



## REVISIÓN JUDICIAL EN MATERIA TARIFARIA: LA EXPERIENCIA COMPARADA<sup>1</sup>

Estela B. Sacristán<sup>2</sup>

*RESUMEN: Efectúa la autora un análisis de un tema de enorme interés doctrinario y jurisprudencial, como lo es la revisión en sede judicial de las tarifas cobradas por las empresas reguladas. Destaca la existencia de varios puntos en común entre la jurisprudencia estadounidense y la argentina en esta materia, lo que se explica por cierta similitud en sus textos constitucionales, aunque también advierte dos fenómenos inversos en cada país: el consolidado abandono por las Cortes de Estados Unidos de la revisión tarifaria vía judicial, y la creciente judicialización del análisis de las tarifas por los tribunales trasandinos. Se centra en el estudio del fenómeno estadounidense, previa descripción de las etapas regulatorias tarifarias en este país, y escudriña las circunstancias cómo se ha llevado a cabo este proceso hasta el estado actual sin ocasionar detrimento ni agravio alguno a la Carta Fundamental.*

### I. PLANTEO

La cuestión de la revisión judicial de las tarifas, sobre la cual se ha explayado la doctrina<sup>3</sup>, y alrededor de la cual existe una vasta y polifacética experiencia jurisprudencial, siempre deleva elevado interés académico, en especial si se consideran experiencias comparadas.

En dicho renglón, cabe anotar que se habría acusado un notable descenso en los ca-

sos de revisión judicial de tarifas en el medio norteamericano<sup>4</sup>.

Al mismo tiempo, en Argentina, se advierte una sustancial judicialización de dichos planteos.

Considérese, enunciativamente, que la Corte Suprema argentina ha debido dirimir, como máximo tribunal, trascendentes casos –ya célebres– tales como el del rebalanceo telefónico<sup>5</sup>; el del redondeo del ticket de subterrá-

1 Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Santiago, noviembre de 2005.

2 Abogado, profesora invitada de Derecho Administrativo Comparado en el Máster en Derecho Administrativo, y profesora invitada de Economía y Regulación, especialización en Derecho de la Regulación de los Servicios Públicos, ambos de la Universidad Austral de Argentina.

3 Véanse, en especial, GRECCO, Carlos M., “Potestad Tarifaria, Control Estatal y Tutela del Usuario (A Propósito de la Privatización de Entel)”, en *ReDA*, Depalma, Buenos Aires, 1990, N° 5, pp. 481 y ss.; CASSAGNE, Juan Carlos, “El servicio público en el campo de la contratación administrativa”, en CASSAGNE, Juan Carlos - ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Servicios públicos, regulación y renegociación*, LexisNexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, pp. 51 a 92, esp. pp. 72 a 75 para la revisión judicial en materia de protección de licencias y concesiones; y, específicamente, ARIÑO ORTIZ, GASPAR, “Servicio público y control judicial. El caso de las tarifas”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, “Servicios públicos...”, cit., pp. 131 a 152.

4 BREYER, Stephen G. - STEWART, Richard B. - SUNSTEIN, Cass R. - SPITZER, Matthew L., “Administrative Law and Regulatory Policy”, 5th ed., Aspen Law, New York, 2002, pp. 266.

5 “PRODELCO c/ PEN s/ amparo”, Fallos: 321: 1252 (1998). Este fue uno de los casos redistributivos, entre usuarios del interior y de zonas urbanas; ampliar en AGUILAR VALDEZ, ÓSCAR R., “El acto administrativo regulatorio”, en AAVV, *Acto Administrativo y reglamento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, 2002, pp. 433 a 472, esp. pp. 441.

neo<sup>6</sup>; el de la instalación de medidor de agua en un edificio de propiedad horizontal con cargo al consorcio<sup>7</sup>; el del encuadre tarifario del punto de suministro de alumbrado público<sup>8</sup>; el de la procedencia del cargo por servicio universal y mejora ambiental<sup>9</sup>; el de la suspensión cautelar del ajuste por el índice previsto en la fórmula para todas las licenciatarias de transporte y distribución de gas del país<sup>10</sup>; entre muchos otros.

De otra parte, si se compara la jurisprudencia norteamericana –en especial, la emanada de la Corte Suprema de los Estados Unidos– y argentina –en especial, la emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación– en el campo del derecho procesal constitucional y en materia de revisión judicial de la actividad de la Administración, se advertirán múltiples puntos en común.

