

INSTITUTO DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO (IEDA)
ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO XIII

FUENTES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

GUSTAVO BOULLAUDE (Director)

María Gabriela Ábalos - Alberto B. Bianchi
Luis Armando Carello - Juan Carlos Cassagne
Pablo A. Gutiérrez Colantuono - Ignacio M. de la Riva
Tomás Hutchinson - Héctor M. Pozo Gowland
Estela B. Sacristán - Alfonso Santiago (h)
Jorge H. Sarmiento García



LexisNexis



exceso de tareas frente a la cantidad de casos que tiene para resolver no sólo incrementa el perjuicio que afecta a los administrados, sino que muchas veces estimula a que sea la propia Administración la que corrija los excesos reglamentarios.

f) El sistema constitucional conforme al cual el Congreso dicta las leyes que en definitiva regulan la actividad del Poder Ejecutivo y sus órganos y organismos dependientes jerárquica o funcionalmente es el mecanismo más adecuado para evitar los excesos. En los casos en los que la Administración fija sus propias reglas y las aplica, como ocurre con el ejercicio de la potestad reglamentaria, el control judicial debe ser amplio.

g) En el ejercicio por parte del Poder Ejecutivo de la potestad legislativa en los casos de delegación o de necesidad y urgencia, es imprescindible el control posterior que de tales facultades ejerza el Congreso.

h) Por último, en la práctica los distintos tipos de reglamentos no se presentan en forma claramente identificables. Por ello, más allá de las atribuciones que pueda invocar el Poder Ejecutivo para dictarlos, debe analizarse la naturaleza de las normas dictadas como antecedente necesario para determinar los requerimientos generales y particulares que en cada caso deben cumplir.

CAPÍTULO IX LA EQUIDAD COMO FUENTE EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por ESTELA B. SACRISTÁN

Sumario: I. Planteo. II. La equidad en el texto constitucional. III. La equidad en el marco del derecho civil y del derecho procesal civil y comercial. IV. La equidad y su aplicación por la Corte Suprema. V. Acerca de la equidad en el marco de las licencias y concesiones de servicios públicos. VI. Conclusiones.

I. PLANTEO

La equidad y su aplicación como fuente en el ámbito del derecho administrativo pueden despertar actitudes diversas. En efecto, existen autores como Marienhoff que no la visualizan como tal; en similar línea se ubica Cassagne¹. Ahora, solemos apreciar su aplicación en decisiones jurisprudenciales², incluso en el ámbito iusadministrativo. Por otra parte, en el marco de un arbitraje, los árbitros podrán estar habilitados para fallar con base en el derecho, o bien con base en la equidad —“como tuvieren a bien” — según sean, respectivamente, árbitros de derecho o amigables componedores³.

¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 321; CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, t. I, 7ª ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 200.

² Un trabajo que recoge pluralidad de aplicaciones de la equidad en el derecho nacional es el de PESARESI, Guillermo, “Apuntes sobre los conceptos, clasificaciones y aplicaciones de la ‘equidad’ en el derecho argentino”, JA 2005-I-1353/1375.

³ Ampliar en EDER, Phanor J., *Principios característicos del ‘Common law’ y del derecho latinoamericano*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, ps. 83 y ss., y su cita de *Las siete partidas*, part. 3, tít. 4, ley 23.

Ello conduce a diversos interrogantes, entre los cuales sobresale el que aparece como el principal, esto es, si la equidad constituye o no una fuente del derecho administrativo y, en última instancia, si es adecuado aplicarla en las soluciones de derecho, específicamente de derecho administrativo. Ello, teniendo siempre presente la enseñanza aristotélica en punto a la equidad como correctivo de la justicia⁴, o como interpretación razonable de la ley⁵, o como justicia del caso en concreto⁶: "...*Cuando la ley hablare en general y sucediere algo en una circunstancia fuera de lo general, se procederá rectamente corrigiendo la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos, porque si el legislador mismo hubiera estado ahí presente, así lo habría declarado, y de haberlo sabido, así lo habría legislado*"⁷.

Este trabajo apunta a indagar en las diversas cuestiones que la equidad como fuente provoca. A tal fin, se analizan varios supuestos de aplicabilidad, o, en su caso, de inaplicabilidad, y a partir de ellos se construyen las conclusiones pertinentes.

II. LA EQUIDAD EN EL TEXTO CONSTITUCIONAL

Se recordará que la equidad aparece en forma expresa en el texto de la norma fundamental y en diversas ocasiones. Así, en punto a las condiciones de labor de los trabajadores⁸, de aplicación en los fallos "Aquino"⁹ y "Vizzoti"¹⁰; el trato a conferir a los consumidores¹¹; las contribuciones

⁴ Se sigue SMITH, Patricia (ed.), *The Nature and Process of Law. An Introduction to Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 759.

⁵ Ampliar en RECASENS SICHES, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, 6ª ed. Porrúa, México, 1978, ps. 654/660, esp. p. 654.

⁶ LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho*, 5ª ed. rev. y amp., Bosch, Barcelona, 1979, ps. 352/360, esp. p. 354.

⁷ ARISTÓTELES, *Ética nicomaquea* (vers. esp. e introd. de Antonio Gómez Robledo), 19ª ed., Porrúa, México, 2000, p. 71.

⁸ Art. 14 bis, CN.

⁹ Corte Sup., 21/9/2004, "Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa 'Aquino, Isacio' v. Cargo Servicios Industriales SA", Fallos 327:3753 (2004), esp. cons. 4º.

¹⁰ Corte Sup., 14/9/2004, "Vizzoti, Carlos Alberto v. Amsa SA s/despido", Fallos 327:3677 (2004), esp. cons. 7º.

¹¹ Art. 42, párr. 1º, CN.

que puede imponer a la población el Congreso¹² y la distribución de la masa coparticipable¹³; la educación pública estatal¹⁴.

Ello en cuanto al derecho positivo, de máximo rango; previsiones específicas que han sido objeto de estudio, en cuanto a sus alcances, por parte de los constitucionalistas¹⁵.

III. LA EQUIDAD EN EL MARCO DEL DERECHO CIVIL Y DEL DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL

El Código Civil aporta un nutrido conjunto de supuestos en los que la equidad aparece receptada por el texto legal infraconstitucional: así, en la definición de obligación natural¹⁶; en la fijación, por el juez, del resarcimiento¹⁷; para morigerar una indemnización¹⁸; en el campo de la excesiva onerosidad sobreviniente¹⁹. Todos estos supuestos han sido analizados, con detalle, por Bustamante Alsina²⁰, entre otros.

