



# REVISTA DE INVESTIGAÇÕES CONSTITUCIONAIS

vol. 3 | n. 1 | janeiro/abril 2016 | ISSN 2359-5639 | Periodicidade quadrimestral  
Curitiba | Núcleo de Investigações Constitucionais da UFPR | [www.ninc.com.br](http://www.ninc.com.br)



## Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales\*

### *Gestão eficiente e ética na efetivação dos serviços públicos relativos a direitos sociais*

ESTELA B. SACRISTÁN\*\*

Universidad Católica Argentina (Argentina)  
es@bgcv.com.ar

Recibido/Received: 30.09.2015 / September 30<sup>th</sup>, 2015

Aprovado/Approved: 04.11.2015 / November 4<sup>th</sup>, 2015

#### Resumen

El objetivo de este trabajo es analizar la necesidad de concretizar de una manera eficiente y ética los servicios públicos relacionados a derechos sociales. Para esto, el artículo presenta la diferencia entre los conceptos de eficiencia y eficacia, demostrando la relación de estos temas con el principio de equidad, que debe guiar la prestación de servicios públicos. Después de hacer una comparación entre el Derecho argentino y el norteamericano sobre este tema, se señala la necesidad de reequilibrar el sistema regulatorio-contractual de los servicios públicos, con la adopción de medidas regulatorias que contemplen situaciones que ameriten soluciones de equidad, tan necesarias en un moderno Estado Social de Derecho.

**Palabras-chave:** eficiencia; eficacia; equidad; servicios públicos; derechos sociales.

#### Abstract

*The aim of this paper is to analyze the need to provide in an efficient and ethical way the public utilities related to social rights. For this, the difference between the concepts of efficiency and effectiveness is demonstrated, showing the relationship among these issues and the principle of equity, that guides all the provision of public utilities system. After making a comparison between the Argentine and American law on this topic, the work affirms the need to rebalance the regulatory-contractual system of public utilities, with the adoption of regulatory actions that contemplate situations that deserve equality solutions, so necessary in a modern Welfare State.*

**Keywords:** efficiency; effectiveness; equity; public utilities; social rights.

Como citar esse artigo/How to cite this article: SACRISTÁN, Estela. Gestión eficiente y ética en la efectivización de los servicios públicos relativos a derechos sociales. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 3, n. 1, p. 125-143, jan./abr. 2016. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rinc.v3i1.45112>.

\* Este trabajo se basa en la exposición sobre "Servicios públicos y tarifas: Eficacia, eficiencia y equidad", efectuada en Primer Congreso Internacional de Abogacía Estatal, Local y Federal 'El derecho administrativo en el Estado Constitucional Social de Derecho', Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (Dr. Julio Conte Grand, Procurador General), 4/6/2013.

\*\* Profesora de Derecho Administrativo y becaria posdoctoral en la Universidad Católica Argentina (Buenos Aires, Argentina). Doctora en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Profesora visitante en la Universidad Austral (Buenos Aires, Argentina). Profesora titular de Taller de Jurisprudencia y Doctrina en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Argentina. Recibió el Premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" instituido por Ac. 6/91 (1995). Integra el Instituto de Derecho Administrativo de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, la Asociación Argentina de Derecho Constitucional, y las secciones Derecho Constitucional y Derecho Administrativo del Instituto de Estudios Legislativos de la Federación Argentina de Colegios de Abogados.

## SUMARIO

**1.** Planteo; **2.** Tres conceptos a diferencias; **3.** El Derecho Comparado norteamericano; **4.** El Derecho argentino; **4.1.** Eficiencia; **4.2.** Eficacia; **4.3.** Eficacia y eficiencia; **4.4.** Equidad; **5.** La cuestión de la equidad ante la eficacia y a la eficiencia; **6.** Reflexiones finales; **7.** Referencias.

### 1. PLANTEO

Las nociones de eficacia y de eficiencia nos resultan familiares: eficacia es exitosa obtención del logro tenido en mira; eficiencia implicaría costos y beneficios, desventajas y ventajas, pérdidas y utilidades, inconveniencia y comodidad, en fin, economicidad en la obtención de ese logro. A su vez, como la vida suele ser acción, y acción es decisión, y decisión es elegir entre infinitas opciones, ambos términos constituyen, indudablemente, factores a tomar en cuenta cuando se decide. En efecto: cuando se adopta un curso de acción no sólo se tienen en mente las posibilidades de eficacia o éxito, sino también los costos y beneficios involucrados, es decir, el grado de eficiencia.

Si, en ese escenario, la decisión se relaciona con un servicio público – de aquellos calificados tales por ley, prestados por licenciatarias o concesionarias de tal clase de servicio- la escena adquiere mayor interés si de la concreción de ambos objetivos – eficacia y eficiencia – se trata. Si sumamos consideraciones éticas en ambos renglones, la riqueza de perspectiva será incluso mayor. Y si colocamos, como contexto, el denominado Estado Social de Derecho, las disquisiciones se multiplicarían: es finalidad de éste “procurar el desarrollo de la igualdad material, la igualdad de trato y la igualdad de oportunidades”<sup>1</sup>, lo cual llevaría a consideraciones sobre diversas clases de igualdad en el plano cronológico – en especial, el problema de la igualdad inicial cuya inexistencia clama por soluciones de equidad, así como la eficacia y la eficiencia de las regulaciones que rodean ese *status* inicial y su posterior desenvolvimiento.

Ciertamente, la eficiencia o eficacia puede predicarse de la prestación de un servicio público. También podemos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de un ente regulador de ese servicio público. Incluso podríamos ponderar la eficiencia o, en su caso, la eficacia de las regulaciones mismas, sean de índole económica o no económica. Y, con ánimo de no limitarnos a la frialdad del objetivo cumplido, o a la medición de los costos involucrados, podríamos incluso efectuar consideraciones del plano de la justicia, presente, intergeneracional involucrada en esas apreciaciones de eficacia y de eficiencia: los horizontes del marco de estudio parecerían infinitos.

<sup>1</sup> Carranza Latrubesse, Gustavo s/ acción de amparo, Fallos: 329: 1723 (2006), disidencia del Juez Zaffaroni. El concept de Estado Social de Derecho se ha empleado, por ejemplo, como argumento para que la Administración revocara, por sí, resoluciones ilegítimas: ver Secretaría de Comunicaciones, Resolución 188/2004, del 17/8/2004.

Específicamente, lo dicho posee su relevancia en el campo de los servicios públicos pues, los preste un particular o el Estado mismo, parecería claro que los mismos deberían concretarse o realizarse con éxito o eficacia, y al menor costo, es decir, con eficiencia, pero sin olvidar el renglón humano involucrado, que a veces requiere soluciones de equidad pues no todos se hallan en igualdad de condiciones e incluso de igualdad inicial de condiciones. Ello, tanto en épocas de normalidad, como de emergencia, que en Argentina rige desde enero del 2002 y seguirá rigiendo por decisión congresional<sup>2</sup>. De igual modo, posee relevancia en punto a las regulaciones que recaen sobre ese servicio público.