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

Ahora, si la jurisprudencia emanada de ambos altos tribunales posee un bagaje común

dadas algunas similitudes entre los textos constitucionales, cabe preguntarse qué factores habrían permitido esa especie de abdicación por parte del Alto Tribunal norteamericano y qué se puede colegir de tal proceso. En especial, cabe preguntarse cómo aquélla puede ser posible sin causar perjuicio a los derechos constitucionales de las partes involucradas. Y también corresponde preguntarse si aquélla, no obstante su cuño foráneo, es aconsejable o si, por el contrario, clama por alguna clase de modulación interpretativa. Es que un sector podría percibir en ese aparentemente reducido ámbito de revisión una denegación de justicia; y otro sector podría entender que una materia tan técnica como la tarifaria resulta ajena al escrutinio judicial. En otras palabras, vedar sin límites la intervención judicial parecería contrario a lo que se espera de todo Estado de Derecho con respecto a la actividad de la Administración<sup>11</sup>; pero inadmitir el núcleo de política económica, irrevisable judicialmente, que anida en la fijación de las tarifas<sup>12</sup>, o controlar judicialmente una tarifa o su ajuste sin que medie caso judicial, conllevaría que los magistrados se erigieran en administradores y reguladores a la vez, con agravio a la separación de poderes.

Como puede verse, el tema enfrentado es vasto. Por ello, estas líneas indagan en el desarrollo norteamericano que condujera al actual descenso en los casos tarifarios que se revisan ante los tribunales federales, en espe-

6 “Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo”, Fallos: 322: 3008 (1999).

7 “Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - P.E.N. -MEOySP y otros s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 323: 2519 (2000).

8 “Edenor S.A. c/ resolución 664/99 –ENRE– (expte. 57.522/97)”, Fallos: 327: 1220 (2004).

9 “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN –PEN– dtos. 149/97 y 1167/97 s/ proceso de conocimiento”, Fallos: 327: 1402 (2004). Este fue otro caso redistributivo, entre usuarios servidos y usuarios potenciales; ampliar en AGUILAR VALDEZ, “El acto administrativo regulatorio...” op. loc. cit.

10 “Defensor del Pueblo de la Nación - incidente med. c/ E.N. –P.E.N.– M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”, Fallos: 328 (24/05/05).

11 Véase, con provecho, TAWIL, Guido S., “Administración y Justicia.. Alcance del control judicial de la actividad administrativa”, Depalma, Buenos Aires, 1993, 2 tomos.

12 Ampliar en BIANCHI, Alberto B., “Control de Constitucionalidad”, segunda ed., Ábaco, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 245.

cial la Corte Suprema norteamericana, haciendo hincapié en los factores que lo habrían tornado posible sin agravio constitucional.

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

La historia regulatoria norteamericana ofrece dos etapas claramente diferenciables en materia tarifaria: una en la cual se aplican estándares o conceptos provenientes del *Common Law*, tales como el de razonabilidad de la tarifa reconocido en la práctica y en la jurisprudencia desde el siglo XVI<sup>13</sup>, y otra en la cual se opera una normativización de dichos estándares, esto es, su consagración en la norma positiva. Dos claros ejemplos de esta etapa normativizadora hacen, específicamente, al estándar según el cual la tarifa debe ser justa y razonable. Con la sanción de la Constitución del estado norteamericano de Georgia, del año 1877<sup>14</sup> dicho criterio fue normativizado a nivel estadual. Posteriormente, el mismo adquirió carta de ciudadanía federal en oportunidad de la sanción de la ley de 1887 creadora de la *Interstate Commerce Commission*<sup>15</sup>.

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

El fenómeno del párrafo precedente puede corroborarse si se estudia la jurispruden-

13 Ampliar en CRAIG, P. P., "Administrative Law", 4th ed., Sweet & Maxwell, Londres, 1999, p. 342.

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

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

cia norteamericana en punto a la razonabilidad de diversas regulaciones de precios.

En el célebre fallo “Munn v. Illinois”<sup>16</sup>, del año 1877, la Corte norteamericana debía ponderar la aplicabilidad de la Enmienda XIV de la Constitución norteamericana a la fijación oficial de precios. En este fallo sostuvo que no sólo los estados podían ejercer el poder de policía para controlar las tarifas y precio de las *public utilities* e industrias reguladas sino que, además, esa fijación, por parte de la legislatura, era concluyente, y se hallaba exenta del control judicial. En esta línea interpretativa, años después, en “Nebbia”<sup>17</sup>, señaló que sólo serían dejadas sin efecto en sede judicial las tarifas arbitrarias, discriminatorias o probadamente irrelevantes a la política que la legislatura es libre de adoptar. De tal modo, quedaba configurada la cuestión tarifaria como una cuestión eminentemente legislativa, no judicial.