Y el Código de rito establece un supuesto en que el magistrado fallará de acuerdo con la equidad: se trata de la determinación de la suma por alimentos²¹.

En todos estos supuestos no habría dificultades para admitir la adecuación de la aplicación directa de las consideraciones de equidad en un caso en particular.

¹² Art. 4º, CN.

¹³ Art. 75, inc. 2º, párr. 3º, CN.

¹⁴ Art. 75, inc. 19, párr. 3º, CN.

¹⁵ Véase, entre otros, GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina*, 2ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 39, nros. 110 y 118; ps. 542 y ss., y 580/582.

¹⁶ Art. 515, CCiv.

¹⁷ Art. 907, CCiv.

¹⁸ Art. 1069, párr. 2º, CCiv.

¹⁹ Art. 1198, párr. 5º, CCiv.

²⁰ Véase la disertación de BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "Función de la equidad en la realización de la Justicia", en *Anales*, nro. 29, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Buenos Aires, Segunda Época, año XXXV, 1991, ps. 559/578.

²¹ Art. 644, CPCCN.

IV. LA EQUIDAD Y SU APLICACIÓN POR LA CORTE SUPREMA

Ahora, la cuestión de si los magistrados pueden o deben juzgar con base en la equidad más allá de que ese criterio aparezca en la normativa constitucional o infraconstitucional aplicable al caso no es un mero ejercicio intelectual en torno de un tema que podría parecer gobernado por la intuición. Antes bien, la adopción de la equidad como fuente implícita en el ordenamiento bien puede reflejar una preferencia por encima de la aplicación mecánica de la ley.

Para ilustrar el interrogante propuesto, y a modo de ejemplo, si se repasan las líneas del trascendente fallo "Bustos"²², se advertirá que las consideraciones efectuadas en más de un voto parecen haber hallado inspiración —con matices— en el instituto que nos ocupa, no obstante el amplio universo normativo que regía el caso. Repárese en consideraciones emergentes del dictamen del señor procurador general, en especial cuando expresa que "las últimas medidas enunciadas constituyen el eslabón final de una serie de reglas tendientes a normalizar el sistema financiero y a conciliar la necesidad de su saneamiento con los derechos de los ahorristas, procurando que el esfuerzo que se le impone resulte *equitativo* en comparación con el del resto de la población"²³. Y —más importante aún— detengámonos en pasajes puntuales de los diversos votos producidos en aquel caso, que, en lo sustancial, aluden a que "resulta de *equidad* manifiesta que, frente a los incumplimientos y diferimientos externos, alguna contribución patriótica pueda serle razonablemente exigida a los acreedores locales"²⁴; "lo esencial radica en la estructura jurídica destinada a distribuir *equitativamente* los quebrantos para lo cual se requiere un ponderado examen de (...) que reducciones se harán o negociarán a fin de guardar una razonable *equidad* distributiva"²⁵; "tomando en cuenta que este límite [U\$S 70.000 de valor nominal original] puede afectar a quienes tuviesen depósitos relativamente superiores y sería poco *equitativo* privarles de esa devolución, esta Corte

²² Corte Sup., 26/10/2004, "Bustos, Alberto Roque y otros v. EN y otros", en COLOMBO, Carlos J. (dir.), supl. especial LL del 28/10/2004, Fallos 327:4495 (2004).

²³ "Bustos", fallo cit., Dictamen de la Procuración General de la Nación, cap. X, párr. 12.

²⁴ "Bustos", cit., cons. 17, *in fine*, del voto del señor ministro doctor Boggiano.

²⁵ "Bustos", cit., cons. 20 del voto del señor ministro doctor Boggiano.

admite como límite el doble del señalado"²⁶; "[se] señala una dirección jurisprudencial que pretende resolver con el menor grado de lesión a la *equidad* (...) las desgraciadas consecuencias de un estado de necesidad"²⁷; por último, "las normas imponen la necesidad de que todos soporten *equitativamente* las consecuencias de la emergencia"²⁸. Asimismo, en el fallo citado, mas en la disidencia, se considera, con cita de "Vizzoti"²⁹, que el Tribunal "estableció una pauta (...) teniendo en cuenta los principios que han venido siendo enunciados (...), cuestión que sólo puede estar regida por la prudencia y los imperativos de justicia y *equidad*..."³⁰.

Una apreciación preliminar del tema podría llevar a pensar que la equidad debería quedar confinada a supuestos en los que la norma expresa previa aplicable prescribe su aplicabilidad. En esta línea, podría entenderse que las causas deberían ser falladas de conformidad con el derecho, salvo aquellos supuestos específicos que habilitan la invocación de la equidad como fuente directa. Veamos esta cuestión a la luz del Código Civil y a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema.

1. Los arts. 15 y 16 del Código Civil. Una interpretación acotada

Un enfoque restrictivo acerca de la cuestión de la aplicabilidad de la equidad ante una ausencia de norma expresa habilitante al efecto enraizaría en las previsiones de los arts. 15 y 16, CCiv., y no se advertiría su inadecuación al ámbito iusadministrativista.

Según esos artículos, los jueces no pueden dejar de juzgar so pretexto de silencio, obscuridad o insuficiencia de las leyes, y si la cuestión no puede resolverse ni por las palabras ni por el espíritu de la ley, deberán aplicar los principios de leyes análogas, y, eventualmente, los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso. Como puede verse, la enumeración no incluye textualmente a la equidad. De allí podría

²⁶ "Bustos", cit., cons. 11 del voto del señor ministro doctor Zaffaroni.

²⁷ "Bustos", cit., cons. 16 del voto del señor ministro doctor Zaffaroni.

²⁸ "Bustos", cit., cons. 29 del voto de la señora ministro doctora Highton de Nolasco.

²⁹ Corte Sup., 14/9/2004, "Vizzoti, Alberto v. Amsa SA s/despido", Fallos 327:3677 (2004).

inferirse que un tribunal de justicia no podría fallar con base en ese criterio por no hallarse habilitado por los citados artículos.

De hecho, entre los iusadministrativistas, Bielsa entendía que la equidad no podía sustituir a la ley³¹ y Marienhoff³² se rehusaba a ver a la equidad como una fuente jurídica —del derecho administrativo o del derecho en general— en tanto ninguna ley le atribuye tal carácter, de modo tal que sería erróneo, en nuestro país, pretender o proponer soluciones de derecho basadas en la equidad.