Veamos cuál es la experiencia en la materia. A tal fin, repasaremos en forma muy sintética algunas cuestiones conceptuales (sección 2), sus manifestaciones en un ordenamiento foráneo, así como en el argentino (secciones 3 y 4), intentando el encuadre de una noción de regulación – en la especie, económica- que vele por la equidad (sección 5) a fin de formular las reflexiones finales pertinentes (sección 6).

## 2. TRES CONCEPTOS A DIFERENCIAR

Desde el punto de vista de la economía moderna<sup>3</sup>, el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de *eficiencia*. Ese análisis, a su vez, puede servir como “esquema conceptual para la evaluación de proyectos públicos o privados”<sup>4</sup>. Originario del campo de los proyectos, esa clase de análisis se emplea para analizar decisiones, por lo que se habla de “costos y beneficios” de una decisión, emane ésta sector privado o del sector público, sea la misma de contenido económico-patrimonial, o de contenido no económico o no patrimonial.

Cuando la decisión económica mora en el ámbito público o emana de él como decisión de índole regulatoria, irradiando efectos generales, a modo de reglamentación, los costos pueden ser medidos por medio de estudios econométricos que relacionan las funciones de producción y costos, por evaluaciones de gastos para medir cuánto le cuesta a la firma cumplir con la medida, por enfoques de ingeniería que miden el costo marginal de la nueva tecnología requerida, por estudios de productividad en presencia y en ausencia de la medida, y por modelos de equilibrio general que analizan

<sup>2</sup> Al momento de escribir estas líneas, se ha enviado al Congreso argentino un proyecto para prorrogar la emergencia hasta fines del 2017. Ver: SERRA, Laura. El gobierno prorroga la emergencia económica para la próxima gestión, en **La Nación**, disponible en: <http://www.lanacion.com.ar/1830347-el-gobierno-prorroga-la-emergencia-economica-para-la-proxima-gestion> (último acceso: 24/9/2015).

<sup>3</sup> Puede verse PEARCE, David W. (Org.). **The MIT Dictionary of Modern Economics**. 4 ed. Cambridge: The MIT Press, 1999. p. 83.

<sup>4</sup> PEARCE, David W. (Org.). *Idem. Ibidem*. Para este empleo del análisis que nos ocupa, en el ámbito nacional, por aplicación del art. III, inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción aprobada por Ley 24.759 (Adla LVII-A, p. 12 y ss.), en el ámbito de las contrataciones estatales, véase GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. t. I. 5 ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998. p. XVI-15/17.

cómo reacciona un mercado perfectamente competitivo ante la regulación<sup>5</sup>. Por otro lado, los beneficios son más difíciles de medir, razón por la cual se suelen recabar opiniones sobre cuánto se pagaría por los cambios regulatorios propuestos, o se infiere, del estudio de comportamientos, el monto realmente sufragado<sup>6</sup> a lo largo del tiempo.

Que el análisis de costo-beneficio tome en cuenta los costos – estrictamente, todos los costos – y los beneficios implica, inevitablemente, relacionarlo con la noción de *eficiencia*<sup>7</sup>. Ello pues, cuando se tiene en cuenta la eficiencia de la decisión, se comparan medios y fines; se afirma, de manera intuitiva, que un medio es eficiente cuando sirve para alcanzar un fin determinado, al menor costo, con la menor cantidad posible de recursos – *input* – para obtener una determinada cantidad de producto o *output*<sup>8</sup>, con lo que la eficiencia de una operación económica reside en que, pudiéndose obtener un mismo producto con distintos procedimientos, se escoge aquel que importa el menor costo<sup>9</sup> o gasto. Desde el punto de vista de la eficiencia, entonces, aquella decisión tomada previo análisis de costo-beneficio, que irrogue el menor costo, será eficiente<sup>10</sup>. De allí que el análisis de costo-beneficio sea “esencial para evaluar la eficiencia de una regulación”<sup>11</sup>. Cuando esa regulación es de contenido económico, se medirán, al menos, sus costos económicos, sin perjuicio de otros, como ser, los costos sociales. Considérense, a modo de ejemplo, los beneficios y costos de crear un nuevo recurso tributario, y sus efectos sobre la recaudación, en el corto y en el largo plazo, y en el plano de la sociedad en general.

Todo ello, por cierto, es muy distinto de lo que se llama análisis de la *eficacia*<sup>12</sup> de una decisión, decisión regulatoria económica en la especie. Una decisión – y una

<sup>5</sup> GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries. **The World Bank Research Observer**. Washington D.C., v. 14, n° 1, p. 137-158, feb./1999. p. 139/140.

<sup>6</sup> GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. *Idem*. p. 140.

<sup>7</sup> Así lo expusimos en “SACRISTÁN, Estela. Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio). In: SCHEIBLER, Guillermo (Coord.). **El Derecho administrativo de la emergencia**. t. IV. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005. Ampliar, con provecho, en la excelente tesina, publicada, de MASSIMINO, Leonardo F. Un aporte desde la ley nacional de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas). **Derecho Administrativo Austral**, Buenos Aires, v. 1, p. 193-335, [2008?].

<sup>8</sup> SAVANTI, Víctor (Org.). **La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos – Teoría y Experiencia Argentina Reciente**. Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1999. p. 48 y p. 66, nota 1; BEKER, Víctor A.; MOCHÓN, Francisco. *Economía*, Madrid: McGraw Hill, 1994. p. 64; SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economics**. 15 ed. New York: Mc Graw Hill, 1995. p. 31.

<sup>9</sup> VALSECCHI, Francisco. **¿Qué és la Economía?** 20 ed. Buenos Aires: Macchi, 1996. p. 20.

<sup>10</sup> Para las distintas clases de eficiencia, cf. SACRISTÁN, Estela. Eficiencia y Tarifas. **Revista de Derecho Administrativo**, Buenos Aires, n° 36/38, p.173-202, ene./dic. 2001.

<sup>11</sup> BUSTAMANTE, Jorge E. **Desregulación – Entre el Derecho y la economía**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993. p. 17.

<sup>12</sup> Sobre las diferencias entre ambos términos véase CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 154, p. 441-462, 2001. p. 442.

regulación la trae implicada – es eficaz cuando sirve al propósito para el cual estaba enderezada; se trata de la verificación del resultado tenido en cuenta al decidir<sup>13</sup>. A modo de ejemplo, la política a veces aparece como pura eficacia: no en vano se ha afirmado, por ejemplo, que “la política es el arte de lo posible”<sup>14</sup>. La necesidad parece generar pura eficacia: todo, todo se lleva adelante para sobrellevar la necesidad haciéndose caso omiso, llegado el caso, de lo que diga el Derecho, y todo puede hallar justificación en la necesidad, para arribarse, por ejemplo, a la llamada “razón de estado” sobre la que enseñara Maquiavelo<sup>15</sup>. Los tratados internacionales suelen incluir una cláusula de necesidad armónica con el principio de eficacia<sup>16</sup>. Ya en el plano normativo, Kelsen consideraba que una norma es eficaz si es verdaderamente acatada por la población relevante en general. De su parte, el ejercicio de la competencia, por parte del órgano, posee un fuerte componente de eficiencia, y las normas vigentes lo reflejan<sup>17</sup>, pero también posee un componente de eficacia pues su ejercicio es obligatorio<sup>18</sup>. Asimismo, la doctrina tradicional italiana se explaya sobre los actos de alcance general, emanados del poder ejecutivo, los cuales tienen “eficacia” de ley formal<sup>19</sup>.

