg. art. 8º, contrato de Transener, para los rubros conexión y capacidad de transporte.

(45) Arg. dec. 62/1990, num. 12.3.

(46) Dec. 62/1990, num. 12.4.1.

(47) Dec. 62/1990, num. 12.5.1.

4. Periodicidad. La cápsula

La mentada periodicidad puede abarcar períodos de 5 años cuando se fija una periodicidad quinquenal. Por ende, en una licencia de 35 años⁽⁴⁸⁾, el factor inicial será redeterminado 6 veces. Esa periodicidad se erige en factor exógeno⁽⁴⁹⁾, de cumplimiento irreversible. A su vez, cuando la licencia fuere por tiempo indeterminado —el caso de las licencias telefónicas en Argentina, enderezadas a entrar en la competencia— y alcanzada la etapa a partir de la cual las revisiones son anuales, será también indeterminado el número de revisiones periódicas.

Por fuera de la mentada “cápsula” de periodicidad quedan los ajustes por circunstancias objetivas y justificadas⁽⁵⁰⁾ y los traslados de costos previstos en la ley⁽⁵¹⁾.

De allí que toda decisión —en especial, judicial— que se adopte intra-período es inadecuada de cara a la prudencia, y, a todo evento, de ser adoptada, su ejecución debería quedar diferida para el momento de llevarse adelante el procedimiento de revisión periódica.

5. Aplicación a la tarifa

En lo que hace al factor de eficiencia, su aplicación, en principio, debería concretarse a lo largo del período temporal —por ej., el quinquenio— que comprende el período. La experiencia argentina en la materia es diversa: en algunos casos, la aplicación de ese factor operó, por preferencia política, en oportunidad de la primera facturación posterior al comienzo del segundo período⁽⁵²⁾.

(48) Tal el supuesto del art. 5º, ley 24.076.

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

(50) Art. 46, leyes 24.065 y 24.076.

(51) Por ej., bajo la cláusula de estabilidad fiscal.

(52) Véase, por ej., Res. Enargas 466/1997, Anexo II, num. 1: “El factor X se aplicara según lo dispuesto por el punto 9.4.1.4. de las RBL de Transporte, como

6. Ventajas para los usuarios

Al estimularse o presionarse así la tarifa, tal que después de reconocerse el índice se exija eficiencia, se genera una ventaja para los usuarios: dado un período, la empresa, con un *input* controlado pues se controla el precio que percibe, tiene que aumentar sus ingresos genuinamente, expandiendo su *output*, siempre bajo el precio máximo previamente fijado, creando una asignación de recursos próxima a la ideal⁽⁵³⁾, o bien, a fin de salvaguardar sus ingresos, debe reducir costos, a condiciones de calidad dada, para poder tener ganancias. Es por ello que se sostiene que el factor X es un moderador de los ajustes derivados de la aplicación del índice con el objeto de inducir una mayor eficiencia —que beneficia a los usuarios— en la prestación del servicio⁽⁵⁴⁾.

7. Participación

La determinación —o redeterminación— del objetivo de eficiencia se efectúa con participación de los usuarios⁽⁵⁵⁾.

En el plano de la legitimidad democrática que la participación provee, esa legitimidad, para los terceros interesados, v.gr., los usuarios, surge en razón del origen: el factor de eficiencia para el primer período se hallará fijado en un pliego aprobado, en el marco de la ley que habilita la respectiva privatización, por acto emanado de quien ha sido elegido democráticamente.

El factor X, redeterminado, es el fruto de un procedimiento en sede regulatoria que se hallará precedido de una etapa parti-

un porcentaje de reducción de las tarifas de todos los servicios de transporte disponibles, de una sola vez al inicio del quinquenio 1998-2002 y tendrá valor nulo en la fórmula respectiva para los sucesivos semestres”.

(53) WEYMAN-JONES, *Regulating...*, cit., p. 103.

(54) Así, en el sector del transporte y distribución de gas, art. 41, inc. 2, dec. 1738/1992.

(55) Véanse, en especial, leyes 24.065 y 24.076.

cipativa y así lo establece la normativa⁽⁵⁶⁾, por ejemplo, el marco regulatorio del transporte y distribución de gas⁽⁵⁷⁾.

De esta manera, se advertiría una nota de convencionalidad política abarcativa de las relaciones entre el concedente y la firma y, además, de las relaciones entre ésta y los usuarios, que pueden participar. Esta convencionalidad a lograr en sede regulatoria reducirá costos de transacción y eventuales impugnaciones, característica en la cual, en el marco regulatorio aludido, la legislación argentina vino a receptar el aspecto más sano —mas tal vez, más farragoso— del *rulemaking* y, específicamente, del *ratemaking* norteamericano⁽⁵⁸⁾, que, asimismo, fue consagrado en los marcos regulatorios británicos.

(56) El criterio de normativa previa específica que prevé la participación se halla aplicado en CNACAF, Sala de FERIA, causa 35.424/00, “Defensor del Pueblo de la Nación c/ PEN —M° de Economía— Res. 1006/2000 —M° I y V— Res. 17/2000 s/Amparo Ley 16986”, del 5/1/2001.

En similar sentido, CNACAF, Sala III, causa 29.034/2001, “Distribuidora de Gas Cuyana”, del 30/10/2003. Similar solución se adopta en *United States v. Florida East Coast Railway*, 410 U.S. 224 (1973).

En forma concordante, se ha afirmado que “en ninguna parte del art. 42 de la CN se menciona, ni siquiera en forma implícita, el derecho de participación pública de los ciudadanos”; conf. CASSAGNE, JUAN CARLOS, (SACRISTAN, ESTELA B., colab.), *El contrato administrativo*, 2da. ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 258.

Empero, existen sólidas posturas contrarias, que no pueden soslayarse: CNACAF, Sala IV, “Youssefian, Martín c. Sec. de Comunicaciones”, del 23/7/1998, *LA LEY*, 1998-D, p. 710; voto del Dr. LICHT en CNACAF, Sala I, causa 3747/2001, “Asociación Civil Cruzada Defensa CyU SP c. EN —Mo. Infraestructura y Vivienda— Res. 65/2001 s/ medida cautelar (autónoma)”, del 3/5/2001. En igual sentido, para la modificación de las tarifas de los servicios públicos, esté prevista en la ley o no, GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, 8va. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, t. 2, p. VI-23 y ss. (“este requisito es en verdad constitucional y corresponde ser aplicado en todos los servicios privatizados, haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera [...]”), interpretación ésta compartida por GELLI, MARÍA ANGÉLICA, *Constitución de la nación argentina - Comentada y concordada*, 3da. ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 476, n. 1333 y su remisión a n. 1306.

La Corte Suprema argentina, al momento, no se ha expedido sobre si el recaudo de audiencia pública emana de la norma específica que la exija o del art. 42, CN.

(57) Ver art. 41, inc. 2) del dec. 1738/1992, reglamentario de la ley 24.076, para el transporte y distribución del gas y el inc. 8° de la reglamentación por dec. 1738/1992 del art. 68, inc. a) de la ley 24.076.

(58) Bajo la *Administrative Procedure Act* norteamericana, la norma que aprueba las tarifas para el futuro constituye una instancia de *rulemaking*; véase APA § 551 (4).

8. Riesgo respectivo

Desde la perspectiva del riesgo, parecería claro que el correspondiente al cumplimiento del objetivo de eficiencia fijado recae íntegramente en la firma. Ahora, así como un factor X demasiado laxo perjudicará a los usuarios, un factor X demasiado exigente pondrá directamente en peligro el giro de la firma pues, más allá de cómo se lo determina, son evidentes los efectos sobre su rentabilidad. Es por ello que debe guardarse coherencia a los fines de que se fije un factor que no sea de imposible cumplimiento para la firma.

Como la firma no podría efectuar reclamo económico alguno en caso de que no pudiera llevar adelante, en un marco de libertad de empresa, los ahorros en eficiencia que pesan sobre ella⁽⁵⁹⁾, el factor de eficiencia que el ente fije deberá constituir un incentivo para que la empresa realice esfuerzos por reducir los costos de prestación del servicio, mas no un hecho del príncipe que desbarate el respectivo giro.

9. Fuente

En el sector británico, la aplicabilidad del factor de eficiencia no posee status legislativo sino convencional. En Argentina sí posee status legislativo⁽⁶⁰⁾ y convencional, si bien afectado hoy por la ley 25.561.

10. Naturaleza política

Dada la periodicidad apuntada, el factor de eficiencia se fija para el primer período, y se lo redetermina para el segundo, y así sucesivamente.

(59) Por ej., para el transporte y distribución de gas, RBL, dec. 2255/1992, nro. 9.4.1.2.

(60) Véanse, por ejemplo, licencias de transporte y distribución de gas en Argentina, aprobadas por dec. 2255/1992.

Desde el punto de vista político, el factor X inicial aparece como una manifestación del principio de viabilidad de la respectiva privatización⁽⁶¹⁾ y en pos del éxito o eficacia de ésta⁽⁶²⁾, operación de naturaleza política pues atiende a la subsistencia de una determinación política⁽⁶³⁾. Por ello se ha sostenido que la determinación del factor X inicial se relaciona, en gran parte, con establecer la viabilidad de la industria en cuestión y con la comerciabilidad de las acciones en la venta inicial⁽⁶⁴⁾ cuando se privatizare mediante venta pública de acciones⁽⁶⁵⁾.

El factor redeterminado -para el segundo período, y posteriores-, deberá tender a mantener la decisión política privatizadora oportuna.

En conclusión, el que establece el factor inicial —en cero o en otra cifra, como ya se dijo— es el Estado, que adopta discrecionalmente la decisión política de privatizar determinada empresa estatal, para lo cual establece —en el ámbito político en el cual decide las condiciones económico-financieras del negocio que privatiza a fin de tornarlo viable⁽⁶⁶⁾— un factor X inicial que resulte no sólo un incentivo a la eficiencia productiva⁽⁶⁷⁾, sino también una garantía de que se le asegura

(61) Véase, por ej., art. 15.2, párr. 2º, Anexo del dec. 1105/1989 (reglamentario de la ley 23.696) y dec. 633/1991.

(62) WEYMAN-JONES, *Regulating...*, cit., p. 104; BALDWIN ET AL, *Understanding...*, cit., p. 233.

(63) Enseña la doctrina que los actos institucionales atienden a la subsistencia del Estado; por todos, COMADIRA, JULIO R. (MONTI, LAURA M., colab.), *Procedimientos administrativos - Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*, La Ley, Buenos Aires, 2002, t. I, p. 46. De igual modo, se advierte una finalidad política en la decisión estatal de privatizar un negocio con vistas a mantenerlo como un negocio viable pues nada se privatiza con vistas a una quiebra.

(64) WEYMAN-JONES, *Regulating...*, cit., p. 104.

(65) Ampliar en TROTMAN-DICKENSON, D. I., *Economics of the Public Sector*, Macmillan, Londres, 1996, p. 378.

(66) Véase “Suñé, Eduardo c. Segba”, Fallos: 258:322 (1964), cons. 5º. Cfr. MALJAR, DANIEL E., “Las tarifas telefónicas (con motivo del decreto 92/1997)”, en ED t. 173, ps. 1117/1137, esp. sección 3 de dicho trabajo.

(67) ARMSTRONG ET AL., *Regulatory...*, cit., p. 174.

rán, en principio, a la firma los debidos ingresos en razón de la privatización y de la cooperación implícita en el proceso de privatización⁽⁶⁸⁾.

11. Naturaleza jurídica

La doctrina regulatoria británica coincide en que el factor X inicial, correspondiente al primer período, es fijado por el privatizador⁽⁶⁹⁾ en forma estimativa⁽⁷⁰⁾, o en forma negociada⁽⁷¹⁾.

En Argentina, respecto del factor X inicial, correspondiente al primer período⁽⁷²⁾, o del factor X redeterminado luego de un procedimiento de revisión periódica para el siguiente, y subsiguientes, puede decirse que el mismo integra, y comparte, la naturaleza del cuadro tarifario al cual está necesariamente incorporado, cuadro que integra el contrato, así como accede al contrato el procedimiento de redeterminación del factor, y el número resultante de ese procedimiento redeterminativo.