La entrada en escena de la admisión de la posibilidad de revisión judicial en materia tarifaria surge de los precedentes “Railroad Commission Cases”<sup>18</sup> y “Chicago, M. & S.P. Railway Co. v. Minnesota”<sup>19</sup>. Del primero surge la procedencia de la intervención judicial cuando la legislatura quisiera introducir una tarifa tan baja que resultare confiscatoria, esto es, que representare una expropiación sin indemnización. Y en el segundo afirmó la Corte Suprema norteamericana que “la cuestión de la razonabilidad de las tarifas..., involucrando, como lo hace, el elemento de razonabilidad tanto en relación con la empresa como con relación al público, es eminentemente una cuestión para la

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

Esta jurisprudencia fue acotada en “Budd v. New York”<sup>20</sup> a aquellos casos en que la tarifa hubiera sido fijada por la comisión reguladora, y excluida de casos en que las tarifas hubieran sido fijadas por la legislatura.

Finalmente, el ciclo jurisprudencial apuntado halla un *quietus* en “Reagan v. Farmer’s Loan & Trust Co.”<sup>21</sup> y en “Smyth v. Ames”<sup>22</sup>, donde se concedió que también cuando hubiere sido la legislatura la que fijara las tarifas ejercerían los magistrados la revisión judicial en materia tarifaria.

### III. UN PUNTO DE INFLEXIÓN

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

16 Munn v. Illinois, 94 U.S. 113 (1877).

17 Nebbia v. New York, 291 U.S. 502 (1934).

18 116 U.S. 307 (1886).

19 134 U.S. 418 (1890), esp. p. 458.

20 143 U.S. 527 (1892).

21 154 U.S. 362 (1894), esp. p. 397.

22 169 U.S. 466 (1898).

El punto de inflexión fue el caso “Hope”<sup>23</sup>, del año 1944.

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

*“cuando se impugna ante los tribunales la orden de la Comisión, la cuestión es si la misma, considerada en su integridad, reúne los recaudos de la Ley... Bajo el estándar de justicia y razonabilidad lo que es dominante es el resultado alcanzado y no el método empleado... Si el efecto total de la decisión tarifaria no puede ser calificado de injusto o irrazonable, la indagación judicial, bajo la Ley, llega a su fin...”*

Es por ello que se ha puntualizado que este fallo, de 1944, significó la abdicación de la Corte norteamericana<sup>24</sup> a su rol revisor de la valuación de la base –cálculo que puede conducir tarifas más altas o más bajas– en un marco que requería tarifas justas y razonables, y, en un plano general<sup>25</sup> a resignar, a favor del organismo especializado, las correspondientes indagaciones.

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

Después del precitado “Hope”, la revisión judicial, ante los tribunales federales, de casos tarifarios, descendió en forma notable<sup>26</sup>.

Y una ilustración sobre los alcances precisos de hasta dónde aceptaría la Corte Suprema una determinación tarifaria emanada de una comisión reguladora surge de un fallo del año siguiente, “Market St. Ry.”<sup>27</sup>: la comisión reguladora redujo la tarifa de la empresa de 7 centavos a seis centavos en la visión de que la reducción del precio aumentaría el tráfico y daría a la firma una renta del 6%; en sede judicial, el máximo tribunal convalidó constitucionalmente la medida en la inteligencia de que si se llegara operar el aumento del tráfico, se concretaría el rendimiento apuntado, y si las expectativas de aumento de tráfico hubieran sido infundadas, la firma no obtendría rendimiento alguno a partir de tarifa alguna.

#### IV. EL CONTEXTO. SEDE REGULATORIA

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

Enumerar las medidas legislativas generales y sectoriales mencionadas excede el límite de este trabajo. Empero, ténganse presente la ley federal que regula los procedimientos administrativos (Administrative Procedure Act) sancionada en 1946, que regula los actos de alcance general destinados a reglar el futuro prospectivamente (*rules*) tal que sean dictados con alguna clase de participación previa. En

23 “FPC v. Hope natural Gas Co.”, 320 U.S. 591 (1944).

24 BREYER ET AL., *Administrative Law...* cit., p. 266.

25 Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co., 320 U.S. 591 (1944).

26 Ampliar en BREYER ET AL., “Administrative Law...”, cit., pp. 266 y ss.

27 Market St. Ry. v. Railroad Commn.”, 324 U.S. 548 (1945).

seguida se volverá sobre ello pues esa ley establece que las *rates* (tarifas) son *rules*.