La evaluación del éxito de una medida – eficacia – ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma<sup>20</sup>. Se trata, entonces, de dos conceptos diversos, uno enderezado a la verificación de un resultado, y el otro, dirigido a evaluar costos involucrados en la obtención del resultado.

<sup>13</sup> Ello fue explicado en SACRISTÁN, Estela. *Eficiencia...* *Op. cit.* p. 173 y ss.

<sup>14</sup> “Die Politik ist die Lehre vom Möglichen”, expresión formulada por Otto von Bismarck en una entrevista el 11/8/1867 ante Friedrich Meyer von Waldeck, del diario *St. Petersburgische Zeitung*, reproducida en HEINRICH POSCHINGER, Ritter von. **Fürst Bismarck: neue Tischgespräche und Interviews**. v. 1. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1895. p. 248.

<sup>15</sup> Sobre el desarrollo histórico de la noción de necesidad, y su vinculación con la eficacia, puede verse DESIERO, Diane A. **Necessity and National Emergency Clauses**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012. p. 81 y ss.

<sup>16</sup> DESIERO, Diane A., *Necessity...* *Op. cit.* p. 119.

<sup>17</sup> Ver Dto. 333/1985, art. 4.3.3.: 4.3.3.: “Las actuaciones que acompañen el proyecto podrán contener una síntesis realizada sobre la base de los siguientes lineamientos: (...) c) Objetivos, finalidades o propósitos que se persiguen a través de la iniciativa.

d) Resultado que se espera obtener con la aplicación de la norma que se propone.

e) Costo que insumiría la medida propiciada (...).

<sup>18</sup> Art. 3, LPA.

<sup>19</sup> ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho administrativo**. t. I Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970. p. 31 e índice en p. 363.

<sup>20</sup> Para un ejemplo de exigencia de eficacia de la contratación –art. II, inc. 2., Ley 24.759- véase la resolución 12/02 (B.O. 2/5/02) para el Sistema Nacional de Medios Públicos (Sociedad del Estado), por cuyo art. 1° se resuelve “establecer con carácter previo a efectuar toda contratación de bienes y servicios, la obligación de las gerencias respectivas, de emitir un dictamen sobre la equidad y la eficacia de tales contrataciones con relación a los fines perseguidos por esta Sociedad del Estado.”

Por último, las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana: la *equidad*, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia<sup>21</sup>, o la justicia del caso en concreto<sup>22</sup>.

La equidad deviene un componente clave al apreciar una regulación. Ello se explicaría, suscintamente, así: (i) el Derecho puede ser concebido un coordinador o regulador de conductas: incluso como un coordinador de conductas, con justicia, o como coordinador de conductas orientadas al bien común<sup>23</sup>; (ii) para asegurar un Derecho orientado al bien común, una regulación estatal debería ser eficaz – se logra el objetivo; eficiente – siempre parecería más eficiente una regulación que la mera costumbre pues “la formación de costumbre es un método tosco para generar soluciones autoritativas a los problemas de coordinación”<sup>24</sup>, pero, además, esa regulación estatal debería ser equitativa, es decir, debería velar por evitar las sobregeneralizaciones injustas; (iii) si el Derecho, en palabras de Cotta, se da en el plano de la realización co-existencial del hombre<sup>25</sup>, las regulaciones estatales tendrían que operar teniendo en cuenta esa realización coexistencial, que lleva, naturalmente, a efectuar, en el plano regulatorio, consideraciones que incluyan el componente de equidad o de corrección de la ciega sobregeneralización.

Veamos ahora lo relativo a estas nociones en dos ordenamientos – uno extranjero, el otro argentino – en el campo del Derecho público, para efectuar algunas acotaciones sobre su faz operativa y sus relaciones con los requerimientos de equidad, en especial en el campo de las regulaciones.

<sup>21</sup> Conf. SMITH, Patricia (Org.). **The Nature and Process of Law – An Introduction to Legal Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1993. p. 759.

<sup>22</sup> Es ineludible la lectura de ARISTÓTELES. **Ética Nicomaquea**. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000. p. 71: “(...) 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”. Asimismo, para el tema específico de estos párrafos, me permito remitir a SACRISTÁN, Estela. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2007. p. 148-181 y citas allí efectuadas.

<sup>23</sup> Sobre el Derecho como –sin perjuicio de ulteriores caracterizaciones– conjunto de reglas e instituciones dirigidas a razonablemente resolver cualquiera de los problemas de coordinación de la comunidad en pos del bien común de esa comunidad, ver FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. 2 ed. Oxford: Clarendon Press, 1980. p. 276; ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis. **Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**. Ciudad de México, nº 4, p. 323-366, 2010. p. 346.

<sup>24</sup> FINNIS, John. *Natural Law and Natural Rights*... *Op. cit.* p. 245.

<sup>25</sup> Ampliar en ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón... *Op. cit.* p. 330: “La respuesta de Finnis, como la de Aquino y antes Aristóteles, asume un concepto teleológico de acción, donde el bien se constituye en fin necesario de todo obrar. El obrar se activa siempre en pos de un fin, y el fin que activa el ‘querer obrar’ es el bien conocido: cada vez que obramos buscamos o apetecemos realizar algo que se nos representa como bueno”.

### 3. EL DERECHO COMPARADO NORTEAMERICANO

En los Estados Unidos, el análisis costo-beneficio – es decir, el análisis de la eficiencia- frente a las medidas que puede adoptar la Administración, es un deber jurídico<sup>26</sup> generalizado en el ámbito administrativo.

Entre otras, las medidas que exigen ese análisis son estas: Executive Order No. 12.291<sup>27</sup>, por la cual todas las regulaciones deben aprobar una prueba de C/B; Executive Order No. 12.498<sup>28</sup>, que requiere que las *agencias* envíen un plan anual regulatorio y que les exige que adhieran a los principios de C/B; Executive Order No. 12.866<sup>29</sup>, por la cual expresamente se exige que las *agencias* incluyan la mensura cualitativa de los C/B.