Se sigue en lo expuesto la doctrina nacional según la cual el acto de aprobación del cuadro tarifario reviste una doble naturaleza: entre autoridad concedente y empresa prestadora, el mismo reviste carácter contractual pues aplica el contrato (contrato de concesión de servicio público) o los aspectos contractuales del régimen aplicable (v.gr., aspectos contractuales de la licencia), y para los usuarios, aparece

(68) ARMSTRONG ET AL., *Regulatory...*, cit., p. 174.

(69) HURL, BRYAN, *Privatization and the Public Sector*, 3a ed., Heinemann, Oxford, 1995, p. 60. Baldwin señala que en la experiencia inglesa, sólo en un caso fijó el ente respectivo el factor X inicial: es el caso de Railtrack, cuyo factor fue establecido por la Office of the Railway Regulator, conf. BALDWIN ET AL, *Understanding...*, cit., p. 233.

(70) ARMSTRONG ET AL., *Regulatory...*, cit., p. 190: "An initial guess at X is put into the model".

(71) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., ps. 35 y 36: "The precise figure is a matter for negotiation between BT and Dol"; "where X is a number to be negotiated".

(72) Por ej., el del art. 41, inc. 2) del dec. 1738/1992, reglamentario de la ley 24.076, para el transporte y distribución del gas.

como un acto de alcance general⁽⁷³⁾. Por cierto, el inicio de los efectos —como acto general— hacia los usuarios operará cumplida una condición previa: que haya tenido lugar, previamente, el acto contractual —aplicación del contrato o licencia— de aprobación del cuadro tarifario en el cual se haya volcado el cuadro tarifario que incluye el factor determinado o redeterminado. Esta determinación del factor por la vía aludida, en tanto incorporada al correspondiente cuadro tarifario bajo el respectivo contrato, revestirá —como ya se expuso— naturaleza contractual entre concedente y concesionario o licenciataria, y al comenzar la vigencia de ese acuerdo, develará naturaleza de acto de alcance general de cara a los terceros usuarios. Similares reflexiones genera un factor de eficiencia redeterminado para un segundo (o ulteriores) períodos⁽⁷⁴⁾.

Esta caracterización tiene efectos en el plano de las impugnaciones. Así, para la firma será impugnabile, como acto contractual, de claro alcance particular, mediante los recursos establecidos. Y para los usuarios será impugnabile, por ejemplo, por medio del régimen del art. 24, inc. a), LPA, que permite impugnar el acto de alcance general que ya esté afectando al usuario o en la medida en que pueda afectarlo en forma cierta e inminente; con el resultado adverso, quedaría expedita la vía judicial. Todo ello, sin perjuicio de otras posibilidades legisladas⁽⁷⁵⁾.

(73) CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho...*, cit., t. II, p. 313; BIANCHI, *La regulación...*, cit., p. 327; CASSAGNE, JUAN CARLOS (SACRISTÁN, ESTELA B., colab.), *El contrato administrativo*, 2da. ed., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 221.

(74) Por ej., la resolución del Enargas 462/1997, de fijación de los nuevos niveles de tarifas máximas del quinquenio 1998-2002 que resuelve, en su art. 2°, aprobar la variación porcentual del factor de eficiencia X para la Licenciataria “en un 4,7 % aplicable a partir del 1° de enero de 1998...”.

(75) Ampliar en USLENGHI, ALEJANDRO J., “El servicio de energía eléctrica: Control judicial”, en AAVV, *Jornadas Jurídicas sobre Servicio Público de Electricidad*, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, 8 y 9 de junio de 1995, ps. 361/366, esp. ps. 365/366, para el sector eléctrico.

12. Naturaleza económica

Como se vio, el factor X inicial tiene un claro matiz político que apunta a la eficacia de la operación privatizadora en un marco de viabilidad económica, a tenor del contrato, soporte jurídico.

Ahora, en oportunidad de revisarse el factor, esto es, en oportunidad de la “redeterminación del factor X”, no parecería apuntarse ya sólo a una finalidad eminentemente política —mantenimiento de la decisión privatizadora oportunamente concretada en la adjudicación de un negocio viable— sino también a una finalidad jurídica —puesta en funcionamiento del mecanismo de revisión previsto en el contrato y demás normativa aplicable— y, por encima de todo, económica —establecimiento de incentivos, mantenimiento de la capacidad operativa y del capital de la empresa—, orientada, asimismo, a la salvaguarda de los derechos de los principales involucrados: usuarios y accionistas de la empresa.

Asimismo, desde el punto de vista económico, para un sector de la doctrina⁽⁷⁶⁾, el factor X es un factor de eficiencia productiva, que, como se dijo antes, tiende a la minimización de costos de producción por parte de la empresa. Para otro sector⁽⁷⁷⁾, además de ser un factor de eficiencia productiva, el factor X es un factor de eficiencia asignativa que apunta a que el precio represente el costo marginal y, al mismo tiempo, a que se eviten las denominadas “ganancias excesivas”⁽⁷⁸⁾ de la empresa y las ineficiencias ínsitas en los precios excesivamente elevados. Esta segunda concepción podría, eventualmente, llevar a considerar la “revisión anticipada” del factor X con fundamentos en esa clase de ganancias. Se analiza esta cuestión *infra*.

(76) BALDWIN ET AL., *Understanding...*, cit., p. 237.

(77) ARMSTRONG ET AL., *Regulatory...*, cit., ps. 182 y ss.

(78) Ampliar en GORDILLO, *Tratado...*, cit., t. 2, ps. II-11 y ss.

13. El misterio de la eficiencia inicial

Suele ocurrir que, al privatizarse el servicio, se fije, para el primer período, un factor X igual a cero, como se puntualizará. En esta escena, un interrogante natural es: ¿pero, entonces, la firma sólo comenzará a ser eficiente a partir del segundo período? Veamos.

Económicamente, es claro que un objetivo de eficiencia de cero, impuesto a la firma para el primer período, será igual a cero⁽⁷⁹⁾.

Ahora, un análisis jurídico de la cuestión puede echar una luz diversa sobre qué sucede con la eficiencia de la firma durante el primer período cuando se fijó, para el mismo, que X sería igual a cero.

La eficiencia inicial de la firma que presta el servicio público, a partir del instante en que comienza a ejecutar el contrato —inicio de sus operaciones— puede ser denominada *nivel inicial de eficiencia*.

Se puede ilustrar lo dicho con el contrato correspondiente al pliego de la privatización del servicio de agua y cloacas bajo el dec. 999/1992⁽⁸⁰⁾, contrato hoy rescindido, decs. 303 y 304/2006. Ello pues, a lo largo del pliego, en cláusulas que luego se reflejaron en el contrato de concesión, la firma asumió el riesgo de desempeñarse en forma eficiente. Ello conduce a estimar que fue preocupación del privatizador el que la empresa actuara eficientemente, desde el momento cero de la privatización. Y los elementos que permiten inferir esa eficiencia inicial se hallarían en la respectiva oferta de la licitación⁽⁸¹⁾ en

(79) Para el segundo quinquenio se podrá fijar uno distinto (por ej., 0.2%), que represente los ahorros en costos que debe efectuar la firma para obtener ganancias.

(80) Res. SOPyC 186/1992, de aprobación del respectivo pliego, esp. numerales 4.1.; 4.3.7.; 9.1.2.; 11.9.; 11.11.4.3., inc. d) y 11.11.5.2., inc. d); 12.1.1., párr. 1°; 12.1.3.; 1.1. del Anexo I; 1.2. del Anexo I; dec. 1167/1997, Anexo I, numeral 4.1.5.

(81) FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS, *La regulación...* cit., p. 459, n. 1.

juego con el pliego con cuyas prescripciones cumple, y en la restante documentación contractual que rigiera la concesión. En esta inteligencia, la eficiencia inicial fue la que emanó de la información que brindara el oferente al hacer su oferta, o bien de la información que el privatizador recolectara en los estudios de factibilidad previos a la privatización del servicio⁽⁸²⁾.

Por otro lado, y desde una perspectiva general, al privatizarse el servicio, los precios máximos que se establecen, o su forma de determinación, son un dato para los interesados en adquirir los paquetes accionarios de control y, en función de ello, hacer sus ofertas económicas⁽⁸³⁾. Así, podría decirse que, si bien aquellos precios máximos no develan en sí mismos cuál es la eficiencia que deberá desarrollar la adjudicataria, le indican al oferente cuán eficiente deberá ser para poder prestar el servicio con la calidad o nivel de seguridad requerida contractualmente, a determinado precio máximo, cubriendo sus costos y obteniendo un margen de ganancias.

Y cuando la privatización no conlleva la venta del paquete accionario de la empresa sino la concesión del servicio, proponiendo el oferente la tarifa más baja posible o el pago del canon más elevado, son estos dos elementos los que reflejan la viabilidad del negocio según el oferente y el límite máximo

(82) A esta altura cabría expresar preocupaciones relativas a la asimetría de la información en tanto el oferente podría retacear la relativa a su eficiencia interna inicial. Sin embargo, a fin de desterrar ese disvalioso extremo, se recordará que el privatizador, al elaborar la documentación sobre la cual se ofertará, se halla logísticamente ubicado en inmejorable posición no sólo para obtener la información aludida, sino también para exigir de los proponentes el nivel de eficiencia inicial que más adecuada considere para el servicio de que se trate, con una única doble limitación: la de no tornar imposible la entrada de los nuevos actores (para los denominados "costos de entrada", véase BUSTAMANTE, JORGE E., *Desregulación - Entre el Derecho y la economía*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 113) y la de no hacer fracasar la privatización con sobrerrequerimientos de eficiencia inicial (ampliar en JOSKOW, PAUL L., "Asset Specificity and the Structure of Vertical Relationships: Empirical Evidence", en WILLIAMSON, OLIVER E. y WINTER, SIDNEY G. (eds.), *The Nature of the Firm - Origins, Evolution and Development*, Oxford University Press, New York y Oxford, 1993, p. 122).

(83) DEVOTO, *Regulación...*, cit., p. 78.

de la eficiencia que podrá desplegar la firma manteniendo el nivel de servicio esperado por el regulador, que opera como exigencia en el primer período en forma menos exigente que en los ulteriores, cuando se redeterminen factores X mayores a cero. Esa menor exigencia se fundaría en el acomodamiento de la firma como nuevo actor del mercado, pero su límite estaría dado en las condiciones de prestación del respectivo servicio.

14. Aspectos formales y sustanciales en la redeterminación del factor X

La redeterminación del factor X, para el segundo período y posteriores, apunta a que la empresa sea, en el siguiente período, un tanto por ciento más eficiente que en el anterior, y con ello se benefician los usuarios.

A título de ejemplo, puede mencionarse el caso de British Telecom, cuyo *price-cap* originario de RPI - 3 fue reducido primero a RPI - 4.5, luego reducido a RPI - 6.25 en un ajuste técnico de mitad de período, y en la segunda revisión quinquenal a RPI - 7.5⁽⁸⁴⁾. En Argentina, para el transporte y distribución de gas se estableció un factor X inicial igual a PPI - 0⁽⁸⁵⁾, que fue reducido, para una de las licenciatarias, a PPI - 4.7 para el segundo quinquenio⁽⁸⁶⁾; para una distribuidora de gas, dicho factor fue reducido, para el segundo quinquenio, a 4.8%⁽⁸⁷⁾.

Previsiblemente, el factor X redeterminado luego de una revisión, poseerá naturaleza de acto de alcance general para los usuarios. El acto que resuelve el nuevo valor del factor se

(84) Se toma el ejemplo de GLYN, DERMOT, "Price-caps in Practice: A Review of MMC Verdicts", en *Price-caps and Profit Sharing - A Policy Review*, Proceedings 14, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1995, ps. 43 y ss., esp. p. 56.

(85) Art. 41, inc. 2) del dec. 1738/1992, B.O. del 28/9/1992.

(86) Res. Enargas 462/1997, de fijación de los nuevos niveles de tarifas máximas del quinquenio 1998-2002. Esta resolución fue mencionada en la sección 7, *supra*.