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

a) *Inicio del procedimiento de "ratemaking"*: Los procedimientos tarifarios pueden comenzar a pedido de la firma, pero también pueden ser iniciados por investigaciones de oficio por la agencia, o bien puede ser que quien sufraga la tarifa sea quien solicite se inicie el procedimiento<sup>28</sup>.

b) *Suspensión deferida al regulador*: En algunos sectores las normas prevén que la comisión puede suspender –y postergar–, a pedido de parte o de oficio, la entrada en vigencia de la nueva tarifa, dentro del máximo temporal que la ley habilite, y superado ese máximo la tarifa entra en vigencia haya la agencia completado sus procedimientos o no<sup>29</sup>. Los tribunales judiciales pueden revisar si la suspensión se dictó dentro del ámbito de competencia de la agencia, pero si la agencia rechaza el pedido de suspensión, los tribunales no pueden frenar la entrada en vigencia de la tarifa<sup>30</sup>. Y si la ley no prevé la posibilidad de suspensión, los tri-

bunales sí pueden suspenderla pero al solo efecto de evitar perjuicios "irreparables" durante la tramitación administrativa pendiente<sup>31</sup>.

c) *Legitimación en sede administrativa*: La legitimación en sede administrativa es amplia, más laxa que la que se debe evaluar en una causa judicial<sup>32</sup>. Las asociaciones de usuarios pueden participar en el procedimiento efectuando presentaciones, pero no pueden participar en la producción de prueba o en las pruebas de testigos<sup>33</sup>.

d) *El procedimiento de ratemaking. Participación. Motivación*: Como se adelantó, bajo la APA, las *rates* o tarifas son una *rule* (5 U.S.C. § 551(4)). Como las *rules* o reglamentos reglan el futuro, las tarifas pueden ser modificadas sólo para el futuro –v.gr., prospectivamente–; sólo podrán ser modificadas retrospectivamente si hubieran sido fijadas en forma provisional<sup>34</sup>.

Las *rules* se elaboran mediante un procedimiento de *rulemaking*, que puede ser formal o informal, y las tarifas, como *rules*, generalmente son adoptadas mediante un procedimiento formal<sup>35</sup>, si bien la Corte Suprema norteamericana no ha dejado en claro si el procedimiento de *ratemaking* debe ser formal, aun cuando la mayoría de las agencias adoptan el procedimiento formal<sup>36</sup>. En síntesis, el procedimiento

28 Ampliar en BREYER, Stephen, *Regulation and Its Reform*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1982, pp. 36/37.

29 Por ej., Interstate Commerce Act, 15(7); ampliar en Trans Alaska Pipeline Rate cases, 436 U.S. 631 (1978).

30 GOODMAN, Leonard S., "The Process of Ratemaking", PUR, Vienna, Va., 1998, t. I, p. 53.

31 Trans Alaska Pipeline Rate cases, 436 U.S. 631 (1978), esp. pp. 644/5.

32 49 U.S.C. §11701(b).

33 GOODMAN, "The Process...", cit., t. I, p. 54.

34 Texas Eastern Transmission Corp. v. FERC, 102 F.3d 174 (5th Cir. 1996).

35 Conf. LUBBERS, Jeffrey S., "A Guide to Federal Agency Rulemaking", 3rd ed., American Bar Association, Government and Public Sector Lawyers Division and Section of Administrative Law and Regulatory Practice, Chicago, 1998, p. 5.

Sobre estos procedimientos, ampliar en la ponencia pronunciada en este mismo Congreso por BIANCHI, Alberto B., "La potestad reglamentaria de los entes reguladores".

36 Se explaya sobre las dudas que deja entrever la Corte Suprema norteamericana, en punto a exigir un procedimiento formal, BREYER, Stephen, "Regulation and Its Reform", Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1982, esp. p. 380.

de fijación de la tarifa es, por regla, participativo, y la APA opera como un techo máximo (ver *infra*). La excepción a tal procedimiento participativo es que medie justa causa por la cual se infiera que ese procedimiento participativo será impracticable, innecesario o contrario al interés público<sup>37</sup>, y la invocación de la justa causa se halla, a su vez, sujeta a control judicial<sup>38</sup>.

