

# Acerca de las audiencias públicas solicitadas en “CEPIS” y su fuente

por ESTELA B. SACRISTÁN<sup>(1)</sup>

**Sumario:** I. PLANTEO. – II. ANTECEDENTES DEL CASO. INTERROGANTES. – III. LAS FUENTES INVOCADAS. A) SUBSUNCIÓN. B) MEMORIA. – IV. CONCLUSIÓN.

## I Planteo

Las sentencias deben estar fundadas. Esta es una manda que hoy, inclusive, se halla consagrada en el Código Civil y Comercial, art. 3º, que reza: “El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”. El recaudo de fundamentación se halla, además, calificado por el componente de razonabilidad, lo cual significa, en el lenguaje cotidiano, que la sentencia será fundada de manera razonable, adecuada, proporcionada, no exagerada<sup>(1)</sup>.

**NOTA DE REDACCIÓN:** Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho: El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la Administración y a la selección de autoridades públicas)*, por JULIO RODOLFO COMADIRA, EDA, 2005-400; *Los principios del procedimiento “informativo”*, por ALFONSO BUTELER y JUAN G. CORVALÁN, EDA, 2008-694; *Seguridad energética y restricción de las exportaciones de gas en la Argentina*, por JUAN PABLO LAHITU, ED, 216-892; *La competencia originaria de la Corte Suprema en materia de hidrocarburos*, por TOMÁS LANARDONNE, EDA, 2009-267; *Hoy como ayer, la Corte Suprema instaura nuevas vías procesales. Luces y sombras de “Halabi”, a 100 años de “Rey c. Rocha”*, por EUGENIO LUIS PALAZZO, EDCO, 2009-49; *Valor boca de pozo de hidrocarburos a los fines del cobro de regalías en una interlocutoria de la Corte Suprema*, por ENRIQUE HIDALGO, ED, 236-185; *Concepto de “servicio público” en el marco del art. 20 de la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras frente a los consumidores industriales de gas natural en situación concursal*, por DAMIÁN DÍAZ, ED, 236-713; *Electricidad y gas en la contrarreforma del Estado*, por HÉCTOR HUICI, EDA, 2010-504; *Algunas consideraciones en torno a la legitimidad de la intervención societaria decretada a Metrogas S.A. por el Enargas como consecuencia de su presentación en*

La razonable fundamentación de las sentencias puede –al menos– seguir un modelo basado en la subsunción<sup>(2)</sup> de los hechos con las normas para la construcción del razonamiento judicial. En el caso particular de las normas procedimentales, ellas pueden derivar en la validez o nulidad del resultado del procedimiento de formación de la voluntad administrativa, v. gr., de la decisión o acto<sup>(3)</sup>. La subsunción, en la especie,

---

concurso preventivo, por AGUSTINA LARRIERA, ED, 239-898; *La política de cargos específicos del gas, a la espera de una definición de la Corte Suprema*, por PAULA OMODEO, EDA, 2012-664; *El derecho a ser oído en el procedimiento administrativo*, por FABIÁN O. CANDA, EDA, 2012-689; *Algunas notas a propósito de las preguntas efectuadas por la Corte Suprema en las audiencias públicas por la Ley de Servicios de Comunicación Audiovisual*, por ALEJANDRO FABIO PEREYRA, ED, 255-682; *El caso “CEPIS”: de acciones colectivas, tarifas y otras misceláneas*, por JAVIER D. GUIRIDIAN LAROSA, EDA, diario nº 14.051 del 30-9-16; *¿Era obligatorio convocar a una audiencia pública? Comentario al fallo de la Corte Suprema en los autos “CEPIS c. MINEM”*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, EDA, diario nº 14.051 del 30-9-16; *La delimitación de la clase en los procesos colectivos*, por FRANCISCO BUENAVENTURA, EDA, diario nº 14.051 del 30-9-16; *El caso “CEPIS”, más allá de la perspectiva del procedimiento y del proceso. Notas marginales acerca de la tarifa de los servicios públicos*, por ANA PATRICIA GUGLIELMINETTI, EDA, diario nº 14.051 del 30-9-16. Todos los artículos citados pueden consultarse en [www.elderecho.com.ar](http://www.elderecho.com.ar).

(\*) Doctora en Derecho (UBA) y profesora de Derecho Administrativo (UCA).

(1) Se consulta la edición online del *Diccionario de la Real Academia Española*, específicamente: <http://dle.rae.es/?id=VFcTQdk> (último acceso: 11-9-16).

(2) LARENZ, KARL - CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin, Springer, 1995; hay versiones en español (trad. por Enrique Gimbernat Ordeig, Barcelona, Ariel, 1966; trad. por Marcelino Rodríguez Molinero, Barcelona, Ariel, 2001).

Para una crítica, ver ATIENZA, MANUEL, *Crítica de la metodología de Karl Larenz*, en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 1982 (22), págs. 189/218.

(3) Explica ROBLES MORCHÓN, GREGORIO, *Los imperativos en Kant y su influencia en la teoría analítica de las*

se efectúa entre la serie de acciones realizadas en ese procedimiento, y lo que dispongan las normas procedimentales, y devendrá una subsunción de tinte procedural, incluida en la más amplia subsunción de los hechos que efectivamente experimente la parte en el proceso y las normas.

Otra alternativa sería la razonable fundamentación de la sentencia mas a modo de racionalización, solo después de haber decidido cómo resolver el caso<sup>(4)</sup>.

En nuestro país, dado el “deber” de los jueces de fallar emergente del precitado art. 3º, en vistas de la enumeración del art. 2º del CCyC –que comprende “[l]a ley (...), las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos”– y vigente, en general, la regla del art. 1º de dicho Código, que establece que los casos regidos por dicho cuerpo legal deben ser “resueltos según las leyes que les resulten aplicables”, parecería haberse adoptado un enfoque de la subsunción moderada. Ello en tanto, además de las normas, el legislador ha contemplado la aplicación de principios y valores jurídicos.