(87) Res. ENARGAS 466/1997.

hallará precedido de un dictamen previo⁽⁸⁸⁾, el cual, a su vez, se nutrirá de las consideraciones que se hayan vertido en los informes producidos y en la etapa participativa⁽⁸⁹⁾. Es un sano criterio legislativo el adoptado en punto a que sobre el regulador pesa la obligación de determinar el factor de eficiencia fundadamente por mandato expreso⁽⁹⁰⁾, lo cual equivale a que deberá establecerlo sin arbitrariedad y en forma transparente, y ello no es sino manifestación de la obligación de motivar los actos administrativos⁽⁹¹⁾, conf. art. 7º, inc. e), LPA, y concre-

(88) Mas siempre dentro de los alcances del principio de legalidad; conf. GORDILLO, AGUSTÍN, *Introducción al Derecho de la planificación*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1981, p. 129.

(89) Art. 41, inc. 2) del dec. 1738/1992, reglamentario de la ley 24.076, para el transporte y distribución del gas; inc. 8º de la reglamentación por dec. 1738/1992 del art. 68, inc. a) de la ley 24.076.

(90) Por ej., conf. art. 42, inc. 2) del dec. 1738/1992 para el sector del gas. Sobre el recaudo de motivación, no exigido en general sino mediante normativa específica, ampliar en HERNÁNDEZ CORCHETE, JUAN ANTONIO, "Título V - De las disposiciones y de los actos administrativos", en PIÑAR MAÑAS, JOSÉ LUIS (DIR.), *La reforma del procedimiento administrativo - Comentarios a la ley 4/1999, de 13 de enero*, Dykinson, Madrid, 1999, p. 211.

(91) La referencia es al acto de determinación del factor X como acto de alcance general para los usuarios. Acerca del reglamento, como clase de acto administrativo, de alcance general, véase MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho administrativo*, 4ta. ed. act., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1990, t. I, p. 237 (*passim*) y 1993, t. II, p. 228. Cfr. CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho...*, cit., t. II, p. p. 55, COMADIRA, JULIO R., "Algunos aspectos de la teoría del acto administrativo", en su *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo. Otros estudios*, 2da. ed. act. y ampl., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 3/31, esp. p. 45; GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, 8va. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2004, t. 3, p. IV-17 y ss.; y GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO y FERNÁNDEZ, TOMÁS-RAMÓN, *Curso de Derecho administrativo*, 10a. ed., Civitas, Madrid, 2000, t. I, ps. 183 y ss. En COMADIRA, *op. loc. cit.*, se efectúa una sistematización de las diversas opiniones doctrinarias en materia de contenido de la noción de acto administrativo, respecto de la unilateralidad o bilateralidad en su formación, y del carácter individual o general de sus efectos, pasándose de una definición "absolutamente amplia", a posturas "intermedias" y "restrictivas". Sobre la motivación del "acto administrativo", sin adhesión expresa al concepto restrictivo o amplio del mismo, véase TAWIL, GUIDO S. - MONTI, LAURA M., *La motivación del acto administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1998. Sobre la motivación como coadyuvante a la transparencia, véase COMADIRA, JULIO R., "Regulación jurídica de la ética pública (con particular referencia al ámbito nacional)", en su *Derecho administrativo. Acto administrativo. Procedimiento administrativo*.

ción del deber estatal, de racionalidad, de dar las razones por las que decide⁽⁹²⁾.

Se arguye que existiría una nota de incertidumbre alrededor de la redeterminación del factor X⁽⁹³⁾. Empero, dada la experiencia regulatoria, bien puede acudir a la práctica de ese ámbito para apreciar el proceso de redeterminación en la realidad del sustento normativo.

Liminarmente, puede señalarse que se ha establecido que el factor de eficiencia o factor X debe sustentarse en programas específicos de mejoras de eficiencia; en ese marco, como mínimo, se identificarán claramente en qué consisten los programas y cuáles son sus objetivos; se cuantificarán con razonable aproximación las inversiones requeridas y los ahorros de costos esperados; y se aportarán antecedentes o información suficiente que permitan aplicar tales programas⁽⁹⁴⁾.

De la lectura de un acto de revisión quinquenal de tarifas —por ejemplo, la res. Enargas 466/1997⁽⁹⁵⁾ dictada en oportunidad de la primera revisión quinquenal realizada en 1997 para el quinquenio 1998/2002— surge que, en el mismo acto,

Otros estudios, 2da. ed. act. y ampl., Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 577/616, esp. p. 591.

(92) Esta parecería ser la tendencia en materia de reglamentos. Así, art. 253 (antiguo art. 190) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (Roma, 1957), en *Tratado de Amsterdam y versiones consolidadas de los tratados de la Unión Europea y de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid, 1998, p. 350, acoge el criterio propiciado. A favor del requerimiento de motivación de los reglamentos, GALLIGAN, D. J., *Due Process and Fair Procedures - A Study of Administrative Procedures*, Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 460 y 471; DEBBASCH, CHARLES, *Institutions et Droit Administratifs*, 4a ed., Presses Universitaires de France, Paris, 1998, t. 2, p. 265; LUBBERS, JEFFREY S., *A Guide to Federal Agency Rulemaking*, 3rd ed., American Bar Association, Chicago, 1998, p. 328; DIEZ, HORACIO P., *Reglamentos - Su impugnación en el procedimiento administrativo*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 41. Empero, cfr. CRAIG, P. P., *Administrative Law*, 4th ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 364; CASSESE, SABINO, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, 9 ed., Garzanti, Torino, 1997, p. 330 quienes esgrimen una tesis diversa.

(93) TAWIL, *Avances...*, cit., ps. 392/395.

(94) RBL, dec. 2255/1992, 9.4.1.2.

(95) B.O. del 15/7/1997, para la licenciataria Gas Natural Ban SA; se puede consultar en *www.mecon.gov.ar*.

se aprueba la variación porcentual del factor X de acuerdo con una metodología de aplicación que se aprueba en el mismo acto⁽⁹⁶⁾ en razón —es claro— de que se trata de la primera revisión periódica⁽⁹⁷⁾. Resulta de interés detenerse en los considerandos del acto en cuestión, que precisan que la determinación del factor X se derivará de los flujos del negocio, calculando la ganancia en eficiencia global para toda la empresa, teniendo en cuenta que una parte de esa ganancia será absorbida por la empresa y la otra transferida a los usuarios.

Finalmente, en el acto que se repasa también se alude a la aplicabilidad de un índice para determinar el factor X, sobre el cual ya se ha explyado la doctrina⁽⁹⁸⁾: se trata del TFP (*total factor productivity*), que, en otros ámbitos, ha sido desaconsejado⁽⁹⁹⁾.

(96) Ver el segundo anexo de la resolución que se toma como ejemplo, cuyo título es “Metodología de Aplicación del factor X”.

(97) En esencia, dados los acontecimientos posteriores, fue la primera y única y ese segundo período quedó trunco.

(98) En contra de su aplicación, VASS, PETER, “The Methodology for Resetting X”, en *Regulatory Review 1997*, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1997, ps. 164. Han expresado reservas sobre su aplicación GREEN, RICHARD - RODRIGUEZ PARDINA, MARTÍN, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities - A Manual for Regulators*, Economic Development Institute Development Studies, The World Bank, Washington, D.C., 1999, p. 66.

En forma coincidente, ROBINSON, FRANK S., “Total Factor Productivity as a Rate Case Tool”, en *Public Utilities Fortnightly*, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia, 13/3/1980, vol. 105, ps. 19 y ss. Véase, asimismo, y cfr. BONBRIGHT, JAMES C. - DANIELSEN, ALBERT L. - KAMERSCHEN, DAVID R., *Principles of Public Utility Rates*, 2nd ed., Public Utilities Reports, Arlington, Virginia, 1988, p. 368.

(99) Ello no significa que, de hecho, no se lo emplee en los Estados Unidos, si bien el historial de su aplicación en el sector del transporte ferroviario norteamericano —cuyas tarifas han estado históricamente regladas bajo el sistema de tasa de retorno o *rate of return*— semeja una saga; ampliar en GOODMAN, LEONARD S., *The Process of Ratemaking*, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia, 1998, t. II, ps. 1221-1224.

A mayor abundamiento, las opiniones encontradas sobre esa aplicación pueden verse en AWERBUCH, SHIMON, HYMAN, LEONARD S. y VESEY, ANDREW, *Unlocking the Benefits of Restructuring: A Blueprint for Transmission*, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia, 1999, ps. 251 y ss., y en KRAMER, STEVEN M., “For Profit Transmission Companies - RTO’s that Work for FERC, Corporations”, en *Infrastructure*, American Bar Association Section of Public Utility, Communications and Transportation Law, Chicago, 2000, Vol. 39, N° 2, ps. 2 y ss., a pro-

Más allá de estas apreciaciones —que anidan en los requerimientos de adecuada motivación de los actos⁽¹⁰⁰⁾ y de debido proceso en materia tarifaria⁽¹⁰¹⁾— la preocupación más avasalladora en derredor de la redeterminación del factor X podría resumirse como la aparente falta de estándares normativos previamente establecidos a tal fin, esto es, el “cómo” aludido por la doctrina. Tawil ha puntualizado, agudamente, que, siendo que la eficacia del sistema de *price-cap* depende del modo en que se fije el factor X, la mayor parte de las licencias y contratos de concesión no han determinado con precisión cómo se determina ese factor⁽¹⁰²⁾.

A partir de allí, podrían adoptarse dos caminos: adherir al criterio propiciado por cierto sector de la doctrina británica⁽¹⁰³⁾, bregando por taxar, a modo de reglamentación regulatoria (anterior a la privatización, o anterior a la primera

pósito de la última desregulación eléctrica en los Estados Unidos. Mas a todo evento, debe considerarse que una cosa es incorporar el TFP *ab initio* a efectos del reajuste, y otra bien distinta es introducirlo como modificación legislativa con la licencia o concesión en marcha.

(100) Así, GORDILLO, AGUSTÍN, *Tratado de Derecho administrativo*, 8va. ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, t. 1, ps. II-14 y ss.

(101) Acerca de las cuestiones que plantean los servicios públicos (tarifas, valuaciones, órdenes unilaterales del concedente que modifiquen las condiciones del servicio, etc.) y su posibilidad de subsunción en los principios generales que surgen de la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de debido proceso como garantía innominada, véase LINARES, JUAN F., *Razonabilidad de las leyes - El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución argentina*, 2ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1970, ps. 224 y ss.

(102) TAWIL, GUIDO S., “*Avances regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria*”, en EDA 2000/2001, ps. 392/394.

(103) Ampliar en O’NEILL, DUNCAN y VASS, PETER, *Incentive Regulation: A Theoretical and Historical Review*, Research Report 5, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1996, ps. 19 y ss.

Véanse, asimismo, VASS, PETER, “*The Methodology for Resetting X*”, en *Regulatory Review 1997*, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1997, y ARMSTRONG ET AL., *Regulatory...*, cit., ps. 182 y ss., entre otros.

Cfr. GOULDING, A. J. - FRAYER, JULIA - WALLER, JEFFREY, “*X Marks the Spot: How U.K. Utilities have Fared under Performance-Based Ratemaking*”, en *Public Utilities Fortnightly*, Public Utilities Reports, Vienna, Virginia, July 15, 2001, ps. 28 y ss., esp. p. 36.

revisión), absolutamente todos los elementos se tomarán en cuenta para redeterminar el factor. O bien argüir que resultaría imposible reglamentar, al momento de la privatización o a los fines de la primera y posteriores revisiones, todos esos elementos.

La oportunidad ideal para la concreción de esta labor reglamentaria parecería ser la anterior al momento de la génesis de la relación contractual: la regulación de la redeterminación del factor X debería existir *ex ante*, con respecto a la difusión del pliego, máxime ante el interés de los probables oferentes. Mas tal reglamentación previa, por demás aconsejable, no debería ser tan exigente como para tornar la inviable la presentación de los oferentes. Asimismo, en caso de que esa reglamentación se produzca ante de la primera redeterminación, es claro que no podría afectar los derechos adquiridos contractualmente por el adjudicatario, y, en especial, no podrían afectar la justicia y razonabilidad⁽¹⁰⁴⁾ de las eventuales tarifas recalculadas bajo ese factor X redeterminado, en los términos en que se concibiera a ese principio en el cap. III.