En similar senda, Cassagne³³ enseña que la equidad no es una fuente del ordenamiento jurídico, sino un principio general; y también parece admitirla, como principio general, Gordillo³⁴. Asimismo, existiría reticencia, por parte de la doctrina constitucionalista, en considerar a la equidad como fuente del derecho constitucional. En tal sentido, puede verse la obra integral de Linares Quintana³⁵. Sagüés, por su parte, en el campo de la interpretación constitucional, critica la aplicabilidad de la equidad destinada a hacerle decir a la norma lo que ésta no dice³⁶. Es más, Legaz y Lacambra advierten acerca de que un retorno a la equidad podría, en ciertos casos, significar una “reinstauración de la arbitrariedad”, cuando esta última es claramente inadecuada para generar soluciones justas³⁷. Y según una interpretación adoptada por la Corte Suprema, la equidad debería quedar confinada a una invocación restrictiva. Así lo entendió, por ejemplo, en el fallo “Morgat”³⁸, entre otros precedentes, donde sostuvo que

³⁰ “Bustos”, cit., cons. 30 de la disidencia del señor ministro doctor Fayt.

³¹ BIELSA, Rafael, *Metodología jurídica*, Castellví, Santa Fe, 1961, p. 500.

³² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 4ª ed. act., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1990, p. 289, y esp. p. 309: “[Q]ue en el terreno de los principios, la equidad ‘pueda’ ser fuente de derecho, no significa que lo sea”.

³³ CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, cit., t. I, cap. VI (“Las fuentes del derecho administrativo”), p. 200.

³⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 8ª ed., FDA, Buenos Aires, 2003, p. VI-28: “es más importante la razonabilidad, justicia o equidad en los casos concretos, que la ley de cuya aplicación se trata”.

³⁵ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. 2, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1977, ps. 449/503.

³⁶ SAGÜÉS, Néstor P., *La interpretación judicial de la Constitución*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 124.

³⁷ LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho...*, cit., p. 356.

³⁸ “Machado de Morgat, Nélica Rosa y otro v. Jorge Omar Morandi y otro”, Fallos 303: 1137 (1981).

la misma era inhábil para otorgar derechos no consagrados en la norma legal positiva.

Desde el punto de vista del derecho comparado, una interpretación restrictiva en punto a la equidad no guarda sino arreglo con la comparación de textos constitucionales. Otra Constitución —la de los Estados Unidos, que ha sido considerada fuente de inspiración de la nuestra³⁹— prevé expresamente al derecho y a la equidad como fuente en su art. III, sección 2: así, corresponderán a ese Poder Judicial todos aquellos casos que, de acuerdo con el derecho y con la equidad, versen sobre puntos regidos por la Constitución⁴⁰. Ello, al tiempo que nuestra Constitución Nacional, en su art. 116, sólo prescribe que corresponde a la Corte Suprema y a los tribunales inferiores de la Nación el conocimiento y decisión de todas las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por las leyes de la Nación. Es evidente que en el texto norteamericano se adjetivan —mediante un complemento— las causas o casos: son casos constitucionales “de derecho” y casos constitucionales “de equidad”⁴¹. En cambio, en nuestra Constitución esa calificación no aparece, lo cual indicaría un claro ejemplo de aspecto en el cual nuestro Constituyente de 1853/60 se habría apartado de aquel texto fundamental extranjero.

Precisamente, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha avalado esta postura en cuanto sostuvo, al interpretar el art. 100, CN (actual art. 116),

³⁹ Ampliar en GARCÍA MANSILLA, Manuel J. - RAMÍREZ CALVO, Ricardo, *Las fuentes de la Constitución Nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006; BIANCHI, Alberto B., *Historia de la formación constitucional argentina (1810-1860)*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, ps. 187/198; así como en el artículo de VANOSSI, Jorge R., “La influencia de la Constitución de los Estados Unidos en la Constitución Argentina”, en *Revista del Colegio de Abogados de San Isidro*, nro. 10-11, ps. 73/148.

⁴⁰ “The Judicial Power shall extend to all cases, in law and equity, arising under this Constitution, the laws of the United States, and treaties made, or which shall be made, under their authority...”. Acerca de esta cláusula, véase HARO, Ricardo, “El control de constitucionalidad comparado y el rol paradigmático de las cortes y los tribunales constitucionales”, en *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Konrad Adenauer-Stiftung, Montevideo, 2004, vol. 2004-1, ps. 41/74, esp. ps. 48/49.

⁴¹ Según el *Black's Law Dictionary*, GARNER, Bryan (ed.), West, St. Paul, Minn., 1999, p. 581, fallar con base en la equidad —*ex aequo et bono*— significa que el que decide no se halla obligado a aplicar reglas de derecho (*legal rules*) y puede, en cambio, seguir principios de equidad (*equitable principles*).

que el Poder Judicial argentino carece de potestad y competencia en casos de pura equidad, salvo lo que pueda incorporarse como elemento interpretativo, no de contraposición legal, en sus pronunciamientos⁴².

De acuerdo con estas consideraciones, y de cara al art. 16, CCiv., transcripto al comienzo de este acápite, la respuesta que se podría proponer es la de la posible invocación de la equidad como "principio general" —de la específica disciplina de que se trate, o del derecho en general—, tal que el magistrado la aplique después de haber agotado la enumeración establecida en el art. 16 citado, esto es, después de que no haya podido fallar el caso de conformidad con la letra de la ley, su espíritu y los principios de leyes análogas⁴³. Ello, salvo que exista norma específica previa que la prevea, en cuyo caso se la aplicaría directamente, sin agotar otras fuentes.

2. La invocación de la equidad como principio

Una antigua y amplia interpretación en torno de la aplicabilidad de soluciones de equidad se percibe en un caso en el cual, ante la ausencia de disposición legislativa que comprendiera el caso, se resolvió que debía ocurrirse, para resolverlo, a los principios de justicia y equidad, erigidos en fundamentos del derecho⁴⁴.

⁴² "Guati, Lorenzo y otros v. Provincia de Jujuy", Fallos 155:302 (1929), esp. cons. 10: "... [A] diferencia de la Suprema Corte Federal de Estados Unidos que, según la sección II del art. 3° de la Constitución extiende su jurisdicción 'a todos los casos en derecho y equidad' conforme al *common law* y la tradición inglesa (STORY, t. II, ps. 321 a 323; LAMBERT, *Le Gouvernement des Juges*, etc., ps. 16 y ss.), el Poder Judicial argentino carece de potestad y competencia en casos de pura equidad, salvo la que pueda entrar como elemento interpretativo, no de contraposición legal, en sus pronunciamientos (art. 100, CN)".