Se colige de lo dicho que el acto que concluya el procedimiento de *ratemaking* deberá estar motivado. Para los procedimientos formales, la sección § 557(c)(3)(A) prescribe que “todas las decisiones(...), forman parte del expediente e incluirán una declaración de (A) las determinaciones [fácticas] y conclusiones, y las razones o fundamentos para ello, acerca de todas las cuestiones materiales de hecho, derecho, o discrecionalidad presentadas en el expediente”. Similar temperamento es adoptado en la Model State Administrative Procedure Act de 1981<sup>39</sup>, que es la ley modelo a los efectos de las leyes de procedimiento administrativo de cada estado. Así, la regla es el requerimiento de exposición de las determinaciones fácticas y conclusiones, las razones, los fundamentos de la decisión. Y en el caso de que la Administración brinde razones insuficientes, o directamente no las brinde, la única alternativa para el juez es reenviar el expediente a la sede administrativa a los fines de las investigaciones o justificaciones adicionales<sup>40</sup>.

e) *Base legal para la participación*: Salvo que un procedimiento resulte inconstitucional por

causar agravio a la cláusula el debido proceso, los tribunales no pueden ordenarle al regulador que adopte un procedimiento diferente sin base legal previa<sup>41</sup>. En otras palabras, a los tribunales se les ha vedado el mejorar los procedimientos para la elaboración de actos de alcance que adopta cada comisión según su normativa específica.

f) *Carga de la prueba*: Sea iniciado el procedimiento a pedido de una firma o a pedido de quien sufraga la tarifa, la carga de la prueba pesa sobre quien solicite el aumento o la reducción de la tarifa<sup>42</sup>.

g) *El regulador no beneficia sólo a los usuarios*: La facultad que posee el regulador de determinar cuál es una tarifa justa y razonable es ejercicio de facultades “de equidad” y depara, por ende, alcanzar un resultado justo para todas las partes interesadas<sup>43</sup>; aquí lo equitativo es lo razonable, y la solución equitativa o razonable no puede pasar por alto las prescripciones de la normativa aplicable<sup>44</sup>. La fijación de las tarifas “involucra equilibrar los intereses del inversor y los del usuario”. En tal sentido, se ha puntualizado que “Desde el punto de vista del inversor o de la empresa, es importante que haya suficientes ingresos no sólo para los costos operativos sino también para los costos del capital(...) Éstos incluyen el servicio de la deuda y los dividendos(...) De acuerdo con ese estándar, el rendimiento para la firma debe ser comparable con la rentabilidad sobre inversiones que obtienen otras firmas que sufren riesgos equivalentes. Ese retorno, es más, debe ser

37 5 U.S.C. §553(b)(3)(13).

38 Tennessee Gas Pipeline Co. v. FERC, 972 F.2d 376 (D.C.Cir. 1992).

39 “Selected Federal and State Administrative and Regulatory Laws”, West, St. Paul, Minn., 1999, pp. 299 y ss.

40 DAVIS, Kenneth Culp, “Administrative Law Treatise”, 3rd ed., Little Brown and Co., Boston, 1994, t. I, p. 394.

41 Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council, 435 U.S. 519 (1978), esp. pp. 524/525; Pension Benefit Guar. Corp. v. LTU Corp. 496 U.S. 633 (1990), esp. pp. 654 y 655.

42 Véase, por ej., 49 U.S.C. §§10701a, 10709(d)(e).

43 En este sentido, el *Justice* Frankfurter en Rochester Telephone Co. v. U.S., 307 U.S. 125 (1939), esp. p. 142.

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

suficiente para asegurar la confianza en la integridad financiera de la empresa como para mantener su crédito y atraer capitales<sup>45</sup>.

*h) Caso por caso:* Como regla general, el regulador se halla vinculado al precedente: todas las industrias reguladas deben recibir igual trato o mediará indebida discriminación<sup>46</sup>. La aplicación del precedente tiene sus límites, empero: no se lo puede aplicar soslayando las constancias del expediente o se configurará un error apelable en sede judicial<sup>47</sup>. Ahora, en materia tarifaria no existe la cosa juzgada o *stare decisis*<sup>48</sup>; el regulador, de cara a nuevos desarrollos o a la luz de la consideración de los hechos relevantes y de su competencia, puede alterar sus interpretaciones pasadas y revocar anteriores decisiones administrativas y prácticas. Se supone que las agencias reguladoras, dentro de los límites legales y de una administración justa y prudente, pueden adaptar sus normas y prácticas “de conformidad con las necesidades de la Nación en una economía volátil y cambiante... [A las agencias] no se les exige ni se supone que regulen el presente y el futuro dentro de los límites inflexibles del pasado<sup>49</sup>.”

*i) Iniciativas legislativas:* El regulador ejerce competencia reglamentaria delegada –acotada, por ende, a la delegación recibida– y en ocasiones puede enviar propuestas legislativas al Congreso o legislatura estadual. Los tribunales acuerdan una fuerte presunción de validez al fruto de esa competencia sustancialmente normativa y sólo se la puede atacar por arbi-

trariedad, por representar un capricho o por ser de otra manera irrazonable; todo ello, bajo la APA. En 1910, en “ICC v. Illinois”, la Corte reflexionó: [los tribunales no pueden], “bajo el ropaje de ejercer la jurisdicción, usurpar funciones meramente administrativas” a fin de soslayar una orden de una comisión que se halla dentro del ámbito de facultades a ella delegadas, con base en que esa facultad fue ejercitada de manera inadecuada o en forma expedita<sup>50</sup>.