15. Revisiones anticipadas por ganancias excesivas

La fórmula RPI - X apuntaría a que la firma reduzca sus precios en términos reales y los aumente en términos nominales⁽¹⁰⁵⁾, en un marco de calidad dada, pero no tiene por objetivo “directo” o “exclusivo” la reducción de las ganancias del prestador⁽¹⁰⁶⁾;

(104) Conceptos jurídicos indeterminados que, si bien pueden ser eventualmente “determinados” judicialmente, como enseñan COMADIRA, JULIO y CANDA, FABIÁN, “Responsabilidad del Estado por omisión. Actos interorgánicos y conceptos jurídicos indeterminados en un fallo de la Cámara Contencioso-administrativa”, en *LA LEY*, 1996-A, 600/607, esp. p. 606 y sus citas, se insertan históricamente en el campo de la regulación de las tarifas bajo el sistema de *rate of return*; véase nuestro “*El concepto...*”, cit., sección II.

(105) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 35.

(106) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 6.

Los *price-caps* reposan sobre la noción de periodicidad con la que se redetermina el *cap*. Ahora, intra-período (por ej., durante el quinquenio), podrían operarse circunstancias que presionarían por una revisión *interim* de la tarifa: tal sería el supuesto de que la firma estuviera percibiendo ganancias excesivas, o que estuviera teniendo pérdidas excesivas. Veamos.

La cuestión de las ganancias excesivas⁽¹⁰⁷⁾ es, en el área de la regulación por *price-caps*, aquella en la cual más claramente convergen apreciaciones jurídicas, económicas y políticas, y se erige en materia para las objeciones⁽¹⁰⁸⁾. Por razones metodológicas, debe aclararse que las ganancias excesivas serán consideradas durante el primer período; sin embargo, con las adaptaciones del caso, las apreciaciones que se vuelcan resultan también aplicables a los períodos posteriores.

Para algunos autores⁽¹⁰⁹⁾, el factor X es un factor de eficiencia productiva que apunta a la minimización de costos de producción por parte de la empresa. Para otros⁽¹¹⁰⁾, además de ser un factor de eficiencia productiva, el factor X es un factor de eficiencia asignativa enderezado a que el precio represente el costo marginal y, al mismo tiempo, a que se eviten las denominadas “ganancias excesivas”⁽¹¹¹⁾ de la empresa y las ineficiencias ínsitas en los precios excesivamente elevados. Esta segunda tesitura podría, eventualmente, llevar a considerar, antes del cumplimiento del período, a pedido del regulador o de un tercero, la revisión anticipada del factor X con fundamentos en esa clase de ganancias, dado el interés público comprometido, y la necesidad de contrarrestar las consecuencias políticamente desaconsejables propias de aquéllas.

(107) Ampliar en BREYER, STEPHEN, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1982, ps. 21 y ss.: “*Rent Control or Excess Profits*”.

(108) Ampliar en GORDILLO, *Tratado...*, cit., t. 2, ps. II-11 y ss.

(109) BALDWIN ET AL., *Understanding...*, cit., p. 237.

(110) ARMSTRONG ET AL., *Regulatory...*, cit., ps. 182 y ss.

(111) Ampliar en GORDILLO, *Tratado...*, cit., t. 2, ps. II-11 a II-14.

(i) *Techo a las ganancias. Improcedencia*: Por cierto, la situación fue avizorada por la doctrina regulatoria⁽¹¹²⁾, bajo la denominación “esquema de techo a las ganancias”⁽¹¹³⁾. Mas antes de indagar en él, debe formularse una aclaración previa necesaria.

La expresión “ganancias excesivas” es elusiva, y su indeterminación clama por una reglamentación que brinde una diferenciación exacta⁽¹¹⁴⁾ entre las ganancias no esperadas de la firma, que pueden abarcar, entre otras: a) una ganancia mayor o mayor ganancia; b) una ganancia excesiva; y c) los beneficios o los simples beneficios de la empresa⁽¹¹⁵⁾. Es que la firma que presta el servicio pública —al igual que toda firma comercial— aspira a obtener ganancias o beneficios porque ello es lo que el *price-cap* asegura; caso contrario, no habría privatización viable⁽¹¹⁶⁾: nadie ofertaría en la licitación de un servicio que diera pérdidas a enjugar por el prestador⁽¹¹⁷⁾. A su vez, las ganancias o beneficios, pueden ser mayores a las anteriores que se empleen como punto de referencia, o, alcanzado cierto punto también

(112) Para un desarrollo crítico de la cuestión de las revisiones anticipadas en el Reino Unido, véase ARIÑO ORTIZ, GASPARELLO, “Teoría y Práctica...”, cit., ps. 278 y ss., y, del mismo autor, *Principios de Derecho público económico (Modelo de Estado, gestión Pública, regulación económica)*, Comares, Granada, 1999, ps. 446 y ss.

(113) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., ps. 32-33.

(114) Acerca de la precisión requerida, véase especialmente DIVER, C. S., “*Optimal Precision of Administrative Rules*”, en BALDWIN, ROBERT, SCOTT, COLIN y HOOD, CHRISTOPHER (eds.), *A Reader on Regulation*, Oxford University Press, Oxford, 1998, ps. 219 y ss.

(115) Aludidos, por ejemplo, en el dec. 999/1992, art. 48.

(116) Sin este requerimiento, sería imposible privatizar un servicio, como lo afirma WEYMAN-JONES, “*Regulation...*” cit., p. 99.

(117) Las estrategias del privatizador, en el supuesto de que el negocio privatizado arroje pérdidas, pueden abarcar la técnica de separación de rubros o negocios. Tal posibilidad aparece, a modo de ejemplo, en el marco de la privatización de una línea ferroviaria, involucrada en la inclusión del transporte de pasajeros como opcional, siendo la actividad principal el transporte de cargas (véase Res. 362/1990, trámite que, empero, fue dejado sin efecto por dec. 2408/1991).

predeterminado, pueden tornarse excesivas, como si, aparentemente, no tuvieran límite objetivo alguno⁽¹¹⁸⁾.

Ello requiere, entonces, la definición de “cuándo” hay ganancias excesivas toda vez que se estaría ante un concepto jurídico indeterminado, que, por lo demás, ya ha tenido sus primeras manifestaciones jurisprudenciales en Argentina⁽¹¹⁹⁾. En esta inteligencia, es claro que el reconocimiento de tal clase de ganancias no ha hallado quicio en la regulación inglesa⁽¹²⁰⁾, que optó por el sistema de *price-caps*; ello pues se entendió que la consideración, intra-período, de tal clase de rentas generaría una cantidad dificultades adicionales en el proceso de control de los precios, comenzando por la determinación del punto a partir del cual existe exceso⁽¹²¹⁾, esto es, cuándo las ganancias son normales o razonables⁽¹²²⁾ y cuándo dejan de serlo.

(118) Se toma la expresión de “Telecomunicaciones Internacionales de Argentina SA y otros c. Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos)”, Fallos: 320: 686 (1997), disidencia de los Dres. BOGGIANO y VÁZQUEZ (esp. consid. 6°: “no es admisible sostener que les asista [a las empresas recurrentes] el derecho de obtener ganancias sin límite objetivo alguno”), y de GORDILLO, AGUSTÍN, “Las ganancias sin límite objetivo alguno”, en su *Cien notas de Agustín - Notas sistemáticas de un lustro de jurisprudencia de Derecho administrativo*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999, ps. 138 y ss. También se explaya sobre ellas CAPLÁN, ARIEL R., “La visión de los usuarios sobre un fallo de la Corte”, en LA LEY, 1999-F, 454 y ss. Véase, igualmente, “Caplán, Ariel R. c. Telefónica”, Fallos: 323: 650 (2000) disidencia del Dr. MOLINÉ O’CONNOR, donde se explica que la demanda perseguía la reducción de las tarifas telefónicas en razón de un hipotético “exceso en las ganancias” (consider. 2° de la disidencia cit.).

(119) Ídem.

(120) GRAHAM, COSMO, *Regulating Public Utilities - A Constitutional Approach*, Hart Publishing, Oxford, 2000, p. 154.

(121) En igual sentido, BURTON, NIGEL, “Investors’ Interests and Equitable Shares - A City Perspective”, en *Price-caps and Profit Sharing - A Policy Review*, Proceedings 14, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1995, p. 22.

(122) La cuestión semeja a la determinación de lo que es una tarifa “justa y razonable”; ampliar en “El concepto de tarifa justa y razonable”, en EDA 2000/2001, ps. 510/524, esp. p. 511.

(ii) *Compartir las ganancias*: Se menciona, más arriba, que otra posibilidad con respecto a las ganancias excesivas es que la firma las comparta con los usuarios. La interpretación conforme la cual las ganancias excesivas deberían ser compartidas con los usuarios depara que, en una hipótesis contraria, los usuarios deban compartir con la firma sus pérdidas excesivas. Todo ello, intra-período. Tal posibilidad interpretativa no aparece como viable pues compartir sólo las ganancias y no las pérdidas carecería de coherencia, y ambas posibilidades —compartir ganancias y pérdidas— sólo sería posible si los usuarios fueran accionistas de la respectiva sociedad.

(iii) *Interpretación. Efectos hacia los usuarios*: Efectuadas estas consideraciones, puede señalarse que, en principio, y desde el punto de vista económico, existe una eficiencia interna que se relaciona con el esfuerzo óptimo dado un *output*, a diferencia de la eficiencia asignativa, que hace al *output* óptimo dado un esfuerzo. El observador externo a la empresa puede ver los costos de ésta, pero no su eficiencia interna, esto es, cuán óptimos son sus esfuerzos dado un *output*. En esta situación, podría afirmarse que, bajo condiciones de calidad esperada, las ganancias aparentemente excesivas recogidas por la firma pueden deberse a causas tan disímiles como un óptimo esfuerzo interno de la empresa, un management por encima de lo normal, o incluso pueden deberse a su buena fortuna⁽¹²³⁾.

La información asimétrica⁽¹²⁴⁾ operaría, así, a favor de la empresa pues durante la ejecución del contrato, el regulador —observador—, no puede saber, inequívocamente, a qué se deben aquellas ganancias extraordinarias, lo cual obstaría a la determinación de una relación de causalidad exclusiva. Sin embargo, se recordará que la eficacia del control en el

(123) En igual sentido, LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 8. Ampliar en VICKERS ET AL., *Privatization...* cit., p. 100. Ejemplos del esfuerzo interno o de la buena fortuna pueden incluir procesos de producción más eficientes, fuentes de suministros inusualmente baratas, administración (*management*) inusualmente efectivo, conf. BREYER, STEPHEN, *Regulation...*, cit., p. 21.

(124) Ampliar en Bös, *Pricing...*, cit., p. 55.

sistema de *price-caps* también depende, en última instancia y entre otros factores, de la información de que disponga el regulador respecto de la empresa regulada⁽¹²⁵⁾. Y, con salu-
dable criterio, en Argentina, los entes reguladores se hallan
investidos de plenas facultades para investigar la eficiencia
interna de la empresa⁽¹²⁶⁾, con lo que podrían corroborar si
el nivel de aquélla se funda en la performance superior, po-
sición monopólica o buena fortuna⁽¹²⁷⁾, entre otras causales,
de la firma.

Por otro lado, no puede soslayarse una posibilidad primor-
dial: las ganancias de la empresa —de la clase que sean— du-
rante un período serán consideradas en la redeterminación
del factor X para el siguiente período⁽¹²⁸⁾. Esta característica
de la regulación de tarifas por *price-cap* es, precisamente, la
expresión de la función optimizadora del bienestar antes alu-
dida, y se materializa cuando, al revisarse el factor para el si-
guiente período, las ganancias obtenidas por la empresa en el
período anterior, en razón de su mayor eficiencia, bien pueden
agruparse bajo dos rubros: las ganancias derivadas de reduc-
ciones de costos dentro de X, y las que exceden X. La primeras,
son aprovechadas por los usuarios, con lo que los usuarios se
convierten en “socios virtuales” de la eficiencia del prestador
y se benefician con sus ahorros⁽¹²⁹⁾; al mismo tiempo, a condi-
ciones de calidad de servicio dadas, las reducciones de costos
que exceden el objetivo de X, son conservadas por el prestador

(125) TAWIL, “Avances...”, cit., ps. 392/395.

(126) Ampliar en BIANCHI, *La regulación...*, cit., t. I, p. 275 y notas 44 a 46.

(127) Son estas las tres causales aludidas por LITTLECHILD, *Regulation...*,
cit., p. 32.