⁴³ Tal tesis sería compatible con la inteligencia adoptada por LEGAZ y LACAMBRA, Luis, *Filosofía del derecho...*, cit., p. 648, en cuanto a que "las consideraciones de moralidad, justicia y equidad pueden tener entrada en el ámbito del control jurisdiccional de la Administración". También sería compatible con la postura de Nino, en cuanto a que en las sentencias judiciales, los jueces "toman en consideración, en los fundamentos de la sentencia, determinados criterios generales de razonabilidad, equidad"; ver NINO, Carlos S., *Introducción al análisis del derecho*, 2ª ed. ampl. y rev., 3ª reimpr., Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 151.

⁴⁴ "Fisco Nacional v. varios comerciantes", Fallos 5:74 (1895).

Asimismo, la posibilidad de invocación de la equidad como si fuera un principio ha sido sostenida por la Corte Suprema al afirmar que los jueces sólo en los casos de silencio u oscuridad en las leyes pueden recurrir a la equidad, costumbre, leyes análogas o principios generales⁴⁵.

3. La equidad y la doctrina de arbitrariedad de sentencias

Vale la pena poner de resalto que se ha sentado, jurisprudencialmente, una suerte de "deber" de los jueces de juzgar las causas con equidad. Tal interpretación nació en el marco de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias⁴⁶.

En tal sentido, sostuvo la Corte Suprema, en "Oilher"⁴⁷, que, si bien el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos y si no puede éste, en principio, juzgar la equidad de la ley no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión; de lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica refida con la naturaleza misma del derecho.

El *upgrade* de la equidad en la jurisprudencia reseñada en el párrafo precedente —si bien acotada a la doctrina de la arbitrariedad de sentencias a los fines del mentado "deber" de aplicarla— depara consecuencias que no pueden ser soslayadas: es que ese deber —juzgar con equidad— no aparece supeditado ni a la norma previa habilitante, ni al agotamiento de la taxonomía establecida en el art. 16, CCiv. De tal modo, puede decirse que, en el precitado caso "Oilher", la Corte elevó a la equidad al estatus de fuente autónoma, de aplicación directa, para enderezar la solución

⁴⁵ "Villalba, Eulogio S. v. Caja Nacional de Jubilaciones y Pensiones de Empleados Ferroviarios", Fallos 155:274 (1929); en igual sentido, BREBBIA, Roberto, *La equidad en el derecho de daños*, cit. por GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, 5ª ed., FDA, Buenos Aires, 1998, p. XVI-14.

⁴⁶ Sobre este canal de incorporación de la equidad, BUSTAMANTE ALSINA, Jorge H., "Función...", cit., ps. 573/578.

⁴⁷ "Oilher, Juan Carlos v. Arenillas, Oscar Norberto", Fallos 302:1611 (1980).

que el tribunal inferior había dado al caso⁴⁸. Mas ello —permítasenos la reiteración— sólo en el campo de la arbitrariedad de sentencia, esto es, en el denominado ámbito anormal del recurso extraordinario.

Como puede inferirse de lo dicho hasta aquí, la Corte Suprema parecería haberse autohabilitado para aplicar, directamente, la equidad, al fallar. En este punto, resulta irrelevante la diferenciación acerca de si la aplicará como principio o como fuente autónoma. Es más, ese Tribunal sentó no sólo la facultad de aplicarla, sino también el deber de hacerlo, y ése era el deber que el tribunal inferior en "Oilher" había incumplido.

4. La Corte Suprema y la equidad

Para encarar la cuestión de la posibilidad de invocación, por parte de los tribunales, de la equidad como fuente, vale la pena volver al trascendente fallo "Bustos", ya citado, e indagar en las diversas consideraciones que en él se efectúan en torno de aquélla.

Según se desprende de uno de los votos, la equidad aparece invocada en la preparación de la escena de convalidación de la normativa en crisis: en punto al sacrificio exigido a los acreedores locales⁴⁹, y en cuanto a la distribución *equitativa* de los quebrantos, para lo cual se requieren reducciones de *equidad* distributiva⁵⁰. En otro voto se sentencia: "...las normas imponen la necesidad de que todos soporten *equitativamente* las consecuencias de la emergencia"⁵¹. Más importante aún, de otro voto —el del señor ministro doctor Zaffaroni— surge que la equidad origina: (i) una consideración previa: "sería poco *equitativo*" privar de la devolución a ciertos ahorristas⁵²; (ii) un parcelamiento de ahorristas: "tomando en cuenta que este límite

⁴⁸ En el marco de una acción de usucapión, iniciada por un hijo natural continuador de la posesión iniciada por su padre, la Corte Suprema (mayoría integrada por los señores ministros doctores Rossi, Frías y Black) dejó sin efecto la sentencia anterior que había ignorado la existencia de otro juicio, sucesorio, en el cual el actor había sido declarado heredero. El actor había llevado la declaratoria a la causa por usucapión recién al expresar agravios ante la Cámara.

⁴⁹ "Bustos", cit., cons. 17, *in fine*, del voto del señor ministro doctor Boggiano.

⁵⁰ "Bustos", cit., cons. 20 del voto del señor ministro doctor Boggiano.

⁵¹ "Bustos", cit., cons. 29 del voto de la señora ministro doctora Highton de Nolasco.

⁵² "Bustos", cit., cons. 11 del voto del señor ministro doctor Zaffaroni.

[U\$S 70.000 de valor nominal original] puede afectar a quienes tuviesen depósitos relativamente superiores y sería poco *equitativo* privarles de esa devolución, esta Corte admite como límite el doble del señalado", v.gr., U\$S 140.000⁵³; (iii) una consideración final: "[se] pretende resolver con el menor grado de lesión a la *equidad* (...) las desgraciadas consecuencias de un estado de necesidad"⁵⁴; por tanto, en este último voto, la equidad es empleada para afectar la igualdad, estableciendo discriminaciones, de fuente jurisprudencial.

Ahora, sin perjuicio de los estudios y reflexiones que ha suscitado el célebre fallo que nos ocupa⁵⁵, debemos preguntarnos: ¿Puede la Corte Suprema fallar con base en la equidad cuando es llamada a actuar como tribunal de derecho, aplicando esa fuente, como fuente autónoma o como principio?