Ahora, en la órbita del Poder Ejecutivo también se vela por la eficacia de sus decisiones en tiempos de emergencia. Así, consideremos estas antiguas órdenes ejecutivas del gobierno de Kennedy: O.E. 10990, permitiéndole al gobierno asumir todos los medios de transporte y el control de autopistas y puertos de ultramar; O.E. 10995, permitiéndole al gobierno tomar y dominar medios de comunicación; O.E. 10997, permitiéndole al gobierno tomar las generadoras eléctricas, productoras de gas y petróleo, refinerías, establecimientos mineros; O.E. 10998, permitiéndole ocupar plantas de alimentos y granjas; O.E. 11000, permitiéndole al gobierno movilizar a los civiles en brigadas bajo supervisión oficial; O.E. 11001, permitiéndole a gobierno asumir funciones en salud, educación y bienestar; O.E. 11002, estableciendo que el correo general operará un registro nacional de todas las personas; O.E. 11003, permitiéndole al gobierno tomar aeropuertos, aeronaves e incluso aeronaves comerciales; O.E. 11005, permitiéndole, al gobierno, tomar ferrocarriles, vías fluviales y depósitos fiscales; O.E. 11051 fijando las competencias de la Oficina de Planeamiento de Emergencia y autorizándola a hacer cumplir las órdenes ejecutivas en peocas de escalada de la tensión internacional o de crisis económica o financiera. Asimismo, de Lyndon Johnson, O.E. 11310, autorizando al Ministerio de Justicia a llevar adelante planes establecidos por el Poder Ejecutivo para instituir apoyo industrial, establecer vinculaciones entre el Legislativo y el Judicial, controlar a todos los extranjeros, operar las instituciones penales y correccionales, y aconsejar y asistir al Presidente. Es claro que todas ellas se vinculan a poderes de emergencia de guerra. No se vinculan a poderes de emergencia económica.

En cuanto al Poder Legislativo, existió un primer intento – en 1982 – de implantar el análisis de costo-beneficio – o análisis de eficiencia – por ley.

<sup>26</sup> Ampliar en HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. **A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis**. New York: AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002; y en TAWIL, Guido S. Racionalidad y formas en el derecho administrativo. **Revista La Ley**, Buenos Aires, diario del día 26/04/13, p 1-4.

<sup>27</sup> 3 Code of Federal Regulations 127 (1982).

<sup>28</sup> 3 Code of Federal Regulations 323 (1986).

<sup>29</sup> 3 Code of Federal Regulations 638, 639 (1994).



Si bien la iniciativa tuvo éxito en el Senado, fracasó en la Cámara de Diputados, por lo que el respectivo proyecto de ley no prosperó<sup>30</sup>. Sin embargo, al nivel sectorial, se prevé el análisis de costo-beneficio en la legislación aplicable a decisiones de las *agencias*<sup>31</sup> – es decir, los órganos y entes de la Administración, y en la relativa a la alimentación<sup>32</sup>, agua apta para el consumo<sup>33</sup>, telecomunicaciones<sup>34</sup>, entre otras. En cuanto a la eficacia, la medición de la efectividad de las leyes es medida por la GAO – Government Accounting Office, suerte de Auditoría General – que controla la eficacia de las leyes en materia de recursos tributarios, o leyes migratorias, entre otros supuestos.

La legislación también prevé la equidad en las regulaciones. Así, por ej., bajo el título 18 del Código Federal de Regulaciones (CFR), las regulaciones de la Federal Energy Regulatory Commission<sup>35</sup> estadounidense velan por dos importantes aspectos: (i) por que las tarifas de los transportistas de gas – actividad por demás regulada dado el monopolio natural involucrado y en interés del público usuario – sean “justas y equitativas” (*fair and equitable*)<sup>36</sup>; y (ii) por que se “proteja a los clientes y participantes del mercado por medio de la supervisión de los cambiantes mercados de energía, incluyendo la mitigación del poder de mercado y el aseguramiento de resultados, de mercado, justos y equitativos (*fair and just*) para todos los participantes”

## 4. EL DERECHO ARGENTINO

Diversas normas positivas indican la preocupación del legislador argentino por los componentes de eficacia, eficiencia y equidad en las regulaciones. Veamos:

### 4.1. Eficiencia:

En el ámbito de ciertas contrataciones del Estado, en nuestro país, la introducción oficial del análisis de costo-beneficio en tanto herramienta que permite la determinación de la eficiencia de una medida se operó con la ley 24.759, de aprobación de la Convención Interamericana contra la Corrupción, ley sancionada en 1996. Ello, en pos de la eficacia en la lucha contra la corrupción. Debe destacarse, a todo evento, que esa

<sup>30</sup> HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. A New Executive Order... *Op. cit.* p. 15.

<sup>31</sup> Unfunded Mandates Reform Act, de 1995, por la cual la *agency* debe elegir la “alternativa menos costosa, más efectiva desde el punto de vista de los costos, o menos gravosa”, salvo que el responsable de aquella pueda fundar la no adopción de esa alternativa.

<sup>32</sup> Food Quality Protection Act, de 1996.

<sup>33</sup> Safe Drinking Water Act Amendment, de 1996.

<sup>34</sup> Biennial Review Provision of the Telecommunications Act, de 1996.

<sup>35</sup> La FERC es una comisión reguladora independiente que recibe competencias de una serie de leyes: Natural Gas Act, de 1938; Natural Gas Policy Act de 1978; Outer Continental Shelf Lands Act, Natural Gas Wellhead Decontrol Act de 1989; y la Energy Policy Act de 1992.

<sup>36</sup> 18 CFR 284.123 - Rates and charges.

consagración se realiza de forma elíptica pues la norma no alude expresamente a medir la eficiencia de las decisiones sino a velar por la eficiencia, en pos de cierta eficacia en esa lucha. Veamos:

#### 4.1.1. *Derecho supranacional:*

El Artículo III, inc. 5° de la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996 –sobre la cual se ha explayado Gordillo detalladamente<sup>37</sup>– establece que:

*(...)[L]os Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas (...) destinadas a crear, mantener y fortalecer: (...) 5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la (...) eficiencia de tales sistemas.*<sup>38</sup>

Tal disposición legal aparece como de índole preventiva, y es establecida teniendo en cuenta los fines consagrados en el Artículo II de la Convención, tales los de:

*1. Promover y fortalecer el desarrollo, por cada uno de los Estados Partes, de los mecanismos necesarios para prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción, y 2. Promover, facilitar y regular la cooperación entre los Estados Partes a fin de asegurar la eficacia de las medidas y acciones para prevenir, detectar, sancionar y erradicar los actos de corrupción (...).*

Tres derivaciones pueden inferirse de estas dos transcripciones.

En primer lugar, la norma – en tanto instrumento para la obtención de decisiones eficientes – es aplicable no sólo a las contrataciones de funcionarios públicos, sino también a la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Por ende, trae implícito el análisis costo-beneficio pues las medidas o decisiones – en el caso, contrataciones – pueden ser consideradas eficientes en tanto sean adoptadas al menor costo y los costos se ponderan con relación a los beneficios. En otras palabras, como vimos en la sección 2 – al referirnos al análisis costo –beneficio, a la eficiencia y a la eficacia-, la decisión adoptada con previo análisis de costos y beneficios será eficiente<sup>39</sup>; por ende, el objetivo de eficiencia establecido en la ley puede ser interpretado en el sentido de conllevar tal clase de análisis. También conlleva un análisis de eficiencia, de cara a la lucha contra la corrupción que se persigue mediante esa Convención.