(128) BALDWIN ET AL, *Understanding...*, cit., p. 228; O’NEILL, DUNCAN y
VASS, PETER, *Incentive Regulation: A Theoretical and Historical Review*, Re-
search Report 5, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Insti-
tute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1996, p. 47.

(129) En este sentido, véase Nota Enargas 871/1996, I.c., donde se expresa
que el aumento de la eficiencia implicaría una corrección a la baja de las tarifas
para participar a los usuarios de parte de esa mejora, de acuerdo a los cambios
que se prevén en la productividad de la prestación del servicio.

e integran su propiedad⁽¹³⁰⁾, por lo que se cumple la función de atracción de capitales.

Por lo demás, y desde un punto de vista jurídico, si se juzgara al *price-cap* a tenor de las ganancias aparentemente excesivas o el precio en exceso elevado para los usuarios —bajo condiciones de calidad esperada, claro está⁽¹³¹⁾— la presión política en pos de la revisión anticipada —por ej., en el segundo o tercer año de un quinquenio— provocaría la deformación de las propiedades incentivas contractualmente acordadas de la regulación por *price-caps*, que, como ya se dijo, se basan no sólo en el objetivo de eficiencia y aplicación del índice sino también en la periodicidad establecida en el marco regulatorio, elemento exógeno, de cumplimiento ineludible⁽¹³²⁾, que brinda estabilidad y predictibilidad al sistema todo⁽¹³³⁾ pues no puede modificarse el paso del tiempo.

La revisión anticipada del objetivo de eficiencia que se fijó al momento de privatizarse el servicio —y, por ende, el del respectivo objetivo redeterminado—, antes del cumplimiento del período, a iniciativa del regulador o de un tercero consumidor o incluso del Gobierno, con fundamento en las ganancias que estaría teniendo la firma, pone, de hecho, en peligro las bases de la relación forma-concedente, que acordó que, en

(130) Véase Nota Enargas 871/1996, I.c.3., donde se señala que la determinación del Factor X se derivará a partir de los flujos del negocio de cada una de las firmas Transportadoras y Distribuidoras de gas natural, calculando la ganancia en eficiencia global para toda la empresa, teniendo en cuenta que “una parte de esa ganancia será absorbida por la empresa y la otra transferida a los consumidores.

En igual sentido, LAFFONT Y TIROLE, *A Theory...*, cit., p. 19; BASTOS, CARLOS M. -ABDALA, MANUEL A., *Transformación del sector eléctrico argentino*, 2da. ed., Pugliese Siena, Córdoba, 1995, p. 244.

Cfr. EINHORN, MICHAEL A., “Introduction”, en EINHORN, MICHAEL A. (ed.), *Price-Caps and Incentive Regulation in Telecommunications*, Kluwer Academic Publishers, Boston/Dordrecht/Londres, 1991, p. 2, en el sentido de que, bajo los *price-caps*, cualquier ganancia derivada de reducción de costos o avance tecnológico será conservada por la firma.

(131) Véase, por ej., art. 39, inc. b) de la ley 24.076.

(132) Cfr. MAIRAL, HÉCTOR A., “La determinación...”, cit., p. 64.

(133) BUDASSI, “Licencias...”, cit., p. 267.

principio, y hasta el final del período predeterminado (por ej., quinquenal), no se revisaría el factor.

Asimismo, no puede soslayarse la particular situación del concedente y —más tarde— del regulador, quien puede, antes de privatizar el servicio como cuando éste ya está privatizado, obtener toda la información necesaria para calibrar adecuadamente el factor de eficiencia inicial; situación replicada durante la ejecución del contrato, con respecto al regulador.

Así, una sola ruptura de la periodicidad por verificarse *interim* una de aquellas dos evidencias disvaliosas -ganancias excesivas, precios demasiado elevados- depara la posibilidad de otras futuras rupturas, y la concreción del peligroso acercamiento del *price-cap* a aquel otro sistema de regulación de tarifas del cual se distingue: el *rate of return*⁽¹³⁴⁾. La ruptura de la frecuencia de revisión, en otras palabras, quiebra la viabilidad del *price-capping*⁽¹³⁵⁾ y su integridad⁽¹³⁶⁾, amén de hacer caso omiso del acuerdo original sobre el que descansan los derechos y expectativas de los inversores a partir del momento de la privatización⁽¹³⁷⁾.

(iv) *Una salvedad*: No obstante ello, no puede dejar de señalarse que estas reflexiones se corresponden con un marco regulatorio que establezca tarifas reguladas por *price-caps*, en el cual no se hayan previsto las revisiones anticipadas con fundamentos en las ganancias excesivas. Por ende, en la me-

(134) Conf. LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 33; TRAIN, *Optimal Regulation...*, cit., ps. 318-319.

(135) BALDWIN ET AL., *Understanding...* cit., p. 238.

(136) Confrontar VICKERS ET AL., *Privatization...*, cit., p. 207, si bien en la misma obra reconoce que “Las verdaderas diferencias [entre el *rate of return* y el RPI-X] son de frecuencia (*timing*) y de simplicidad. Tal como se lo practica en Gran Bretaña, el RPI-X involucra una demora regulatoria (*regulatory lag*) prolongada y exógena en el sentido de que las oportunidades para las revisiones formales se establecen de antemano” (p. 241).

(137) Para la relación contractual en general y los derechos subjetivos que engendra en el plano tarifario, véase CASSAGNE, JUAN CARLOS, *Derecho...*, cit., t. II, p. 390. Para la revisión anticipada, véase ARIÑO ORTIZ, GASPAS, “*Teoría y práctica...*”, cit., p. 279.

didada en que en el respectivo marco se hubiere determinado como causal de revisión anticipada la comprobación de esa clase de ganancias —bajo un sistema de *price-cap híbrido* o no puro, en la terminología regulatoria⁽¹³⁸⁾— y en la medida en que éstas hubieren sido definidas normativamente en forma inequívoca⁽¹³⁹⁾ —diferenciándolas de las ganancias mayores y de los simples beneficios de la empresa— procedería que, acreditados los extremos previstos en la norma, tramitara la revisión, por iniciativa del regulador o a pedido de un tercero usuario, intra-período. Esta interpretación privilegia el acuerdo o compromiso oportunamente acordado⁽¹⁴⁰⁾, que, a su vez, irradia su certidumbre hacia los usuarios.

16. Revisiones anticipadas por pérdidas excesivas

A diferencia de las ganancias excesivas, las pérdidas excesivas pueden poner en juego no ya el derecho de los usuarios como virtuales socios de la eficiencia del prestador en cuanto a las ganancias dentro de X, sino algo más trascendente: la continuidad del servicio.

Tal supuesto debe, entonces, ser evaluado de manera diversa, considerando el principio de viabilidad de la prestación, ínsito en la premisa de viabilidad de la respectiva privatización⁽¹⁴¹⁾. También deberá evaluarse si esas pérdidas excesivas se deben a la mala *performance* de la firma, a su mala fortu-

(138) LAFFONT ET AL., *A Theory...*, cit., p. 18.

(139) Avala esta interpretación la reflexión del Dr. PETRACCHI en el cons. 15 de su voto en “Prodelco c. PEN s/amparo”, Fallos: 321:1252 (1998), al destacar que la ambigüedad y vaguedad de los términos, la falta de definiciones, en fin, la “serie de imprecisiones impide realizar (...) el examen de constitucionalidad que reclama la actora (sobre la relevancia de disponer de información precisa a los efectos de resolver controversias, véase LOUIS KAPLOW, “*Accuracy in Adjudication*”, Cambridge, John M. Olin Centre for Law, Economics and Business, Harvard Law School, 1996, Discussion Paper N. 198)”.

(140) Destaca TAWIL, “Avances...”, cit., ps. 392/395, que la introducción de modificaciones unilaterales en el esquema inicial (casos BT, British Gas y British Airports) no respetaron el “compromiso original”.

(141) Art. 15.2, dec. 1105/1989 (reglamentario de la ley 23.696) y dec. 633/1991, para el transporte y distribución de gas.

na, o bien a un hecho exógeno a su giro, como podría ser un hecho del príncipe u otro fenómeno que podrían erigirse en circunstancias objetivas y justificadas habilitantes del procedimiento de ajuste por causas exógenas, no sujeto a periodicidad alguna⁽¹⁴²⁾.

Dado que ese procedimiento de ajuste por causas exógenas prevé la participación previa, garantizará que en su desarrollo tomen parte los interesados, dotándose al eventual acto a dictarse (resolviendo sobre el ajuste) de una clara nota de legitimidad democrática.

VI. FACTOR DE INVERSIONES

Como se sostuvo antes, el *price-capping* implica que la tarifa será reajustada en algo menos que las variaciones de precios: se reajusta por el índice “menos” un X%, y esa diferencia implica el esfuerzo en eficiencia que debe desplegar la firma, bajo su riesgo, para tener ganancias. Este esquema, de basamento periódico —determinación periódica del factor X; aplicación semestral del índice—, se mantiene a lo largo de la concesión o licencia (salvo lo expresado en el acápite precedente).

Ahora, ciertos marcos regulatorios pueden prever que la fórmula de *price-cap* contenga no sólo el índice y el factor de eficiencia X, sino que también contenga un factor de inversiones ó factor K.

1. Finalidad

En algunos marcos regulatorios, el privatizador quiso que las inversiones originariamente previstas fueran recuperadas mediante las tarifas vigentes: si se requiriesen inversiones adicionales a las mismas, y que no pudieran ser recuperadas mediante esa clase de tarifas⁽¹⁴³⁾, procede un ajuste de la tarifa

(142) Art. 46, ley 24.065 y 24.076.

(143) REES ET AL., “RPI-X...” cit., p. 378; TAYLOR, *State Regulation...* cit., ps. 95 y ss. Cfr. ARMSTRONG ET AL., *Regulatory Reform...* cit., p. 180; NEWBERY,

mediante el factor de inversiones o factor K tal que se mantenga incólumne la razonable rentabilidad de la firma⁽¹⁴⁴⁾. Ello se detecta en un serie de licencias argentinas⁽¹⁴⁵⁾ cuyo régimen de bienes prevé la reversión de ellos, al concedente, al final de la vida del contrato⁽¹⁴⁶⁾. En esta escena, el factor K viene a enjugar erogaciones por inversiones no facultativas no cubiertas por la tarifa vigente, y, consecuentemente, no es de aplicación obligatoria salvo cuando se produzca esa no cobertura⁽¹⁴⁷⁾.

El factor de inversiones, en la fórmula, se suma⁽¹⁴⁸⁾, y como esa suma implica un traslado del respectivo costo al usuarios, viene a armonizar con la mentada reversión al concedente cumplido el plazo contractual⁽¹⁴⁹⁾. De tal modo, se aplica la fórmula $RPI - X + K$.

Es menester señalar que el traslado, a los usuarios, del costo de las mentadas inversiones no facultativas se halla sujeto a la condición de que la respectiva obra se halle enderezada a satisfacer el mercado interno: las obras que se construyen como consecuencia de los compromisos de exportación no

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, ps. 205 y ss., esp. p. 207.

(144) Dec. 1738/1992, art. 41, inc. 2º, párr. 3.

(145) Véase dec. 2255/1992 y licencias bajo él otorgadas.

(146) La delimitación de bienes que revierten es de interpretación restrictiva, “Compañía General de Electricidad de Córdoba S.A., (en liquidación) c. Provincia de Córdoba”, Fallos: 262: 302 (1965), voto del Dr. ABERASTURY.

(147) Véase la reglamentación de la ley 24.076, dec. 1738/1992, Anexo I, art. 41 (2) 3er. párr., que dice “cuándo es de aplicación el restante elemento” en opinión del Ente.

(148) Así, se prevé normativamente en el sector del transporte y distribución de gas que el índice “será a su vez ajustado, 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 (...); conf. ley 24.076, art. 41.

(149) Considérese, en especial, que, “[A la] extinción, el concesionario deberá devolver al Estado un sistema en plena operación y con la incorporación de los adelantos tecnológicos que eviten su obsolescencia y las mejoras que haya incorporado”, conf. art. 78, ley 24.076.

deben incrementar el costo en el que los usuarios nacionales incurren para recibir el servicio⁽¹⁵⁰⁾.

Asimismo, se debe tratar de obras que beneficien, no ya a un universo determinado de usuarios, sino a la mayoría de los usuarios de la red⁽¹⁵¹⁾. Por ende, son obras de utilidad común para esa mayoría de usuarios.