La jurisprudencia reseñada, en especial el fallo "Oilher" ya citado, la habilitaría —con cortapisas— para hacerlo en la arena de las sentencias arbitrarias: ello, pues, como se vio, en el caso se aplicó la equidad para dejar sin efecto la sentencia del tribunal inferior; implícitamente, similar competencia ejerció al dejar sin efecto, por arbitraria, la sentencia del tribunal inferior en el célebre caso "Saguir y Dib"⁵⁶, entre otros.

En forma paralela, mas fuera del ámbito de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, se advierte una clara aplicación de criterios de equidad en el parcelamiento de ahorristas formulado en el voto del señor ministro doctor Zaffaroni en "Bustos", ya citado. Y aquí podría darse por finalizada la disquisición, admitiendo —no sin cierta preocupación— que la Corte Suprema puede fallar casos constitucionales, en general, con base en la equidad. En este punto, resulta inevitable la comparación con los casos "Vizzoti" y "Aquino" antes citados, en los cuales la norma constitucional daba su venia expresa a los fines de la aplicación del criterio que nos ocupa.

⁵³ "Bustos", cit., cons. 11 del voto del señor ministro doctor Zaffaroni.

⁵⁴ "Bustos", cit., cons. 16 del voto del señor ministro doctor Zaffaroni.

⁵⁵ Ampliar en COLOMBO, Carlos J. (dir.), LL del 28/10/2004, cit., y trabajos allí incluidos, a los que cabe remitir.

⁵⁶ "Saguir y Dib, Claudia Graciela", Fallos 302:1284 (1980).

Más debemos preguntarnos también, desde una perspectiva más amplia: ¿Resulta adecuado que la Corte Suprema falle con base en la equidad cuando es llamada a actuar como tribunal de derecho, en el ámbito normal del recurso extraordinario, esto es, cuando media cuestión federal en su acepción clásica?

En una primera hipótesis, podría decirse que, si se concluye en la inconstitucionalidad de la norma impugnada, ésta será inaplicable al caso —como si no existiera⁵⁷—, y si se la declara inconstitucional, para el caso, fundándose en razones de equidad, ello no aparecerá sino como manifestación perfecta de la enseñanza aristotélica apuntada al comienzo de este trabajo.

Ahora, si el tribunal, como lo hizo en “Bustos”, concluye en la constitucionalidad del ordenamiento impugnado constitucionalmente, ¿puede decirse que era adecuado invocar —entre otros argumentos— la equidad para convalidar la normativa en crisis? El precitado fallo devela un aspecto preliminar, y dos posturas diferentes sobre esta cuestión:

a) La consideración preliminar es que la equidad parece haber sido invocada mayoritariamente, en forma expresa, en los votos reseñados en la sección II de este trabajo, y también en el de los señores ministros doctores Maqueda y Belluscio dada la remisión que efectúan en el cons. 7° de su voto al dictamen reseñado también en la sección II de estas líneas. Ello, en el marco de un caso de admisibilidad de la acción de amparo. Asimismo, en el ámbito de la consideración preliminar esbozada, se diferencian matices, que, en lo sustancial, se analizan en los dos acápite que siguen.

b) Del voto de la señora ministra doctora Highton de Nolasco se infiere una necesidad de que las consecuencias de la emergencia sean soportadas por todos en forma equitativa, y es por eso que, según su voto, los ahorristas reciben \$ 1.40 más CER —aproximadamente, a la época de dictado del fallo, \$ 2.14—, cuando otros acreedores pesificados recibirán un

⁵⁷ “Gregolinsky y Cía. v. Impuestos Internos”, Fallos 202:184 (1945); “Rubén Maleki”, Fallos 264:364, esp. p. 365. Ampliar en BIANCHI, Alberto B., *Control de constitucionalidad*, t. 1, 2ª ed. act., restr. y aum., Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 343/344.

peso por cada dólar⁵⁸. En este sentido, soportar con equidad la medida viene a significar “propiedad no afectada sustancialmente”. En otras palabras, viene a significar “razonable afectación de la propiedad”, y, según sabemos, el tradicional umbral a tal fin, en materia de confiscatoriedad, es del 33%. Así las cosas, si la propiedad permanece inalterada en su sustancia mientras esa afectación no supere ese 33%, y si, en los hechos, la diferencia entre los guarismos 2.14 y 3 representa aproximadamente el 29%, la equidad en este voto equivale a no confiscatoriedad. Y en este punto, la solución última convalidada —al igual que la que suman los votos restantes, de los señores ministros doctor Boggiano y doctores Maqueda y Belluscio, y la del señor ministro doctor Zaffaroni por montos superiores a los indicados en el acápite siguiente— resiste incólumne ante los años de jurisprudencia convalidatoria de aquel umbral del 33%⁵⁹.

c) Del voto del señor ministro doctor Zaffaroni se deduce que equidad es diferenciar grupos de ahorristas según el monto involucrado⁶⁰: ello, pues se impone “un tratamiento diferenciado de depositantes de cuantías mayores y menores”⁶¹. Al parcelarse el universo de ahorristas, afloró, con toda su fuerza, la posibilidad judicial, en especial, del Máximo Tribunal, al ejercer el control constitucional, de “*corregi[r] la omisión en aquella parte en que el legislador faltó y erró por haber hablado en términos absolutos*”⁶². Las consecuencias prácticas del parcelamiento, en cuanto a los efectos prácticos de la determinación de la suma de U\$S 140.000 sobre la formación de la mayoría de la Corte Suprema fue oportunamente analizada⁶³. De tal

⁵⁸ La vinculación de tal aspecto redistributivo equitativo o inequitativo, a la luz del precedente inmediato anterior de la Corte Suprema, bajo una diferente composición, puede verse en AGUILAR VALDEZ, Oscar R., “La responsabilidad del Estado por la pesificación asimétrica del sistema financiero”, LL del 5/8/2004, supl. Actualidad, p. 3, sección III, *in fine*.

⁵⁹ “Horvath, Pablo v. Fisco Nacional - DGI”, Fallos 318:676 (1995); “Indo SA v. Fisco Nacional - DGI”, Fallos 318:785 (1995); “Fernández Aguilera, Segundo, Sucesión”, Fallos 211:34 (1948); “Ganadera e Industrial Ciriaco Morea SA v. Provincia de Córdoba”, Fallos 210:172 (1948); “Devoto y González, María J. v. Provincia de Córdoba”, Fallos 210:310 (1948); entre muchos otros.