<sup>37</sup> GORDILLO, Agustín. Tratado... *Op. cit.* p. XVI-15/17.

<sup>38</sup> Además del art. III, inc. 5° de la Convención aprobada por ley 24.759, del que da cuenta GORDILLO, *Tratado...*, cit., loc. cit. en nota anterior, véanse la ley 23.696, art. 69 sobre privatización de servicios y 23.697, arts. 43, 44, 56, 84; dto. 1023/01, arts. 3° inc. a) y 9°; dto. 992/01, art. 12 y cl. 1 del modelo de contrato para el sistema de administración de Unidad Ejecutora de Programa, en lo referido a decisiones eficientes.

<sup>39</sup> BUSTAMANTE, Jorge E. Desregulación... *Op. cit.* p. 17.

En segundo lugar, estos objetivos de eficiencia y eficacia alcanzan contrataciones de funcionarios públicos – v.gr., contrato de empleo público – así como adquisiciones de bienes (contratos de suministro) y servicios (una consultoría, servicios para proveer servicios a terceros).

Así las cosas, y en tercer lugar, si alcanzan a las contrataciones que efectúe la empresa estatal para prestar un servicio público. ¿alcanzarán también a los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos? A fin de brindar respuesta a este interrogante, es menester escudriñar la definición de “funcionario público” del art. 2.a) de la Convención del acápite. Veamos:

*Por ‘funcionario público’ se entenderá: i) toda persona que ocupe un cargo legislativo, ejecutivo, administrativo o judicial de un Estado Parte, ya sea designado o elegido, permanente o temporal, remunerado u honorario, sea cual sea la antigüedad de esa persona en el cargo; ii) toda otra persona que desempeñe una función pública, incluso para un organismo público o una empresa pública, o que preste un servicio público, según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte; iii) toda otra persona definida como ‘funcionario público’ en el derecho interno de un Estado Parte. No obstante, a los efectos de algunas medidas específicas incluidas en el capítulo II de la presente Convención, podrá entenderse por ‘funcionario público’ toda persona que desempeñe una función pública o preste un servicio público según se defina en el derecho interno del Estado Parte y se aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte.*

La clase “toda otra persona... que presente un servicio público” requiere, para su operatividad, según la norma transcrita, de dos recaudos previos, uno objetivo, y otro subjetivo: “definición” y “aplicación”. Entendemos que una concesionaria o licenciataria de servicios público, en Argentina, no tipificaría en el segundo inciso pues, (i) si bien presta un servicio calificado por la ley formal del Estado Parte como servicio público con lo que se cumple la “definición” objetiva, (ii) subjetivamente no se halla comprendida ya que la norma convencional requiere que se trate de “toda otra persona que (...) preste un servicio público, según se (...) aplique en la esfera pertinente del ordenamiento jurídico de ese Estado Parte”<sup>40</sup>. La esfera pertinente del ordenamiento jurídico de Argentina es el Derecho Administrativo, y según éste, las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son órganos o entes estatales ya que el Derecho Administrativo, en la hipótesis más amplia, comprende hasta las personas públicas

<sup>40</sup> “(ii) any other person who performs a public function, including for a public agency or public enterprise, or provides a public service, as defined in the domestic law of the State Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party; (...)”.

no estatales<sup>41</sup>. Las licenciatarias y concesionarias de servicios públicos no son personas públicas no estatales, con lo que se hallan fuera de la mentada “esfera pertinente”. Tampoco son alcanzadas por el art. 1 de la Ley de Procedimientos Administrativos. De acuerdo con lo dicho, al no darse la sumatoria de requisitos (definición + aplicación), puede válidamente concluirse en la improcedencia de la inclusión de concesionarias y licenciatarias de servicios en el ámbito de aplicación de la Convención.

Ello, por cierto, no obsta a que el marco regulatorio específico del servicio público fije, como objetivos, además de la eficacia, la eficiencia<sup>42</sup>.

Retomando el texto de la Convención, y en virtud del inc. 12 del art. III, 12, corresponde a los Estados “[e]l estudio de otras medidas de prevención que tomen en cuenta la relación entre una remuneración equitativa y la probidad en el servicio público”. Así, si se llegre hipotéticamente a interpretar que los concesionarios y licenciatarios de servicios públicos argentinos están comprendidos en la Convención, tal aserto perdería sostén a poco que se advirtiera que no puede exigirse la sola eficiencia en sociedades comerciales que prestan servicios públicos pues se hallan sujetas a importantes recaudos de seguridad, y, por definición, la seguridad no se halla comprendida en el concepto de eficiencia. Por ende, aún cuando se los incluyera en el objetivo de eficiencia de la Convención, lo serían, mas en un marco de justa remuneración y de leal prestación del servicio: elementos ambos que han sido alterados en su esencia desde la sanción de la L. 25.561, que dispuso la pesificación y congelamiento de tarifas<sup>43</sup>, con lo que se genera una nueva causal de inaplicabilidad de la Convención a esas prestadoras de servicios públicos.

#### 4.1.2. Otra normativa:

Un concreto y claro ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo argentino, de la evaluación de la eficiencia de las medidas proviene del dto. 1154/97, sobre perjuicio fiscal, cuya reglamentación, por Res. 192/02, prevé un “piso” de economicidad a los fines del recupero de sumas que constituirían perjuicio fiscal: “el recupero de las sumas inferiores al equivalente del 50% de la asignación mensual básica de la remuneración correspondiente a los agentes Nivel “A” del Escalafón correspondiente al Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, aprobado por Decreto N° 993/91, y sus modificatorios”.

En su momento, para licencias y concesiones de servicios públicos, el art. 15, inc. 7° de la L. 23696 contempló, en licenciatarios y concesionarios de servicios públicos

<sup>41</sup> Puede verse: SACRISTÁN, Estela. Las personas no estatales como instrumento de gobierno. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP**, Buenos Aires, v. 34, n° 408, p. 45-56, set./2012.

<sup>42</sup> Puede ampliarse en: SACRISTÁN, Estela. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2007. esp. cap. VI.

<sup>43</sup> L. 25.561, art. 8 y conchs.

“(…) las condiciones (…) que aseguren la eficiente prestación del servicio y por el término que convenga para facilitar la operación. (…)”.

El art. 60, de dicha L. 23696, contemplaba las privatizaciones para “disminuir el gasto público, mejorar prestaciones o aumentar la eficiencia”. En todos los casos se exigirán una adecuada equivalencia entre la inversión efectivamente realizada y la rentabilidad”.

En materia contractual – y tengamos presente que las licencias y concesiones de servicios públicos son contratos, la eficiencia aparece replicada, también, en los arts. 1º, 3º y 9º del Dto. 1023/01 sobre contrataciones del sector público nacional, así como en su “reglamentación”, decreto 893/2012, especialmente en sus considerandos 1ro. (“fortalecer la competitividad de la economía o a mejorar la eficiencia de la Administración Nacional”) y 8 (“es prioridad introducir en dicha reglamentación tratamientos diferenciados para cada tipo de procedimiento de selección del contratista estatal, así como reglamentar nuevas modalidades de contratación y fijar reglas claras y precisas, a los fines de fortalecer y profundizar la eficiencia, la eficacia, la economía, la sencillez y la ética en la gestión de las contrataciones estatales”).