Por último, se recordará que no siempre los *price-caps* prevén un objetivo de eficiencia y uno de inversiones. En las licencias telefónicas argentinas se les impuso a las licenciatarias sólo el cumplimiento de un objetivo de eficiencia después de aplicado el índice, y tal modalidad subsistiría hasta el arribo de la competencia, corriendo las inversiones por cuenta de la licenciataria, incentivada a realizarlas bajo el estímulo de apropiación de las ganancias.

2. Determinación. Redeterminación

El factor de inversiones inicial, para el primer período, por ej., quinquenal, será el acordado entre el privatizador y la firma adjudicataria. Antes del comienzo del segundo período (por ej, durante el quinto año de un período quinquenal) se llevará a cabo el procedimiento de redeterminación del factor de eficiencia y del factor de inversiones, que entrarán en vigencia para el siguiente período.

Ambos factores tendrían que ser redeterminados al mismo tiempo en un mismo acto⁽¹⁵²⁾ pues no se puede saber qué previsiones efectuar para financiar las inversiones o qué otras inversiones proponer al regulador si no se conoce la nueva tarifa máxima que recepte esos dos factores.

(150) Así, en los sectores de transporte y distribución de gas natural, art. 6º, dec. 729/1995.

(151) En este sentido, dec. 2255/1992, RBL, num. 9.4.1.4.

(152) Arg. NEWBERY, DAVID M., "Rate of Return..." cit., p. 207.

3. Periodicidad

De más está reiterar que el esquema resultante también posee basamento periódico, que se mantiene en tanto no operen circunstancias objetivas y justificadas que puedan propiciar un ajuste por razones exógenas⁽¹⁵³⁾, sin perjuicio del traslado de costos legislativamente previsto.

4. Aplicación a la tarifa

Una vez determinado por el ente, el factor de inversiones se aplica por semestres y sólo después de que la inversión propuesta por la firma y autorizada por el regulador comienza a prestar el servicio a los usuarios⁽¹⁵⁴⁾. Por ello, el cambio en la tarifa a facturar sólo operará a partir de ese momento, no antes, y es el regulador el que verificará que culminó la obra en cuestión. Tal inteligencia brinda transparencia y racionalidad admirables al sistema.

Si bien el factor de eficiencia se fija mirando hacia el futuro por lo que deviene el objetivo de ahorros en costos en que deberá incurrir la firma para obtener ganancias, el factor de inversiones se fija mirando hacia el pasado, pues se aplicará contra obras aprobadas, ejecutadas y prestando servicios⁽¹⁵⁵⁾. En otras palabras, si bien el factor X mira hacia el futuro —es el objetivo que la firma deberá cumplimentar para obtener ganancias, cabe reiterar— el factor K correspondiente a cada proyecto de inversión mira hacia el pasado: aprobados los “proyectos” en la resolución que aprueba la revisión periódica de las tarifas, aprobado en esa revisión el valor del factor X y del factor K, la aplicación o cobro vía traslado a la tarifa que sufraga el usuario del proporcional de factor K se deja *en suspenso* hasta que las inversiones efectivamente se realicen. Ello significa que el factor K se aplica luego de que la firma ha acre-

(153) Véase RBL, dec. 2255/1992, 9.4.1.2. y 9.4.1.3.

(154) Nota 871/1996.

(155) FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS, *La regulación...* cit., p. 453.

ditado, ante el regulador, tanto (i) la realización de las obras de que se trata, como (ii) el desembolso del monto pecuniario correspondiente⁽¹⁵⁶⁾. De este modo, el usuario nunca sufragará inversiones inexistentes.

Esa aplicación se efectúa mediante la específica técnica de *rolling in*, equiparable a un reconocimiento de costos de expansión en relación a una base individual, preexistente⁽¹⁵⁷⁾, si bien alguna literatura regulatoria británica percibe el mecanismo de aplicación respectivo como un *passthrough* o traslado de costos⁽¹⁵⁸⁾.

5. Ventajas para los usuarios. Justicia intergeneracional

La clara garantía de aplicación, a la tarifa, del factor K, contra obras terminadas y funcionando, favorece a todos los usuarios del sistema y depara que éstos no sufragarán inversiones inexistentes; tampoco enjugarán —tarifa mediante— inversiones ineficientes pues el regulador no autorizaría las que no lo fueran. Asimismo, será una garantía a favor de un universo de usuarios de dimensiones ya que se halla previsto que los programas de inversiones que propongan las firmas deben, en principio, beneficiar a la mayoría de los usuarios del sistema de que se trate⁽¹⁵⁹⁾. Caso contrario, no podrán ser considerados como “proyectos K”.

La inversión, asimismo, beneficiará a usuarios presentes y futuros, en un marco de justicia intergeneracional. Es por ello que, el pago por los usuarios presentes, de inversiones

(156) Ello se halla plasmado en los diversos Informes producidos por el ente en oportunidad de la Revisión Quinquenal correspondiente al período 1998/2002, del Enargas, al cual cabe remitir en función de su claridad.

(157) Por ende, todos los usuarios de la red de un determinado servicio pagan lo mismo independientemente del lapso de tiempo en el cual hayan pertenecido a la red. Conf. BAUER, JOHANNES M., “*Network Expansion and Pricing in Transmission and Distribution*”, en AAVV, *Competition and Regulation in the Gas Industry*, Buenos Aires, May 16-17, 1996.

(158) En este sentido, NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Paying the Price...* cit., p. 157.

(159) *Idem* n. 155.

que también disfrutarán los usuarios futuros, implica una responsabilidad —en sentido lato— entre generaciones de usuarios.

6. Participación

La determinación —o redeterminación— del objetivo de inversiones se efectúa con participación de los usuarios, en forma similar a la adoptada con respecto al factor de eficiencia, y así se ha previsto en los marcos regulatorios⁽¹⁶⁰⁾.

7. Riesgo respectivo

El traslado a los usuarios del proporcional de factor de inversiones por inversiones concluidas debería efectuarse sobre una base igualitaria pues se trata de inversiones que benefician a la mayoría de los usuarios del sistema⁽¹⁶¹⁾. Empero, la práctica regulatoria devela que se podrá hacer pesar la incidencia del factor con mayor énfasis en ciertas clases de usuarios. Tal decisión, de aplicar el factor de modo más gravoso hacia ciertas clases de usuarios⁽¹⁶²⁾, deberá ser no indebida, no arbitraria, y deberá hallarse suficientemente motivada.

8. Fuente

En el sector británico la aplicabilidad del factor de eficiencia no posee status legislativo sino convencional. En cambio en nuestro país, sí posee status legislativo⁽¹⁶³⁾ y, además, convencional, si bien hoy se halla afectado en forma sustancial por la ley 25.561.

(160) Véase n. 57.

(161) Dec. 2255/1992, num. 9.4.1.4.

(162) Un ejemplo puede verse en la res. Enargas 463/1997, Anexo I.

(163) Véanse, por ejemplo, las licencias de transporte y distribución de gas, aprobadas por dec. 2255/1992.

9. Naturaleza política

La reversión de bienes que se opera al término de la concesión o licencia, en las condiciones pactadas, depara el regreso de los bienes al concedente, esto es, al Estado. Dado que la población es uno de los elementos del Estado, se advierte una finalidad política en la adopción del factor de inversiones pues se cumple un beneficio último para la comunidad toda, del plano de la función maximizadora del bienestar.

10. Naturaleza jurídica

Cabe remitir a las apreciaciones formuladas con respecto al factor de eficiencia.

11. Naturaleza económica

Como ya se dijo, la incorporación de un objetivo de inversiones, enjuga las que no pudieran ser recuperadas mediante las tarifas vigentes⁽¹⁶⁴⁾, a fin de que se mantenga incólumne la razonable rentabilidad de la firma⁽¹⁶⁵⁾. Por tanto, el factor de inversiones se erige en instrumento para el traslado del costo respectivo una vez que opera el condicionante.

Dado que las inversiones K —emergentes de un plan K — se trasladan a los usuarios, son económicamente neutrales para la firma.

12. Experiencia comparada

La experiencia británica⁽¹⁶⁶⁾ demuestra la adopción, en el sector de agua y cloacas, de la fórmula de $RPI + K + U$, donde K

(164) REES ET AL., "RPI-X..." cit., p. 378; TAYLOR, *State Regulation...* cit., ps. 95 y ss. Cfr. ARMSTRONG ET AL., *Regulatory Reform...* cit., p. 180; 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, ps. 205 y ss., esp. p. 207.

(165) Dec. 1738/1992, art. 41, inc. 2º, párr. 3.

(166) NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Paying the Price...* cit., ps. 157 y ss.

es un costo que se traslada a los usuarios para financiar programas de inversión de capital de la firma; y donde U corresponde al factor K no utilizado en los años anteriores⁽¹⁶⁷⁾. Empero, en rigor, se ha señalado que la fórmula es, en realidad, $RPI + K - X - U$, siendo el factor X un objetivo de eficiencia implícito en el factor K de inversiones⁽¹⁶⁸⁾.

En cambio, en el mencionado ámbito británico, para el sector de distribución de gas, la fórmula es $RPI - X + GPI - Z + E + K$, donde RPI es el Retail Price Index o Índice de Precios Minoristas; X implica restar 5%; GPI es el Gas Price Index o Índice de Precio del Gas que se traslada a los usuarios (*passthrough*) pero reducido en función de Z, que es un 1% que se resta del Índice de Precio del Gas para que la firma compre el gas eficientemente; E es un costo que se traslada (*passthrough*) a los usuarios y representa los proyectos de eficiencia energética aprobados por el regulador; y donde K representa solamente un factor de corrección ante ajustes necesarios en la facturación a los usuarios⁽¹⁶⁹⁾.

13. Diferencias con regímenes de inversiones “por fuera de la tarifa”

El supuesto de “inversiones por fuera de la tarifa”, o “proyectos de inversiones con aporte del beneficiario”⁽¹⁷⁰⁾, es bien diferente. Veamos.

(167) En este esquema, las empresas tienen 3 años para gastar el monto derivado de la aplicación del factor K.

(168) NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Paying the Price...* cit., p. 25. Esta cuestión será analizada en la sección 14, *infra*.

(169) NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Paying the Price...* cit., p. 25; en igual sentido, TAYLOR, GRAHAM, *State Regulation & the Politics of Public Service - The Case of the Water Industry*, Mansell, Londres, 1999, p. 118.

(170) Ampliar en MASSIMINO, LEONARDO, “El crecimiento de los sistemas de distribución y la seguridad jurídica”, en *Petrotecnia*, I.A.P.G., Buenos Aires, agosto 2004, ps. 72/86, esp. p. 76; y en FUNDACIÓN DE INVESTIGACIONES ECONÓMICAS LATINOAMERICANAS, *La regulación...* cit., ps. 438/439.

Existen inversiones no obligatorias, que la firma podría no llevar adelante por no vincularse con el bien del servicio público, pero que beneficiarán a usuarios particulares⁽¹⁷¹⁾. Es por ello que se realizan adelante mediante acuerdos particulares entre la firma y los usuarios —o entre la firma y quien financie las obras, por ej., un municipio, por medio de la recaudación— y esos acuerdos suscitan la intervención del Ente para protección del usuario, pudiendo asimismo el Ente dictar actos fijando los importes a cobrar por las obras⁽¹⁷²⁾.

Por ende, estas inversiones no fluyen ni de la tarifa ni de proyectos K, sino que se originan en acuerdos particulares, por los cuales los usuarios —o, en su caso, los municipios— se hacen cargo de determinados costos de expansión de la red. Se trata, es claro, de costos relacionados con inversiones que no cooperan con el sistema sino con esos usuarios en particular, y son enjuagadas por dichos usuarios convenio mediante con cada uno de ellos, y no por todo el universo de usuarios del sistema.

VII. *TIMING* O PERIODICIDAD

Un último elemento que integra, implícitamente, la fórmula de los *price-caps* se refiere al factor temporal, al tiempo, a la periodicidad.