⁶⁰ “Bustos”, cit., cons. 11 del voto del señor ministro doctor Zaffaroni.

⁶¹ “Bustos”, cit., cons. 8° del voto del señor ministro doctor Zaffaroni.

⁶² ARISTÓTELES, *Ética...*, cit., p. 71.

⁶³ BIANCHI, Alberto, “Los efectos del caso ‘Bustos’, por ahora”, en COLOMBO, Carlos J. (dir.), LL del 28/10/2004, cit., ps. 11/12.

modo, el establecimiento del umbral, de U\$S 140.000, aparece fundado en la equidad, que la Corte Suprema puede aplicar al ejercer su control.

La pregunta final, entonces, que el fallo mencionado dejaría en pie, es la siguiente: ¿Hacía falta invocar la equidad para convalidar —con las modulaciones apuntadas— el régimen impugnado?

Ya vimos que la Corte Suprema “puede” invocar la equidad al ejercer el control de constitucionalidad, en especial porque así lo ha admitido ella misma, más allá de la taxonomía de fuentes aplicable o la preexistencia o inexistencia de norma habilitante; incluso tiene el “deber” de hacerlo en ciertos casos de arbitrariedad de sentencia. Como puede verse, ambos supuestos comprenden el denominado recurso extraordinario en su ámbito normal —por mediar cuestión federal—, y en su ámbito anormal —doctrina de la arbitrariedad de sentencias—. Y confluyen en la función que desempeña el magistrado manteniendo equilibrios a través de diversas formas de justicia⁶⁴.

Ahora, acerca de si la Corte Suprema necesitaba acudir a la equidad, si bien la respuesta es claramente afirmativa en relación con el voto del señor ministro doctor Zaffaroni (pues necesitaba invocarla para habilitar clasificaciones —de valor jurisprudencial— que, más allá de sus efectos, revelaron morigeraciones al régimen, en un caso que no involucraba excepción alguna a la normativa en crisis por edad o enfermedad, habilitando también, indirectamente, matices en punto al *holding* del fallo⁶⁵ y sus efectos ante los tribunales inferiores), en los restantes votos que formaron la mayoría —convalidante de la pesificación de los depósitos a razón de \$ 1.40 más CER—, como de sostener una razonable restricción a la propiedad se trataba⁶⁶, podría haberse adoptado una senda distinta:

⁶⁴ Se explaya sobre esta función CASSAGNE, Juan Carlos, “De nuevo sobre los principios generales del derecho en el derecho administrativo”, en AA.VV., *El derecho administrativo argentino, hoy. Jornadas presididas por el Prof. Dr. Miguel S. Marienhoff*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 24/30, esp. p. 25.

⁶⁵ Ampliar en op. cit., nro. 57.

⁶⁶ La razonabilidad de la medida también se halla presente en todos los votos; ampliar en GELLI, María A., “El caso ‘Bustos’: entre la inadmisibilidad del amparo, las incógnitas de las cautelares, y la pesificación convalidada”, en COLOMBO (dir.), LL del 28/10/2004, cit., ps. 5/7, esp. p. 6.

Se podría haber invocado la tradicional jurisprudencia ya reseñada que ha consagrado el límite numérico para tener a la propiedad como no afectada en su sustancia; ello, pues, en el caso, se afectó un porcentaje inferior al mencionado umbral. En otras palabras, la doctrina de la confiscatoriedad, y sus límites, hubiera tornado insustancial la invocación de la equidad.

V. ACERCA DE LA EQUIDAD EN EL MARCO DE LAS LICENCIAS Y CONCESIONES DE SERVICIOS PÚBLICOS

Existe, como sabemos, un aparente supuesto de aplicación de la equidad, en una materia contractual como la de las concesiones y licencias de servicios públicos, órbita por demás trascendente, pues abarca infraestructuras de importancia económica. La equidad, en ese ámbito, parecería emparentada con el carácter esencial del servicio público⁶⁷. De tal suerte, la equidad en la provisión de ese servicio, esencial, equivaldría, en algunos supuestos, a proveerlo a una tarifa diferencial, más reducida, incluso equivalente a cero, a financiar mediante aportes de otros usuarios (subsídios cruzados, prohibidos en algunos sectores), o bien aportes estatales. Y ello no parecería sino como manifestación de la equidad o del trato equitativo invocado en el art. 42, CN⁶⁸.

Ahora, desde una perspectiva más amplia, alguna literatura regulatoria habría hecho hincapié, en el marco de las licencias y concesiones de servicios públicos, en la equidad como generadora de obligaciones “extra” de la firma de cara al universo de usuarios que sirve. Parecería existir una tendencia a incluir esta hipótesis en las denominadas “obligaciones sociales

⁶⁷ Esencialidad que, por lo demás, depara una intervención estatal que no se seguiría exclusivamente de ese carácter, pues existen bienes y servicios que, no obstante su esencialidad, no se hallan regulados a fin de no provocar su escasez en el mercado. Tal el caso del precio de la nafta, o el precio de ciertos componentes de la canasta básica familiar, como el pan o la leche.

⁶⁸ Sobre los alcances de esta cláusula, SARMIENTO GARCÍA, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1999, p. 341. Téngase en cuenta que la constitucionalización de la categoría jurídica del servicio público desplaza toda concepción opuesta a la subsistencia de dicho instituto, si bien bajo diferentes ropajes; ampliar en PÉREZ HUALDE, Alejandro, *El concesionario de servicios públicos privatizados*, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 3/6.

de la firma", de modo tal que se construyan, doctrinariamente, tal clase de obligaciones de la firma sobre la base de fundamentos de equidad. Ello, con efectos expansivos que colocan bajo riesgo el equilibrio económico de la respectiva licencia o concesión.

La aplicación de la doctrina que puede ser denominada "de las obligaciones sociales de la firma" —vale la pena puntualizarlo— ha suscitado diversas críticas especializadas⁶⁹, a las cuales nos volcamos seguidamente.

Así, se han señalado obligaciones sociales de la firma prestadora del servicio público, pero sólo en punto al servicio universal⁷⁰, y ello en el marco del estándar de justa retribución o compensación que invariablemente lo gobierna, noción que se halla íntimamente vinculada a la conveniencia de la figura de la concesión o licencia a los fines de su concreción⁷¹. Tal perspectiva coloca el peso de las respectivas decisiones no sólo sobre las empresas prestadoras, sino también sobre el regulador y el gobierno.