## 4.2. Eficacia:

Respecto de la eficacia, un concreto ejemplo de adopción, por parte del legislador administrativo, de la evaluación de la misma puede hallarse en el art. 47.d de la L. 23696 de reforma del Estado, donde se reguló un régimen de aprobaciones de contrataciones de emergencia, a efectos de que las mismas tuvieran eficacia, la cual se entiende evaluada de cara a la emergencia en dicha ley declarada.

## 4.3. Eficacia y eficiencia:

Tanto la eficacia como la eficiencia aparecen en la Ley de Puertos 24093, cuyo art. 22 prevé, entre las competencias de la autoridad portuaria, “d) Promover y hacer efectiva la modernización, eficacia y economicidad de cada uno de los puertos del Estado nacional”.

También aparecen ambas nociones como extremos a explicitar en la redacción de la síntesis que acompaña a los proyectos de decreto, art. 4.3.3. del Dto. 333/1985; de ello se colige que esos decretos estarán acompañados de una síntesis de sus aspectos de eficiencia y de eficacia, síntesis que resultará distinta de la motivación del decreto.

Similar temperamento se advierte en la L. 26338 de Ministerios, que prevé que “compete al Ministerio de Salud (...) 26. Entender en el desarrollo de estudios sobre epidemiología, economía de la salud y gestión de las acciones sanitarias de manera de mejorar la eficiencia, eficacia y calidad de las organizaciones públicas de salud”.

La ley 27161, de creación de la Empresa Argentina de Navegación Aérea, del 2015, declara servicio público esencial la navegación aérea en y desde Argentina, y alude a la seguridad, regularidad y eficiencia de la misma, y a la eficaz y eficiente gestión.

#### 4.4. Equidad:

Pero la normativa también establece, en ocasiones, como objetivo, la equidad en forma conjunta con el objetivo de eficiencia, o mediante la mención de alguna sub-clase de equidad.

Con visión amplia, la L. 26831, de Mercado de Capitales fija, en su art. 39, la regla de que “[l]os sistemas de negociación de valores negociables bajo el régimen de oferta pública que se realicen en los mercados deben garantizar la plena vigencia de los principios de protección del inversor, equidad, eficiencia, transparencia, no fragmentación y reducción del riesgo sistémico”.

La Ley General del Medio Ambiente 25675 alude, en su art. 4, al principio de equidad intergeneracional. La L. 26741 de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, en su primer artículo, declara de interés público nacional y como objetivo prioritario de la República Argentina el logro del autoabastecimiento de hidrocarburos, así como la exploración, explotación, industrialización, transporte y comercialización de hidrocarburos, “a fin de garantizar el desarrollo económico con equidad social, la creación de empleo, el incremento de la competitividad de los diversos sectores económicos y el crecimiento equitativo y sustentable de las provincias y regiones”.

Similar invocación de la equidad social aparece en la ley del Banco Central de la República Argentina: la L. 26739 establece que:

*Art. 2: Sustitúyese el art. 3º de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina, aprobada por el art. 1º de la Ley 24.144 y sus modificaciones, por el siguiente: Art. 3º: El Banco tiene por finalidad promover, en la medida de sus facultades y en el marco de las políticas establecidas por el gobierno nacional, la estabilidad monetaria, la estabilidad financiera, el empleo y el desarrollo económico con equidad social.*

En el art. 76 de la Ley de Medios 26522 se establece que, en materia de pauta oficial, “[p]ara la inversión publicitaria oficial el Estado deberá contemplar criterios de equidad y razonabilidad en la distribución de la misma, atendiendo los objetivos comunicacionales del mensaje en cuestión”.

La L. 26221 de marco regulatorio de AySA prevé que, en su art. 4, que dicho marco regulatorio tiene, por objetivo, “g) [a]segurar que las tarifas y precios que se apliquen a los servicios sean razonables y contemplen criterios de equidad distributiva entre los usuarios, sin perjuicio de los subsidios que se establezcan para aquellos que económicamente no puedan acceder a pagar los servicios regulados”.

De tal modo, y a juego con los postulados del Estado Social de Derecho, se advierte una preocupación, del emisor de normas de alcance general, por la situación de los particulares, sea considerados individualmente o socialmente, y por la situación de entes en particular, considerados no sólo en sí mismos sino en relación con otros. De tal modo, parecen tenerse en cuenta las condiciones “comparativas” individuales, sociales o institucionales.

Tales consideraciones poseen la virtualidad de traer, al ruedo, consideraciones éticas pues sólo se puede ser equitativo allí donde sea posible serlo.

Aristóteles<sup>44</sup> nos enseña que:

*“[L]a elección, no puede recaer sobre lo imposible (...). Deliberamos, entonces, sobre las cosas que dependen de nosotros y que podemos hacer. Y si tropezamos con lo imposible, desistimos, como cuando no podemos conseguir los recursos que necesitamos; pero si es posible, actuamos.”*

Así las cosas, la decisión de alcance general, además de velar por la eficacia y la eficiencia, podrá tomar, en consideración, también, desde la atalaya de la ética, la equidad, más en la medida de lo que resulte “posible”.

## 5. LA CUESTIÓN DE LA EQUIDAD ANTE LA EFICACIA Y A LA EFICIENCIA

El análisis costo-beneficio, que permite evaluar la eficiencia de las regulaciones, inicialmente aplicado a la evaluación de proyectos de inversión pública o privada, pasó a ser empleado también en el campo de las decisiones, en el estudio de cómo se arriba a decisiones.

La teoría de la decisión, en sentido amplio, estudia cómo arribar a decisiones “racionales”<sup>45</sup>, e incluye, básicamente, tres formas<sup>46</sup>, las cuales son las siguientes: a) la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, que estudia decisiones racionales – es decir, aquellas que aseguran el máximo de beneficio al menor costo – en la medida en que cada una de ellas es tomada en un medio vacío de poder y competencia, y que sólo apunta a la búsqueda del máximo de utilidad o satisfacción, esto es, a soluciones económicamente eficientes; b) la teoría de los juegos o *game theory*, que hace lo mismo pero tomando en cuenta elementos de poder o dominación y de competencia; y c) la

<sup>44</sup> ARISTÓTELES. *Ética Nicomaquea*. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000. p. 29/33.

<sup>45</sup> Conf. HÖFFE, Ottfried. *Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia*. Trad. SEÑA, J. 2a ed., Ciudad del México: Fontamara, 1997. p. 155.