1. Una cápsula temporal y una vía de escape

A este elemento se ha aludido antes mediante la expresión “encapsulado” pues, bajo cierta perspectiva, el *price-cap*, al implicar redeterminaciones por ej.: quinquenales del factor de eficiencia y, en su caso de inversiones, y al prever ajustes semestrales por el índice, sin perjuicio de los traslados auto-

(171) En el caso del gas, aparecen fundadas en el régimen del art. 16 de la ley 24.076, artículo que se halla reglamentado en las Res. 10/1993 y 44/1994, ambas emanadas del Enargas.

(172) Véase Res. Enargas 44/1994, para la construcción de redes que se inician bajo la Res. Enargas 10/1993 (\$530).

máticos de ciertos costos, o de las revisiones extraordinarias, aparece como: (i) ajeno a los cambios políticos o de gobierno; (ii) aislado de factores coyunturales ajenos a consideraciones jurídico-económicas. Lo dicho conduciría a desechar, en un plano ideal, los *price-caps* híbridos que prevén una “periodicidad flexibilizada” se riesgo de aplicar, a la revisión, elementos extraños al *price-cap* encapsulado en los términos reseñados.

Empero, los *price-caps* consagran una vía de escape a la mentada periodicidad para que la firma pueda hacer frente a determinados cambios exógenos o extraños a ella. Se trata de las denominadas “circunstancias objetivas y justificadas”⁽¹⁷³⁾ las cuales, previa participación de los interesados en audiencia pública⁽¹⁷⁴⁾, podrán ser calificadas como tales por el regulador, resolviéndose habilitar el correspondiente “ajuste por circunstancias objetivas y justificadas”⁽¹⁷⁵⁾ o resolviéndose sobre la inadmisibilidad de dicho ajuste.

2. Efectos con relación al traslado de costos

Vale la pena destacar la delicada tarea de hermenéutica que se pone en juego al analizar la procedencia del traslado de un costo en el marco de las tarifas reguladas por el sistema de *price-caps*.

Si se pensara en términos de una obra pública, podría imaginarse que el *price-cap* representa el precio de una contratación “a ajuste alzado”, absoluto, a realizarse en cierto lapso temporal, marco en el cual la Administración contrata y sabe que la previsión presupuestaria será igual al monto por el cual contratará la obra, esto es, sabe cuál será el costo —y el beneficio— de la obra que contrate. De similar modo, el *pri-*

(173) Art. 46, ley 24.076; art. 46, ley 24.065.

(174) Art. 46, ley 24.076; art. 46, ley 24.065.

(175) El acto que convoca a la audiencia pública, no parecería constituir acto administrativo; cfr., empero, CNACAF, Sala III, “Unión de Usuarios”, del 27/6/2003.

ce-capping de vela una tarifa máxima, fija, que por el período predeterminado, sólo se reajusta en algo menos que las variaciones de precios (por “un índice menos el factor de eficiencia”), y, en su caso, en más por el factor de inversiones una vez concretadas éstas. Lo que queda por fuera de esa “cápsula de temporalidad” quinquenal son —sin perjuicio de los ajustes por circunstancias objetivas y justificadas— los costos específicos que el privatizador o posteriormente el regulador establece como trasladables, en más o en menos, o las revisiones extraordinarias.

Debe recordarse que la traslación de un costo es un fenómeno regido por las leyes de la economía⁽¹⁷⁶⁾, que nunca se presume la no traslación de aquél⁽¹⁷⁷⁾ por lo que se debe probar la improcedencia de traslación⁽¹⁷⁸⁾, y que en el escenario “encapsulado” señalado —tarifas máximas fijas por el período, salvo las modulaciones indicadas— los efectos económicos de la admisión o rechazo del traslado de un costo en particular revelan delicada trascendencia jurídica. Por ello, tal decisión debe armonizar con los derechos y garantías que establece el ordenamiento para concesionarios y licenciatarios, en un marco de razonable previsibilidad.

3. Periodicidad y traslación de costos

En el marco de este modo de regulación, puede prever el marco regulatorio que se trasladen ciertos costos a los usuarios⁽¹⁷⁹⁾. Se trata, como es natural, de costos que suscitan variaciones en más o en menos, incontrolables para la

(176) Arg. “Compañía General de Combustibles S.A s/recurso de apelación”, Fallos: 316: 1533 (1993).

(177) Arg. “Ford Motor Argentina SA”, Fallos: 288: 333 (1974).

(178) Arg. “Compañía General Fabril Financiera SA c. Nación”, Fallos: 291: 62 (1975); “Metalúrgica Constitución SA c. Nación”, Fallos: 291: 174 (1975).

(179) La traslación de ciertos costos no constituye una novedad en las tarifas de los servicios públicos argentinos. Un ejemplo es el contrato de concesión de la CHADE, reproducido en PERRUSI, JÚPITER R., *La CHADE en Buenos Aires*, Talleres Gráficos Pila, Buenos Aires, 1935, ps. 11 y ss.

firma, y ubicados, por ende, fuera de la mentada cápsula de temporalidad.

El traslado de las variaciones en más o en menos originadas en tributos, existentes o a crearse, entran en la esfera de la denominada “cláusula de estabilidad fiscal”, la cual mereció oportuna interpretación jurisprudencial⁽¹⁸⁰⁾. Otros conceptos teóricamente trasladables a los usuarios finales son el precio del gas, producido en el segmento teóricamente libre denominado producción, desregulado en forma total desde 1994⁽¹⁸¹⁾, que se traslada al usuario final, interpretado por vía jurisprudencial⁽¹⁸²⁾; en el cap. VII se vuelve sobre este aspecto pues hoy se halla intervenido; las cargas patronales, que pueden ser elevadas o disminuidas por el gobierno⁽¹⁸³⁾; entre otros supuestos.

VIII. LOS MITOS EN TORNO A LOS *PRICE-CAPS*

1. ¿Qué se reduce?

Suele afirmarse que la regulación por *price-caps* implica que las tarifas que sufragan los usuarios se reducirán. Ello merece estos párrafos.

No es cierto que la existencia de una regulación por *price-cap* implique de por sí, automáticamente, que los precios que sufraguen los usuarios serán cada vez menores porque la fir-

(180) CNACAF, Sala II, “Transportadora de Gas del Norte”, del 12/11/2002.

(181) Dec. 2731/93, reglamentario del art. 83 de la ley 24.076. El traslado de dicho precio se halla analizado en MASSIMINO, LEONARDO, *El passthrough del gas - Los ajustes de tarifa por variaciones en el precio del gas en boca de pozo*, Cuadernos del CERE N° 2, Universidad Austral, Facultad de Derecho, La Ley, Buenos Aires, 2001.

(182) Véanse CNACAF, Sala II, “Metrogas”, 11/7/2000, sobre traslado del precio del gas en el punto de ingreso al sistema y “Gas Natural Ban”, Fallos: 327: 281 (2004).

(183) Acerca de ello puede verse LUCHINO, ANDRÉS D., “La reducción de los aportes patronales y su vinculación con las tarifas de servicios públicos”, en RAP, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, N° 210, ps. 133/137.

ma estará estimulada a ser más eficiente. Esta noción, políticamente atractiva, no está, de manera alguna, comprendida en el régimen analizado. Ello pues el sistema de regulación por *price-caps* no garantiza que los precios se reducirán⁽¹⁸⁴⁾; lo que sí asegura es que los precios se reducirán “después” del ajuste por el índice. Esa reducción posterior al índice se concreta mediante el factor de eficiencia.

Desde el punto de vista político sería casi idílico que se beneficiara al consumidor garantizándosele que no habrá aumentos, como si el índice no existiera; pero ello equivaldría a que la empresa tendría que absorber los aumentos emergentes de las variaciones del índice, que le son extrañas, variaciones relacionadas con los precios de los bienes y servicios tenidos en mira para la fijación del cuadro tarifario inicial. Ello desnaturalizaría la fórmula y las bases del negocio, tornándolo inviable⁽¹⁸⁵⁾ en razón de que la firma sería conducida a hacer frente a aumentos en costos que se hallan claramente fuera de su control⁽¹⁸⁶⁾.

De tal suerte, el *price-capping*, como “sistema de reducción de las tarifas”, no implica un descenso de las mismas, sino que implica un reajuste de ellas *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.

(184) Cfr. “Prodelco c. PEN s/amparo”, Fallos: 321:1252 (1998), cons. 10 del voto del Dr. BOGGIANO: el “sistema *“price-cap”*... no se basa en las ganancias de las empresas, sino en trasladar periódicamente a los consumidores una rebaja de las tarifas como consecuencia de la eficiencia que aquellas empresas han de lograr en la administración de sus negocios”.

(185) Conclusión similar a la que propicia Bös, *Pricing...*, cit., p. 279 al referirse a las función maximizadora del bienestar.

(186) TRAIN, KENNETH E., *Optimal Regulation - The Economic Theory of Natural Monopoly*, The MIT Press, Cambridge, Mass., 1997, p. 325.

2. Protección dual

Suele reinar una percepción conforme la cual las tarifas reguladas por *price-caps* no descenderían nunca, por lo que parecerían beneficiar solamente a la firma, y nunca a los usuarios.

Como se recordará, la fórmula RPI-X, a diferencia del sistema de tasa de retorno, permite monitorear de cerca la eficiencia de la empresa⁽¹⁸⁷⁾, y así el usuario se beneficia con ella. Mas en el esquema descrito, ello juega en un plano temporal de continuidad del sistema tal que se permitan las revisiones o redeterminaciones periódicas del factor de eficiencia (y, en su caso, de inversiones)⁽¹⁸⁸⁾ con participación de los usuarios⁽¹⁸⁹⁾. El usuario se beneficia, además, con las innovaciones tecnológicas que la firma incorpore⁽¹⁹⁰⁾.

En ese marco de continuidad temporal, el RPI-X posee un doble función maximizadora: la función maximizadora del bienestar de los usuarios, y la función maximizadora de las ganancias de la firma⁽¹⁹¹⁾; la maximización de las ganancias de la firma tiene un límite (por ej., no arriesgar la seguridad del servicio); y la maximización del bienestar de los usuarios también tiene un límite (que los precios no se reduzcan tanto que el negocio se torne inviable). La búsqueda y obtención de ese equilibrio es, precisamente, el que gobierna toda implementación de un *price-cap*, y, especialmente, la determinación del factor de eficiencia.

(187) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 28.

(188) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 35.

(189) Para nuestro país, en el contexto regulatorio contractual originario, debe ponerse de resalto, en este aspecto, la sana regulación en el marco del transporte y distribución de gas, RBL, dec. 2255/1992, num. 9.5.1.2. *in fine*; así como la firme práctica regulatoria fundada en razones de relevancia, por ej., Res. ENRE 1710/1998.

(190) 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. LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 10.

(191) Bös, *Pricing...*, cit., ps. 278 y ss.

3. Aparente provisionalidad

El sistema de regulación de las tarifas mediante *price-caps* nació con una suerte de marca genética de provisionalidad hasta alcanzarse la libre competencia en el respectivo servicio. La paternidad⁽¹⁹²⁾ de la adopción de este modo de regulación de las tarifas se debe, en la escena británica, a Littlechild, quien produjo entre octubre de 1982 y febrero de 1983 un informe⁽¹⁹³⁾ —de 42 páginas— que marcó el derrotero de las privatizaciones en su país —principalmente a partir de la de BT en 1984— y que ejerció influencias notables en el pensamiento regulatorio posterior⁽¹⁹⁴⁾. El mencionado asesor consideró, como axioma indiscutible, que la regulación es la forma de evitar los peores excesos de los monopolios y que es un medio de resistir hasta que arribara la competencia⁽¹⁹⁵⁾.

Mas esta afirmación debe ser ponderada con cautela pues no puede haber competencia cuando hay monopolio natural⁽¹⁹⁶⁾, o cuando está corriendo el plzo de una exclusividad temporal.

(192) Sin embargo, debe tenerse presente que la fórmula de RPI-X fue originariamente empleada en el Reino Unido en 1983 por la Office of Fair Trading, antes de que la propusiera Littlechild; ampliar en DORKEN, JOHN, “RPI-X, Then and Now”, en *Incentive Regulation*, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1992, p. 20.

(193) LITTLECHILD, STEPHEN C., Professor of Commerce, University of Birmingham, *Regulation of British Telecommunications' Profitability - Report to The Secretary of State, February 1983*, Department of Industry, Londres, 1983.