La postura que admite la existencia de obligaciones sociales de la firma arguye que la firma prestadora del servicio público tiene obligaciones de índole social, obligaciones ante la sociedad, y que en esa perspectiva, las diferencias contables entre la tarifa reducida o nulificada por razones de equidad y la tarifa general debería ser enjugada por el accionariado; ello, en razón de la situación de monopolio —natural— en el que prestan el servicio. Esta interpretación es pasible de diversas críticas, que no pueden dejar de puntualizarse:

1. En primer lugar, la firma tiene obligaciones legal-contractuales, y algunas de esas obligaciones pueden ofrecer un aparente perfil social fundado en la equidad. Por ejemplo, la obligación del distribuidor de abastecer toda demanda razonable, art. 25, ley 24.076 de Marco Regulatorio del Gas. Tal prescripción podría hacer creer que un usuario, sin

⁶⁹ En especial, GRAHAM, COSMO, *Regulating Public Utilities. A Constitutional Approach*, Hart Publishing, Oxford, 2000, ps. 142 y ss.

⁷⁰ GRAHAM, COSMO, *Regulating...*, cit., ps. 142/143.

⁷¹ Señalan Beato y Laffont que sería más fácil lograr el cumplimiento de las obligaciones del servicio universal dentro de una concesión que a través de la competencia oligopolística; conf. BEATO, Paulina - LAFFONT, Jean Jacques, *Competition in Public Utilities in Developing Countries*, Technical Paper Series, Sustainable Developing Department, Inter-American Developing Bank, Washington DC, 2002, p. 19.

importar cuán lejos está ubicado de la distribuidora más cercana, deberá ser abastecido con gas. Empero, obligaciones como ésta deben ser interpretadas no en forma aislada sino en el marco regulatorio respectivo; en el ejemplo propuesto, el distribuidor de gas deberá satisfacer toda demanda que no resulte ineficiente, pues el art. 32 de dicha ley establece que las habilitaciones podrán obligar a los transportistas y distribuidores a extender o ampliar las instalaciones —para alcanzar a los usuarios— cuando ello resulte conveniente a las necesidades del servicio público, y siempre que puedan recuperar, mediante tarifas, el monto de sus inversiones con más la rentabilidad. Impera, en este aspecto, el principio de equilibrio contractual del concesionario o licenciatario.

2. En segundo lugar, como ya se dijo, no es que el carácter esencial del servicio o el elemento monopolio natural justifique una tarifa distinta por razones de equidad, sino que esos elementos tornan necesaria la regulación⁷², que puede redundar en una tarifa equitativa, para una clase dada, por razones de —precisamente— equidad, a financiar del modo que se disponga.

3. En tercer lugar, la responsabilidad por el cumplimiento de las obligaciones sociales fundadas en la equidad recae en el Estado como deudor, no en las firmas privadas. Éstas son sociedades comerciales. Por ende, quien debe responder por sus obligaciones sociales es el Estado⁷³, por medio de las directrices del organismo especializado: el regulador. Es éste, en cercano contacto con los usuarios presentes y futuros y sus planteos, y con las firmas, quien mejor se halla facultado para proponer y diseñar —dentro del ámbito de sus competencias expresas e implícitas— las políticas convenientes necesarias a los fines de la equidad perseguida como objetivo.

Avala lo dicho el rechazo suscitado hacia una clase de técnica de reparto de ganancias con los usuarios en especial, como manifestación de

⁷² Compárense NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Paying the Price. A Consumer View of Water, Gas, Electricity and Telephone Regulation*, HMSO, London, 1993, p. 133, destacando el elemento monopolio como fundamento de la regulación, por un lado; y, por el otro, BONBRIGHT, James C. - DANIELSEN, Albert L. - KAMERSCHEN, David R., *Principles of Public Utility Rates*, 2ª ed., Public Utilities Reports, Arlington, Virginia, 1988, p. 16: "...lo que debe justificar la regulación de la *public utility*, entonces, es la necesidad de regulación, y no meramente la necesidad del producto".

⁷³ En igual sentido, NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Paying the Price...*, cit., p. 133.

las obligaciones sociales de la firma: se trata de la técnica de regulación de tarifas por el sistema de "sliding scales".

Esta técnica ha sido explicada por la doctrina regulatoria, y consiste en que se permite que los dueños de la firma y los consumidores compartan tanto las ganancias como las pérdidas⁷⁴. En otras palabras, hace que las tarifas sean rebajadas cuando la tasa de retorno de la firma excede el objetivo prefijado y dicho reajuste es parcial para permitir que la firma conserve algo de sus ganancias⁷⁵. El razonamiento *a contrario sensu*, se entiende, sería sorprendentemente aplicable para el caso en que no alcanzara ese objetivo prefijado.

Graham ha criticado en forma vehemente esta técnica con fundamentos en que: a) se genera la dificultad adicional de definir "ganancia excesiva", o ganancia que excede el objetivo; b) los problemas de las ganancias excesivas, en última instancia, dependen, en el campo de los *price-caps*, de la fijación del factor X, inicial y posteriores, según sean factores "generosos" o "exigentes"⁷⁶. Además, sostiene que esta concepción de reparto nunca fue aplicada por regulador alguno en la historia de las privatizaciones británicas; ningún marco regulatorio y ningún regulador adoptó un enfoque por el cual la firma deba compartir sus ganancias inesperadas con los usuarios⁷⁷.

⁷⁴ VISCUSI, W. Kip. - VERNON, John M. - HARRINGTON Jr., Joseph E., *Economics of Regulation and Antitrust*, 3ª ed., The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 2000, p. 368; en igual sentido, LAFFONT, Jean-Jacques - TIROLE, Jean, *A Theory of Incentives in Procurement and Regulation*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, 1993, p. 16.

⁷⁵ En LAFFONT, Jean Jacques - TIROLE, Jean, *A Theory...* cit., p. 16, se enumeran las diversas experiencias en las que se empleó esta técnica.

⁷⁶ Tales supuestos se analizan en nuestro, "Eficiencia y tarifas (con especial referencia al factor X)", en CASSAGNE, Juan Carlos (dir.), RDA, Depalma, Buenos Aires, nro. 36/38, enero-diciembre 2001, ps. 173/202.