<sup>46</sup> HÖFFE, Ottfried. *Estudios...* *Op. cit.* p. 157-166. Puede ampliarse, asimismo, en: DELFIN, Alejandra. *Teoría de la decisión*. In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). *Manual de jurisprudencia y doctrina*. Buenos Aires: La Ley, 2013. p. 545-568.

teoría de la decisión social o colectiva o *social decision theory*, que surge de la Economía del Bienestar, y que, enraizando en las anteriores, apunta a obtener decisiones colectivas en una situación de ausencia de dominación: se parte de intereses parciales para arribar a un interés total.

En materia de regulaciones económicas, en el marco de la normalidad, y también en el marco de la emergencia, se toman decisiones, y el decisor – ciertamente – apuntará a tomar una decisión racional. Bajo la teoría de la decisión en sentido estricto o *decision theory*, y desde el punto de vista de la información o punto de vista informacional, las decisiones – se tomen en un contexto de normalidad o de emergencia- pueden adoptarse en situación de a) certeza; b) bajo riesgo; o bien c) bajo incertidumbre o bajo ignorancia<sup>47</sup>, según se conozcan con certeza o no los resultados de las alternativas. En tal proceso decisional, no se considera la “base” de información empleada, o su evaluación subjetiva – obsolescencia de los datos, científicidad de los mismos, autoridad de los autores, sino que lo que se toma en cuenta es la “certeza” sobre los resultados de las alternativas<sup>48</sup>. Tampoco se consideran los valores – como podría ser la justicia de la medida –o fines plurales, sino los fines singulares – requiriéndose una sola ordenación de valores, pues sólo se trata de arribar a una decisión “racional”.

Se advertirá que, si eficacia es asegurarse de obtener el resultado, y eficiencia será obtenerlo al menor costo o de la forma más económica, y si la teoría de la decisión hace caso omiso de consideraciones morales o de valores compartidos – como podría ser el valor justicia, o la equidad, no importarán los aspectos virtuosos o no de la obtención de la eficacia o, en su caso, de la eficiencia: ella quedará relegada o desplazada por la pura moral utilitarista que mide costos y beneficios o utilidad en pos del juicio de eficiencia, es decir, de economicidad en la obtención de un resultado.

A su vez, como no se considerarán fines plurales sino singulares, las consideraciones de equidad – entendida como justicia del caso en concreto, con su intrínseco componente social o de alteridad o componente co-existencial, como se vió – parecerían hallarse destinadas a ser desplazadas e ignoradas en la aplicación. Mas no es ello lo que un sistema de Derecho puede prohijar si de regular o facilitar la vida en común se trata.

En este contexto, vale la pena tener presente que ciertas regulaciones – ciertos marcos regulatorios – previeron la obtención de resultados eficaces, eficientes y con consideración de la equidad. Ello, por cierto, en un marco de normalidad regulatorio-contractual, escenario que perdurara – como ya se expresara- hasta la sanción de la ley de emergencia 25.561, por cuyos arts. 8 y conchs. se pesificaran y congelaran las tarifas de concesiones y licencias de servicios públicos. De tal modo, podría argüirse que,

<sup>47</sup> HÖFFE, Ottfried. Estudios... *Op. cit.* p. 159/161.

<sup>48</sup> HÖFFE, Ottfried. *Idem. Ibidem.*



en épocas de emergencia – y la Argentina lo está, desde el 2002 – las consideraciones de equidad (entendida como justicia del caso en concreto) podría quedar velada, y con ella, la igualdad – como postulado del Estado Social de Derecho – se soslayaría pues es precisamente la equidad la que puede velar por que se salven las diferencias que provocan desigualdades.

Puede mencionarse, a modo de ejemplo, la ley de marco regulatorio eléctrico, que establece, como objetivos a lograr por el prestador del servicio público de distribución de electricidad, tanto: (i) la eficacia – es decir, que la energía eléctrica fuera existosamente transportada o distribuida – por medio de la obligación, del concesionario, de satisfacer la demanda de servicios de electricidad bajo las condiciones contractualmente acordadas<sup>49</sup>; (ii) la eficiencia – que distribuyera energía eléctrica, al menor costo<sup>50</sup>; y (iii) considerando aquellas situaciones que, por razones de equidad, meritaban un tratamiento en el que se suavizaran los efectos sobregenerales de la normativa<sup>51</sup>, como ser mediante reducciones de tarifas para usuarios electrodependientes. Cobra, en este contexto, relevancia, la idea de Derecho como “plan”<sup>52</sup>, en el cual se puede planear

<sup>49</sup> Puede verse L. 24065, del año 1992, art. 21: “Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión.

<sup>50</sup> Los distribuidores serán responsables de atender todo incremento de demanda en su zona de concesión a usuarios finales, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento, celebrando los contratos de compraventa en bloque, que consideren convenientes. No podrán invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establezcan en su contrato de concesión.

A los efectos de dar cumplimiento a la obligación precedentemente establecida, el Ministerio de Infraestructura y Vivienda dictará la reglamentación que determine las condiciones en las que los distribuidores podrán contratar un porcentaje de su demanda en el mercado a término, debiendo cumplir los plazos de contratación y el volumen de energía asociada y demás condiciones que fije la reglamentación mencionada, para que los precios de los contratos formen parte del cálculo del precio de referencia que se menciona en el artículo 40, inciso c), de la presente ley y sus modificaciones.

Será responsabilidad del distribuidor, sin perjuicio de lo expuesto en los párrafos precedentes, la transmisión de toda la demanda de energía eléctrica a través de sus redes y las ampliaciones de instalaciones derivadas de todo incremento de demanda en su zona de concesión, en los términos del contrato de concesión.”

<sup>50</sup> Ver arts. 40, 41 y 42, L. 24065 en punto al eficiente desempeño del prestador; puede ampliarse, para el supuesto de distribución eléctrica, en nuestro Régimen de las tarifas... cit., ps. 379/384.

<sup>51</sup> Ver Dto. 1398/92, art. 42, inc. a) (“El régimen tarifario y el cuadro tarifario que se establezcan en los contratos de concesión de distribución y comercialización de energía eléctrica, que se otorguen como resultado de la privatización de tal actividad en los términos del art. 95 de la L. 24065, podrá ser aplicable por un período inicial de diez (10) años, a los efectos de otorgar un marco de referencia adecuado a la prestación del servicio público. Inciso a) Sólo podrán mantenerse vigentes las reducciones de tarifas en favor de usuarios del sector pasivo, cuyo ingreso no exceda el haber que a tales efectos determine el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, de entidades de bien público sin fines de lucro debidamente registradas como tales y/o de sectores industriales electrointensivos, si se prevé una partida presupuestaria específica destinada a cubrir al concesionario la diferencia de ingresos que tal subsidio representa. En tales casos, el citado Ente deberá gestionar la habilitación de las respectivas partidas presupuestarias con cargo al área de gobierno a la que corresponda velar por el sector social subsidiado y deberá controlar la correcta aplicación del régimen tarifario diferencial por parte del distribuidor.”); Dto. 2443/92 (que establece el régimen special temporario para usuarios electrointensivos); Dto. 584/94 (acuerdo entre el Estado Nacional, la provincia de Buenos Aires, Edeonor y Edesur, B.O. 27/4/1994, publicado sin anexos). (el destacado no es del original)

<sup>52</sup> La tesis es desarrollada por SHAPIRO, Scott J. *Legality*. Cambridge: Harvard University Press, 2011. p. 195 y ss.

cumplir, con los menores costos, destinando una porción de los ahorros en eficiencia a la satisfacción de requerimientos de equidad.