## V. EL CONTEXTO. SEDE JUDICIAL

Además, cabe apuntar los lineamientos de la revisión judicial de la actividad administrativa, en lo general y bajo la ley de procedimientos administrativos en el orden federal<sup>51</sup>: el derecho a la revisión judicial bajo esa ley se halla fuertemente limitado, sin diferenciarse entre la materia tarifaria y las demás decisiones de los órganos y entes de la administración.

*a) Decisión definitiva:* Así se requiere, bajo la APA, que la decisión a revisar judicialmente sea *final o definitiva* (5 U.S.C. § 704), por lo que no se pueden impugnar en sede judicial cursos de acción planificados o programas regulatorios<sup>52</sup>. Rigen, asimismo, las reglas del agotamiento de la instancia administrativa (*exhaustion of administrative remedies*).

*b) Discrecionalidad. Aspectos de oportunidad:* Se veda, bajo la APA, la revisión judicial de de-

45 FPC v. Hope Natural Gas Co., 320 U.S. 591, 603 (1944), con cita de Chicago G.T. Ry. v. Wellman, 143 U.S. 339, esp. pp. 345/346 (1892); Missouri ex rel. Southwestern Bell Tel. Co. v. Public Serv. Commission, 262 U.S. 276, esp. p. 291 (1923).

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

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

48 Tagg Bros. & Moorehead v. U.S., 280 U.S. 410 (1930), esp. p. 445.

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

50 ICC v. Illinois Cent. R.R., 215 U.S. 452, 470 (1910).

51 Ampliar en TRIBE, Laurence, *American Constitutional Law*, 3rd ed, Foundation Press, New York, 2000, vol. I, pp. 286 y ss.

52 Franklin v. Massachusetts, 505 U.S. 788 (1992), esp. pp. 795 a 798.

ciones de la Administración “confinadas por la ley a la discrecionalidad de la agencia” (5 U.S.C. § 701 (a) (2)). En lo estrictamente tarifario, se limita la revisión judicial mediante la dicotomía trazada entre cuestiones de hecho y cuestiones de derecho.

La decisión que aprueba la tarifa tendrá aspectos de hecho que se relacionan sólo con la conveniencia y que son irrevisables judicialmente, y contendrá otras determinaciones que hacen a las facultades de la comisión y a la prohibición de confiscación, aspectos que sí son revisables por el magistrado. Esta distinción surge de “Louisville & Nashville R.R. v. Garrett”<sup>53</sup>, en el cual se sostuvo que debía analizarse, en el caso, si “la comisión, al establecer la tarifa, actuó dentro de sus facultades”, y si “no violó derechos constitucionales (...) imponiendo requisitos confiscatorios”.

Abandonada la doctrina de 1920 producida en “Ben Avon”<sup>54</sup> (según la cual un tribunal judicial podía decidir con independencia sobre las cuestiones de hecho y de derecho), se ha sostenido que las determinaciones fácticas en punto a la razonabilidad de la tarifa no pueden ser dejadas sin efecto por los tribunales, conf. “San Diego Land Company v. National City”<sup>55</sup>, entre otros precedentes<sup>56</sup>.

En “ICC v. Union Pacific R.R.”<sup>57</sup>, caso en el que se revisaban las determinaciones fácticas efectuadas por la Interstate Commerce Commission, se sostuvo que “[L]as cuestiones de hecho podrán estar involucradas en la determinación de cuestiones de derecho, de modo tal que una decisión, aparentemente regular, podrá ser dejada sin efecto si aparece una tarifa

lo suficientemente baja como para ser confiscatoria(...); o si la comisión actúa tan arbitraria e injustamente como para fijar tarifas contrarias a las pruebas producidas, o sin pruebas que las sustenten; o si las facultades ejercidas han sido desplegadas de modo tan irrazonable como para provocar su inclusión en la elemental regla de que es la sustancia, y no la sombra, lo que determina la validez del ejercicio de esa potestad (...). En la determinación de estas cuestiones mixtas de derecho y de hecho, la Corte se limita al interrogante último de si la Comisión actuó dentro de su competencia. No considerará la celeridad o la conveniencia de la decisión, o la posibilidad de que ante testimonios similares hubiera arribado a una resolución similar (...). La conclusión [de la Comisión], por cierto, se halla sujeta a revisión, pero cuando se halla avalada por pruebas, se la acepta como definitiva; (...) los tribunales no examinarán los hechos más allá de [lo necesario] para determinar si había pruebas sustanciales para fundar la decisión”.

c) *Existencia de caso judicial*: Además, el caso debe hallarse *maduro* a efectos de la revisión judicial<sup>58</sup> para evitar que “los tribunales, a través del desplazamiento de decisiones prematuras, no se involucren en desacuerdos abstractos en relación a las políticas administrativas”, o, desde otra perspectiva, para “proteger a las agencias de la intervención judicial hasta que se haya formalizado la decisión administrativa y sus efectos sean sentidos de forma concreta por los impugnantes.