⁷⁷ GRAHAM, Cosme, *Regulating Public Utilities...*, cit., p. 154. Críticos también hacia el aludido reparto, GREEN, Richard - RODRÍGUEZ PARDINA, Martín, *Resetting Price Controls for Privatized Utilities*, Economic Development Institute of the World Bank, Washington DC, 1999, esp. ps. 12/13. Debe diferenciarse la técnica de "sliding scales", aquí aludida, del denominado "windfall tax", aplicado en Reino Unido en 1997 por el gobierno laborista generando 5.2 billones de libras esterlinas que se destinaron a financiar un plan de reducción del desempleo juvenil. Sobre este último, ampliar en BAILEY, Stephen, *Public sector economics, theory, policy and practice*, 2ª ed., Palgrave, 2002, p. 366. Como puede verse, este impuesto a las ganancias inesperadas no se compartió con los usuarios, sino que tuvo el fin apuntado.

En última instancia, se entiende que la mentada técnica deviene descartable cuando de regulación por *price-caps* se trata, pues, establecidos el objetivo de eficiencia y los precios máximos que podrá percibir la firma, los ahorros de la firma en pos de su cumplimiento son compartidos con los usuarios al cobrar esos precios máximos, por lo que los usuarios devienen, en lo que al cumplimiento de ese objetivo refiere, socios de la firma.

También desplaza las consideraciones de un pretendido deber de la firma de compartir sus ganancias con los usuarios, por razones de equidad, el denominado "deber de prestar el servicio"⁷⁸, cuando la prestación opera en un marco de monopolio natural. Ello, pues dicho deber conlleva la obligación de prestar el servicio, bajo las mencionadas condiciones, mas de prestarlo a un precio razonable⁷⁹, que vedará hipotéticas ganancias excesivas a compartir con los usuarios.

VI. CONCLUSIONES

Como puede verse, la aplicabilidad de la equidad, en el específico marco iusadministrativo, presenta múltiples facetas, de elevado interés, que aquí han sido bosquejadas.

Las conclusiones que pueden construirse, de acuerdo con lo dicho, son las siguientes:

a) La equidad aparece en forma expresa, en el texto de la norma fundamental; en diversas ocasiones, y su aplicación a los casos, en tales supuestos, guarda arreglo con la adecuación en un marco de apego al texto legal expreso (sección II).

b) En el nivel infraconstitucional, las normas legales expresas también incorporan ese concepto, y al efecto cabe remitirse a diversas disposiciones del Código Civil o del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁷⁸ Sobre esta directiva, el estudio más clásico es el de ARTERBURN, Norman F., "The Origin and First Test of Public Callings", *University of Pennsylvania Law Review* (1926-1927), vol. 75, ps. 411/428.

⁷⁹ CRAIG, P. P., *Administrative Law*, 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1999, p. 342.

En todos estos supuestos también se aprecia la adecuación de la invocación de la equidad en un caso jurisprudencial dado (sección III).

c) El apego al texto expreso de los arts. 15 y 16, CCiv., puede propiciar la incorporación de la equidad como principio, y la doctrina iusadministrativista ha admitido expresamente tal inteligencia. En el marco interpretativo, tal adopción se verifica en la jurisprudencia de la provincia de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias, e incluso en supuestos de recurso extraordinario en su ámbito normal, mediando, por excelencia, cuestión federal. Mas parecería conveniente reparar, antes de proceder derechamente a la aplicación de la equidad en supuestos en los que media cuestión federal, en el resultado que se alcanza mediante otras técnicas interpretativas que ofrece la tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema (sección IV).

d) Sin perjuicio del texto constitucional y su mención de la equidad en el art. 42, en el campo de las concesiones y licencias de servicios públicos debe rechazarse la denominada "doctrina de las obligaciones sociales de la firma", no obstante sus aparentes fundamentos de equidad en la medida en que: 1. no se trate de cuestiones de servicio universal sin perjuicio del principio de equilibrio de la concesión o licencia; 2. se lleve al accionariado a hacerse cargo de dichas obligaciones, pues ello es contrario al conjunto de obligaciones legal-contractuales preexistentes y al equilibrio a ellas asociado; 3. depare que los dueños de la firma y los consumidores compartan ganancias y pérdidas, pues ello es contrario a aquel conjunto de obligaciones legal-contractuales preexistentes, además de constituir un caso extraño al principio de tarifa justa y razonable que se halla contenido en los principales marcos regulatorios; 4. involucre la prestación del servicio en condiciones ineficientes pues el propio art. 42, CN, brega por lo contrario, esto es, una prestación eficiente (sección V).

CAPÍTULO X RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS REGLAMENTOS EJECUTIVOS

Por ALFONSO SANTIAGO (h)

Sumario: I. *Presentación.* II. *Los reglamentos ejecutivos en el marco de la función legislativa y de la potestad reglamentaria del Poder Ejecutivo en el gobierno contemporáneo.* 1. *Las distintas instancias de la función legislativa.* 2. *Las distintas clases de reglamentos que dicta el Poder Ejecutivo.* III. *Problemática constitucional de los reglamentos ejecutivos.* 1. *Fundamento constitucional de los reglamentos ejecutivos: el art. 99, inc. 2º.* 2. *Principio de legalidad y la determinación de los ámbitos de competencia de la ley y del reglamento ejecutivo.* 3. *Distinción entre reglamentación y delegación legislativa.* 4. *Características de los reglamentos ejecutivos.* 5. *Sujetos que pueden dictar los reglamentos ejecutivos.* 6. *Leyes y otras clases de normas que pueden ser reglamentadas por el Poder Ejecutivo.* 7. *Relación jerárquica entre ley y reglamento: el exceso reglamentario.* 7.1. *La adecuación del reglamento ejecutivo al espíritu de la ley reglamentada.* 7.2. *Los diversos supuestos de exceso reglamentario.* 7.3. *La reglamentación de una ley considerada inconstitucional por el Poder Ejecutivo.* 7.4. *Ejemplos jurisprudenciales de exceso reglamentario.* 8. *Jerarquía normativa de los reglamentos ejecutivos.* 9. *Omisión reglamentaria por parte del Poder Ejecutivo.* 10. *Control legislativo de los reglamentos ejecutivos.* 11. *Derogación o modificación de la ley reglamentada y su efecto sobre el reglamento ejecutivo.* 11.1. *Derogación de la ley reglamentada.* 11.2. *Modificación explícita o implícita de la ley reglamentada por una nueva ley.* 12. *Efecto jurídico de la declaración de inconstitucionalidad de un reglamento ejecutivo.* IV. *Conclusiones.*