(194) El Informe Littlechild de 1983, como se lo alude generalmente, es citado en prácticamente toda obra especializada británica posterior a 1983. En español, véanse, entre otros, ARIÑO ORTIZ, GASPAS, *La regulación económica - Teoría y práctica de la regulación para la competencia*, Ábaco, Buenos Aires, 1996, ps. 138 y ss.; TAWIL, GUIDO S., “Avances regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria”, en EDA 2000/2001, ps. 380/404; BIANCHI, *La Regulación...*, cit., t. I, p. 347.

(195) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 7.

(196) LITTLECHILD, *Regulation...*, cit., p. 6; SOLA, *Constitución y economía...* cit., p. 728.

IX. CARACTERES ESENCIALES

Finalmente, resulta conveniente repasar los caracteres que se han atribuido a los *price-caps* a fin de detectar sus precisos alcances.

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. En nuestro país, como ya se señaló, ese esquema tiene fuente legal y convencional⁽¹⁹⁷⁾, y en oportunidad de las redeterminaciones, la participación de los usuarios otorga legitimidad democrática a la decisión⁽¹⁹⁸⁾.

Finalidad: Ese acuerdo o negociación hace a cuánto se espera que la empresa reduzca sus costos, o cuánto más eficiente se espera que sea. Sólo reduciendo costos obtendrá la firma ganancias. Empero, la fijación del objetivo de eficiencia no podrá tornar el negocio inviable.

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

Periodicidad: El factor inicial se fija en el respectivo contrato; durante el último año del período se trabaja en sede regulatoria en la revisión del factor de eficiencia (y, en su caso, de inversiones) que regirá durante el siguiente período; si los períodos son quinquenales, durante el décimo año en dicha sede se trabaja en la redeterminación del factor para el tercer quinquenio, y así sucesivamente. Esta periodicidad, y las revisiones a ella vinculadas, fundan la nota de continuidad antes señalada, que viene a hallar, en oportunidad de la revisión, un

(197) Arg. "Compañía Swift de La Plata c. Sociedad Puerto del Rosario", Fallos: 153: 183 (1928), esp. p. 190, donde en el contrato en cuestión había revisiones quinquenales en acuerdo entre concedente y concesionario.

(198) Así, en nuestro "La Administración legisladora", en CASSAGNE, JUAN CARLOS (Dir.), *Derecho procesal administrativo*, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. I, ps. 391/437.

límite de caracteres preclusivos⁽¹⁹⁹⁾ de cara al período concluido en forma regular. Empero, dicha periodicidad debe ser insertada en economías que ofrezcan una estabilidad que permitan el cumplimiento de los plazos y períodos señalados.

Fijación ex ante: Al privatizarse el servicio, el factor X inicial —y, en su caso, el factor K inicial— se fijan para el primer período (por ej., quinquenal), o sea, para el futuro; el factor redeterminado se determina para regir a partir del momento cero del segundo período, y así sucesivamente. Por ende, esa determinación tiene un rasgo de *predicción*, elaborada con intervención de los sectores comprendidos —firma, usuarios, ente— que, en caso de ser errada, puede conducir a que la firma no sea tan eficiente como podría serlo (factor de eficiencia demasiado laxo) en perjuicio de los usuarios, o a que se dificulte el negocio (factor de eficiencia demasiado exigente) en perjuicio de los intereses de la firma. El *know-how* del regulador y la preeminencia del dato de convencionalidad ya apuntado cobran, de tal modo, notable trascendencia.

Nótese que a diferencia del régimen de *cost plus*⁽²⁰⁰⁾, cual podría ser el caso de la regulación por tasa de rendimiento, que regula las tarifas tal que se cubran todos los costos —de cualquier origen— de la empresa salvo interpretación legislativa o jurisprudencial en contrario, el *price-capping* implica que el regulador haga una proyección de los costos hacia el siguiente período y permita tarifas que los cubran durante el período inmediato siguiente mas en condiciones de eficiencia⁽²⁰¹⁾.

(199) Arg. reglamentación del art. 42 de la ley 24.076 en el dec. 1738/1992.

(200) Acerca del sistema de cost-plus, véase LORENTI, “Aproximación...”, cit., p. 89, quien lo identifica con el sistema de tasa de rendimiento o de retorno (*rate of return regulation*). En Argentina, el marco regulatorio 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, p. 158.

(201) BALDWIN ET AL, *Understanding...*, cit. p. 228.

X. SÍNTESIS

Triunfante en las privatizaciones británicas de los '80, la regulación de las tarifas mediante *price-caps* fue replicada en las privatizaciones de Argentina de los '90s, y su fundamento es la noción de eficiencia, objetivo que fluye hoy de la Constitución reformada en 1994, cuyo art. 42 pide eficiencia en los servicios públicos.

El sistema de regulación de tarifas por medio de *price-caps* involucra el establecimiento, por el regulador, de un precio máximo y su ajuste. El ajuste involucra un índice y un factor, tal que la tarifa nueva (T_n) es igual a tarifa anterior (T_v) ajustada por RPI-X: $T_n = T_v (RPI-X)$. Si se previere un factor de inversiones, la fórmula aplicable será RPI - X + K, con lo que $T_n = T_v (RPI - X + K)$. Estos factores se redeterminan periódicamente (por ej., cada 5 años), con participación de los interesados.

El índice representa cambios incontrolables por la firma, y, ya publicado, es de aplicación automática —por ej., semestral—. Los índices extranjeros utilizados en los marcos regulatorios de los '90s correspondían a economías estables; por ej., un 0.4% anual. Pero tal índice no se aplica sin más: la tarifa se reajusta en algo menos, para incentivar a la empresa a ser eficiente. Por ej., dado un índice del 0.5%, y un objetivo de eficiencia del 0.2%, la nueva tarifa no será reajustada en 0.5% sino en 0.3%.

Por fuera de estas ataduras temporales (quinquenales, semestrales), quedan los pedidos de ajuste por circunstancias objetivas y justificadas, y los traslados de costos previstos en la ley.

Hay un mito sobre los *price-caps* que dice que, bajo tal sistema, las tarifas que sufragan los usuarios se reducirán. Ello no es así: no es que se reduzcan, sino que aumentan un tanto menos que lo que deberían aumentar si se mantuvieran a la par de las variaciones de costos. Un aumento a la par sería idílico, pero disvalioso para los usuarios pues la empresa no estaría incentivada a ser eficiente.

Los *price-caps* gozan de *convencionalidad*; su *finalidad* es el mantenimiento de la viabilidad del negocio; los ahorros en eficiencia nunca pueden hacer peligrar el servicio, su calidad, y las condiciones de seguridad pactadas; la *periodicidad* hace precluir etapas, y la fijación *ex ante* del objetivo de eficiencia (y de inversiones) brinda predictibilidad al sistema; finalmente, a diferencia del régimen de *cost plus*, cual podría ser el caso de la regulación por tasa de rendimiento, que regula las tarifas tal que se cubran todos los costos —de cualquier origen— de la empresa salvo interpretación legislativa o jurisprudencial en contrario, el *price-capping* implica que el regulador haga una proyección de los costos hacia el siguiente período y permita tarifas que los cubran durante el período inmediato siguiente mas en condiciones de eficiencia.

XI. FEASIBILIDAD

Todo este sistema, consagrado en los marcos regulatorios sancionados en los '90s, fue herido fatalmente por el art. 8°⁽²⁰²⁾ de la ley 25.561, de enero de 2002. Por ese artículo, el núcleo de la fórmula —el índice— devino de prohibida aplicación mientras dure la emergencia que la ley declara, sin perjuicio de la pesificación.

De tal manera, en los hechos, perdieron virtualidad todas las fórmulas que contemplaban ese índice⁽²⁰³⁾, y los objetivos de eficiencia —y, en su caso, de inversiones— en ellas incluidos⁽²⁰⁴⁾. El congelamiento ha llevado a la asfixia de licencia-

(202) “Dispónese que a partir de la sanción de la presente ley, en los contratos celebrados por la Administración Pública bajo normas de derecho público, comprendidos entre ellos los de obras y 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 (...)”.

(203) Leyes 24.065, 24.076, entre otras. Ampliar en nuestro *Régimen de las tarifas...*, ps. 356/404.

(204) Ídem n. 204.

tarias⁽²⁰⁵⁾, a la publicación de costos imposibles de enfrentar por la licenciataria con tarifas congeladas⁽²⁰⁶⁾, a la manipulación de la demanda energética⁽²⁰⁷⁾, a la reestatización de voluminosas concesiones⁽²⁰⁸⁾, a la eliminación de las audiencias públicas y demás procedimientos participativos, especialmente en materia de inversiones publicadas, temperamento convalidado por cierta jurisprudencia⁽²⁰⁹⁾, sin perjuicio de la protección cautelar de amplio espectro⁽²¹⁰⁾; al abandono de la regla de eficiencia de asignación de costos.

Por fuera de la cápsula del servicio público —obligatorio, continuo—, la previsible huida de las inversiones en la generación o producción llevan todo el cuadro *back to the future*, hacia fines de los '80s, es decir, hacia antes de las privatizaciones, cuando se programaban los cortes de luz por manzanas⁽²¹¹⁾, y había que cuidar el gas para fabricar electricidad... lo cual hoy se suple con gas que llega Argentina en buques

(205) DONOVAN, FLORENCIA, "TGN se declaró en convocatoria, y fue suspendida de la Bolsa", en *La Nación*, 2/6/2012.

(206) L. 26095; remitimos a nuestro "Los cargos específicos de la ley 26.095 (un costo, desagregado, muy especial, y la enseñanzas de Marienhoff)", en *ReDA*, Depalma, Buenos Aires, 2008, vol. 20, ps. 1157/1176.

(207) Nos permitimos remitir a "Un costoso régimen para garantizar el suministro de energía (en torno a la res. se 1281/2006)", en *ReDA*, Depalma, Buenos Aires, 2011, vol. 23, ps. 201/216.

(208) Un completo paneo de las desprivatizaciones —incluso más allá de las licencias y concesiones de servicios públicos— puede verse en GROTTOLA, LEONARDO, "Intervención estatal en la economía y organizaciones públicas: el caso de la Oficina Nacional de Control Comercial Agropecuario ONCCA (2005-2008)", Instituto de Investigaciones Gino Germani, Facultad de Ciencias Sociales, UBA, s/f, p. 3.

(209) Ver precedentes citados en "Los cargos específicos...", op. loc. cit. Ver, asimismo, BIANCHI, ALBERTO B., "Objeciones regulatorias y constitucionales a los llamados 'cargos específicos'. (A propósito del caso 'Ulloa c. Enargas')", en LA LEY 2010-D, 155/170.

(210) CNACAF, Sala V, "Defensor del Pueblo de la Nación - inc med c. EN —dto 2067/2008— MS Planificación - res. 14517/2008 y otro s/proceso de conocimiento", expte. 6.530/2009, del 10/9/2009; del mismo tribunal, "Defensor del Pueblo de la Nación - inc med c. Enargas resol 615/2009 s/proceso de conocimiento", expte. 23.091/2009, del 22/9/2009.

(211) S/A, "El apagón que despidió a Alfonsín", en *Clarín*, 28/3/2004.

desde una hermana nación latinoamericana o desde Medio Oriente, a precios siderales⁽²¹²⁾.

De esta manera, un modo de regulación de las tarifas claro, simple, garantista, que en Reino Unido ya ha cumplido cerca de tres decenios, se ha tornado, entre nosotros, letra muerta con casi un decenio de vida, para erigir a la indemnidad del concesionario o licenciatario en un sueño imposible, y para malgrado de quienes más necesitan de la protección de la regulación económica —v.gr., los usuarios—; con más los costos de transacción propios de las rupturas contractuales que finalmente son enjugados por los usuarios —cuando no los contribuyentes— presentes y futuros.

Mientras tanto, el mar de libertad constitucional con los excepcionales islotes de máxima regulación —tarifas de los servicios públicos— se ha venido a reducir hasta casi desaparecer ante la publicación de precios⁽²¹³⁾, se halle, o no, de por medio, un servicio público. Mas ello amerita otro artículo, más adelante.

(212) Dec. 2067/2008; ampliar en nuestro “Las tarifas de los servicios públicos”, en LA LEY, 2009-E, 882/884.

(213) S/A, “El control de precios en Argentina, una historia repetida”, en *La Nación*, 6/2/2013.