Aun cuando la firma puede ir a la sede judicial para obtener una medida cautelar contra tari-

53 231 U.S. 298, 310 -13 (1913).

54 Ohio Valley Co. v. Ben Avon Borough, 253 U.S. 287 (1920).

55 174 U.S. 739, 750, 754 (1899). Idem, Minnesota Rate Cases - Simpson v. Shepard, 230 U.S. 352, 433 (1913).

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

57 222 U.S. 541, esp. ps. 547/548 (1912). También ICC v. Illinois Cent. R.R., 215 U.S. 452, esp. p. 470 (1910).

58 Véase Abbot Laboratories v. Gardner, 387 U.S. 136 (1967), esp. pp. 148/149.

fas confiscatorias sin tener que esperar indefinidamente hasta que se pronuncie la comisión<sup>59</sup>, el Tribunal no debe interferir cuando aun no se hayan producido los resultados prácticos emergentes de la aplicación de la tarifa impugnada<sup>60</sup>.

*d) Carga de la prueba. Presunciones:* Quien impugna la tarifa carga con la prueba<sup>61</sup> y, en su caso, debe ofrecer un caso de “manifiesta invalidez constitucional”<sup>62</sup>.

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

Va de suyo que en el ámbito norteamericano, el estándar de la tarifa justa y razonable no obliga a los organismos que fijan las tarifas a

aplicar una fórmula o combinación de fórmulas<sup>64</sup>. Los organismos a quienes se delega esta potestad normativa tienen libertad, dentro del ámbito de su competencia normativamente fijada, de efectuar ajustes programáticos requeridos por las circunstancias en particular<sup>65</sup>. Y si bien se ha afirmado que una asignación de costos involucra juzgar sobre una miríada de hechos por no tratarse de una ciencia exacta<sup>66</sup>, cuando la ley establece una fórmula, el regulador debe respetarla.

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

## VI. REFLEXIONES FINALES

Resulta inevitable hallar innumerables puntos de coincidencia entre criterios sentados por la doctrina<sup>70</sup> en materia de revisión judi-

59 Smith v. Illinois Bell Tel. Co., 270 U.S. 587 (1926).

60 Willcox v. Consolidated Gas Co., 212 U.S. 19 (1909).

61 Des Moines Gas Co. v. Des Moines, 238 U.S. 153 (1915).

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

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

64 A diferencia de lo que ocurre bajo los *price-caps*; ampliar en las reflexiones finales de este trabajo.

65 F.P.C. v. Natural Gas Pipeline Co., 315 U.S. 575 (1942), esp. p. 586.

66 Colorado Interstate v. F.P.C., 324 U.S. 581 (1945), esp. p. 589.

67 Crowell v. Benson, 285 U.S. 22 (1932).

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

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

70 A tal fin, cabe remitir a ARIÑO ORTIZ, Gaspar, “Servicio público y control judicial. El caso de las tarifas”, en CASSAGNE - ARIÑO ORTIZ, “Servicios públicos...”, cit., pp. 131 a 152.

cial de las tarifas y los múltiples aspectos enumerados en la sección precedente. En especial, los relativos al estadio judicial del planteo tarifario. Entre esos aspectos, son probablemente los hechos<sup>71</sup> que conforman el caso administrativo y posteriormente el caso judicial los que brindan la más segura guía al momento de requerir la intervención del Poder Judicial, sea tal intervención solicitada por los usuarios o por la empresas prestadoras.

Casos como los tramitados ante los estrados judiciales –los ya mencionados Prodelco<sup>72</sup>; Fernández<sup>73</sup>; Defensor del Pueblo sobre Res. 12 del Etoss<sup>74</sup>; Edenor<sup>75</sup>; Defensor del Pueblo sobre cargo Suma<sup>76</sup>; Defensor del Pueblo sobre ajustes por el índice extranjero<sup>77</sup>– presentan modulaciones diversas si se los compara tan sólo desde el punto de vista del recaudo de caso judicial, presupuesto procesal que depara, en sí mismo, la verificación de legitimación procesal activa a efectos de la pretensión.