Todo ello, por cierto, únicamente en un contexto de normalidad, y no cuando las fórmulas aplicables han quedado derogadas o alteradas<sup>53</sup> pues, reiterando el concepto de Aristóteles, lo posible opera como límite a la consideración equitativa<sup>54</sup>.

## 6. REFLEXIONES FINALES:

Desde el punto de vista de la economía moderna, el análisis de costo-beneficio puede ayudar a caracterizar la noción de eficiencia. La evaluación del éxito de una medida – eficacia – ninguna relación guarda, en principio, con la ponderación de la eficiencia de la misma. Las nociones de eficacia y de eficiencia conocen un bajo continuo de raíz humana que opera como tercer componente: la equidad, que es, por decirlo en términos simples, un correctivo de la justicia – aquella justicia que fluye de sobre generalizaciones en las que haya incurrido el legislador- para contemplar situaciones particulares, no comprendidas en las medidas generales. (sección 2)

La legislación estadounidense ha previsto regulaciones con consideración de esos tres componentes (sección 3), y lo mismo, con importantes matices, se advierte en las regulaciones argentinas (sección 4). Se demostró la interrelación entre los tres renglones – eficacia, eficiencia, equidad – en los marcos regulatorios de nuestro país, en un marco de normalidad regulatorio-contractual, en un supuesto de concesión de servicio público de distribución eléctrica (sección 5).

Como enseñaba el querido maestro Julio Comadira, la transformación del Estado debe “asegurar la justicia debida a quienes no pudieran sin culpa asumir las nuevas reglas de juego”<sup>55</sup>. En el actual contexto, puede colegirse que la superación de medidas de emergencia – toda regulación de emergencia es, genéticamente, transitoria – podrá propiciar el restablecimiento de un equilibrio regulatorio-contractual. Y ese equilibrio hará imperar aquellas regulaciones enderezadas a obtener eficacia y eficiencia por parte de los actores, y esa misma base posibilitará, en su caso, la adopción de medidas regulatorias que contemplen situaciones que ameriten soluciones de equidad, tan necesarias en un moderno Estado Social de Derecho. Después de todo, esa es la integralidad que permite logros con economía y con justicia.

## 7. REFERENCIAS

<sup>53</sup> Así concluimos en: SACRISTÁN, Estela. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2007. p. 592.

<sup>54</sup> Ver n. 47.

<sup>55</sup> COMADIRA, Julio R. Introducción. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 267-268, p. 7-25, sept. 2003/ abril 2004. p. 24.

ALESSI, Renato. **Instituciones de Derecho administrativo**. t. I Trad. Buenaventura Pellisé Prats. Barcelona: Bosch, 1970.

ARISTÓTELES. **Ética Nicomaquea**. 19 ed. Ciudad del México: Porrúa, 2000.

BEKER, Víctor A.; MOCHÓN, Francisco. **Economía**. Madrid: McGraw Hill, 1994.

BUSTAMANTE, Jorge E. **Desregulación – Entre el Derecho y la economía**. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1993.

CASSAGNE, Juan Carlos. Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina. **Revista de Administración Pública**, Madrid, n. 154, p. 441-462, 2001.

COMADIRA, Julio R. Introducción. **Documentación Administrativa**, Madrid, n. 267-268, p. 7-25, sept. 2003/abril 2004.

DELFIN, Alejandra. Teoría de la decisión. In: SACRISTÁN, Estela B. (Org.). **Manual de jurisprudencia y doctrina**. Buenos Aires: La Ley, 2013.

DESIERO, Diane A. **Necessity and National Emergency Clauses**. Leiden: Martinus Nijhoff, 2012.

FINNIS, John. **Natural Law and Natural Rights**. Oxford: Clarendon Press, 1980.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de Derecho Administrativo**. 5a ed. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 1998.

GUASCH, J. Luis; HAHN, Robert W. The Costs and Benefits of Regulation: Implications for Developing Countries. **The World Bank Research Observer**. Washington D.C, v. 14, n° 1, p. 137-158, feb./1999.

HAHN, Robert W.; SUNSTEIN, Cass R. **A New Executive Order for Improving Federal Regulation? Deeper and Wider Cost-Benefit Analysis**. New York: AEI Brookings Joint Center for Regulatory Studies, 2002.

HEINRICH POSCHINGER, Ritter von. **Fürst Bismarck: neue Tischgespräche und Interviews**. v. 1. Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1895.

HÖFFE, Ottfried. **Estudios sobre teoría del Derecho y la Justicia**. Trad. SEÑA, J. 2a ed., Ciudad del México: Fontamara, 1997.

MASSIMINO, Leonardo F. Un aporte desde la ley nacional de procedimientos administrativos para el dictado de actos de alcance general eficientes (en especial, en el campo de la intervención administrativa en las industrias de redes naturalmente monopólicas). **Derecho Administrativo Austral**, Buenos Aires, v. 1, p. 193-335, [2008?]

PEARCE, David W. (Org.). **The MIT Dictionary of Modern Economics**. 4 ed. Cambridge: The MIT Press, 1999.

SACRISTÁN, Estela. Control judicial de las medidas de emergencia (a propósito del análisis de costo-beneficio). In: SCHEIBLER, Guillermo (Coord.). **El Derecho administrativo de la emergencia**. t. IV. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2005.

SACRISTÁN, Estela. Eficiencia y Tarifas. *Revista de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, n° 36/38, p. 173-202, ene./dic. 2001.

SACRISTÁN, Estela. Las personas no estatales como instrumento de gobierno. **Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública – RAP**, Buenos Aires, v. 34, n° 408, p. 45-56, set. 2012.

SACRISTÁN, Estela. **Régimen de las tarifas de los servicios públicos**. Buenos Aires: Ábaco, 2007.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economics**. 15 ed. New York: Mc Graw Hill, 1995.

SAVANTI, Victor (Org.). **La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos – Teoría y Experiencia Argentina Reciente**. Buenos Aires: Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, 1999.

SHAPIRO, Scott J. **Legality**. Cambridge: Harvard University Press, 2011.

SMITH, Patricia (Org.). **The Nature and Process of Law – An Introduction to Legal Philosophy**. Oxford: Oxford University Press, 1993.

TAWIL, Guido S. Racionalidad y formas en el derecho administrativo. **Revista La Ley**, Buenos Aires, diario del día 26/04/13, p 1-4.

VALSECCHI, Francisco. **¿Qué es la Economía?** 20 ed. Buenos Aires: Macchi, 1996.

ZAMBRANO, Pilar. El Derecho como razón excluyente para la acción: Una aproximación desde la teoría iusnaturalista del Derecho de John Finnis. **Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho**, Ciudad de México, n° 4, p. 323-366, 2010.