Desde el foro de la doctrina norteamericana, y años antes de ser designado *Justice* de la Corte Suprema norteamericana, BREYER<sup>78</sup> señaló que originariamente:

*“Los jueces escudriñaban las decisiones de la agencia para asegurarse de que guardaran arreglo con el mandato legislativo otorgado a la agencia(...) Empleando estos estándares, los jueces dejaron sin efecto muchas decisiones de las agencias hasta el New Deal. En esa ocasión, el Poder Judicial, si bien empleando los mismos estándares como regla, comenzaron en la práctica a demostrar mucha más deferencia hacia las agencias. Las agencias quedaron con pocos controles sobre su discrecionalidad, salvo por el control de la disciplina profesional (...) Hacia 1965 se sancionó la Ley de Procedimientos Administrativos(...) complementada más recientemente con leyes y regulaciones que aumentan la participación”.*

En Argentina existen entes reguladores –las agencias aludidas–; existe escaso espacio para la discrecionalidad en la modalidad tarifaria adoptada en las privatizaciones –*price-capping*–<sup>79</sup> y esa modalidad prevé la participación<sup>80</sup>.

A todo evento, ya en sede judicial –no debe olvidarse que en todo Estado de Derecho la actividad de la Administración debe, en principio, poder ser controlada por los magistrados–, cuando de impugnaciones de tarifas se trata, el

71 Al hacerse especial hincapié en los hechos del caso se sigue GORDILLO, AGUSTÍN, *“El método en Derecho”*, Civitas, Madrid, 1988, cap. V.

72 *“PRODELCO c/ PEN s/ amparo”*, Fallos: 321: 1252 (1998).

73 *“Fernández, Raúl c/ Estado Nacional (PEN) s/ amparo”*, Fallos: 322: 3008 (1999).

74 *“Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional – P.E.N.– MEOySP y otros s/ amparo ley 16.986”*, Fallos: 323: 2519 (2000).

75 *“Edenor S.A. c/ resolución 664/99 –ENRE– (expte. 57.522/97)”*, Fallos: 327: 1220 (2004).

76 *“Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN –PEN– dtos. 149/97 y 1167/97 s/ proceso de conocimiento”*, Fallos: 327: 1402 (2004).

77 *“Defensor del Pueblo de la Nación - incidente med. c/ E.N. –P.E.N.– M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento”*, Fallos: 328 (24/05/05).

78 BREYER, *“Regulation and Its Reform...”* cit., p. 378.

79 En este sentido, BAILEY, Stephen J., *“Public Sector Economics - Theory, Policy and Practice”*, 2nd ed., Palgrave, Houndmills, Basingstoke, Hampshire, 2002, esp. p. 367.

Téngase presente, empero, la suspensión, en los hechos de las fórmulas de los *price-caps* en virtud de la ley 25.561, ley de emergencia que suspendió la aplicación del índice previsto en aquéllas.

80 Ampliar en BOULLAUDE, Gustavo, *“El decreto 1172/03 y los servicios públicos”*, en *ReDA*, Lexis Nexis Depalma. Buenos Aires, 2004, N° 51, pp. 133 y ss.

cumplimiento del recaudo de caso o controversia judicial –incluso en el marco de pretensiones cautelares<sup>81</sup>– y, por ende, el del requisito de legitimación procesal activa<sup>82</sup>, resguardará el rol de la que puede ser visualizada como la rama más débil del gobierno: en las condiciones descritas, se evitará que en la sede diseñada consti-

tucionalmente para el dictado de normas de alcance particular con fuerza de verdad legal se corra, ocasionalmente, el albur de producir decisiones de competencia de los órganos y entes del Estado habilitados para el dictado de actos de alcance general, y los actos de fijación de las tarifas lo son en lo que a los usuarios hace.

---

81 “Defensor del Pueblo de la Nación *c/ EN – PEN - s/ amparo ley 16.986*”, Fallos: 321: 1187 (1998).

82 Para que no se ejerza el gobierno mediante medidas cautelares; conf. “*Prodelco c/ EN*”, Fallos: 321: 1252 (1998), con cita de *Schlesinger v. Reservists Committee to Stop the War*, 418 U.S. 208 (1974). La Corte Suprema reiteró en otro caso distinto, esta interpretación al hacer suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal MARÍA GRACIELA REIRIZ en el caso “*Mosquera, Lucrecia R. c/ EN - Mrio. de Economía s/ acción meramente declarativa – sumarísimo*”, Fallos: 326: 1007 (2003).