Descartando que el fallo que motiva estas líneas –“CEPIS”<sup>(5)</sup>– haya sido redactado a modo de racionalización posterior a una conclusión liminar o intuitiva de hacer lugar a lo solicitado por la actora y, en general, de postergar la aplicación de aumentos en la factura que envía la distribuidora de gas, queda, por delante, un

---

*normas. De los imperativos de habilidad a las normas de procedimiento*, en RAMOS PASCUA, JOSÉ A. - RODILLA GONZÁLEZ, MIGUEL Á. (eds.), *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca, Universidad Salamanca y Caja Duero Obra Social, 2006, págs. 1139/1159, esp. pág. 1158, que “si nos pasamos al derecho administrativo, vemos que todos los actos de la administración vienen también determinados en las leyes mediante procedimientos”.

(4) “Todo esto se aplica al trabajo del juez. Juzga de atrás para adelante: Primero, la conclusión. Seguirá la racionalización...” (“All this holds for the work of the judge. He judges backwards: Conclusion first. Rationalization to follow [...] The judge's selection, stress and arrangement of ‘the facts’ can make the most peculiar case look routine”), conf. LLEWELLYN, KARL N., *Jurisprudence. Realism in Theory and Practice*, New Brunswick y Londres, Transaction, 2008, traducción propia, pág. 102.

(5) Causa FLP 008399/2016/CS001, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/amparo colectivo”, del 18-8-16, ED Digital (88900).

enfoque a la luz de la mentada subsunción, en el caso y a efectos del presente, procedural. Subsunción que no podría prescindir de otros componentes del razonamiento judicial, acerca de los que nos enseña distinguida doctrina<sup>(6)</sup>: entre esos componentes se destaca la memoria<sup>(7)</sup>. En ese proceso, se tendrán que identificar, primero, las normas que, en tanto aplicadas al procedimiento adoptado, generarán o no una tacha procedural. En otras palabras, y dado el fallo a la vista, se indagará en las normas que fijan el recaudo de audiencia pública, y, al así hacerse, se irá al lugar del cual emergería la respectiva regla jurídica<sup>(8)</sup>, v. gr., su fuente.

Lo dicho conduce a centrarse –siquiera en estos apresurados párrafos– en un aspecto que apreciamos como neural en el caso, v. gr., lo relativo a la norma-fuente de la audiencia pública sobre la que el fallo resuelve. Veamos.

## II

### Antecedentes del caso. Interrogantes

Como recordaremos, “CEPIS” trata de una acción de amparo cuyo objeto era cuestionar dos resoluciones del Ministerio de Energía y Minería que llevan los números 28/16 y 31/16, publicadas en el B.O. del 1-4-16<sup>(9)</sup>, por haber sido dictadas sin audiencia pública previa.

La primera fijó los nuevos precios en el denominado Punto de Ingreso al Sistema de Transporte (PIST) para el gas natural y las bonificaciones; determinó los nuevos precios del gas propano y las bonificaciones; delegó en el ente regulador en materia de tarifa social y en materia de ajuste por variaciones en el precio del gas comprado sin perjuicio de las compensaciones; y dejó sin efectos los cargos de importación de gas natural del decreto 2067/08.

La segunda delegó en el ente regulador lo relativo a llevar adelante el procedimiento de

(6) Ver PORTELA, JORGE G. - MAINO, CARLOS A. G., *Prudencia jurídica, argumentación y razonamiento judicial*, en *La argumentación de los operadores jurídicos*, Francisco Puy Muñoz y Jorge Portela (comps.), Buenos Aires, Educa, 2005, págs. 325/376.

(7) Ibídem, págs. 336/340.

(8) Se sigue MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, 4ª ed. act., Buenos Aires, AbeledoPerrot, 1990, t. I, págs. 200/202.

(9) Puede verse: <https://www.boletinoficial.gob.ar/#!DetalleNormaBusquedaAvanzada/11502984/null> (último acceso: 20-8-16).

Revisión Tarifaria Integral previsto en las Actas Acuerdo de Renegociación Contractual Integral celebradas con las licenciatarias, con audiencia pública, y lo relativo a la adecuación de las tarifas de transición “a cuenta” de dicha revisión con compensaciones, y la fijación de la tarifa social y las bonificaciones; el pago mensual de las facturas bimestrales del servicio público de distribución de gas natural; y la vinculación del ajuste dispuesto con las inversiones obligatorias y el condicionamiento del reparto de dividendos a la previa acreditación de esas inversiones.

En el caso, los actores solicitaban que se les “garantizara el derecho constitucional a la participación de los usuarios, previsto en el artículo 42 de la Constitución Nacional”, y que, en forma cautelar, se suspendiera la aplicación de las nuevas tarifas hasta tanto se diera efectiva participación a la ciudadanía.

Si bien el fallo no abunda en materia de descripción de hechos –no se puede saber, a partir de su lectura, cuánto se les facturó o se les iba a facturar a los actores, o qué clase de usuarios eran, de qué servicio, etc.–, los nuevos cuadros tarifarios son cognoscibles en virtud de su publicación<sup>(10)</sup>, y es claro que el caso remite, a primera vista, y en forma casi exclusiva, a un trascendente interrogante que ha preocupado a los iuspublicistas.

Ese interrogante hace al recaudo de celebración de una audiencia pública previo a la fijación de los nuevos valores, y su fuente<sup>(11)</sup>.

(10) Puede verse: <http://www.enargas.gov.ar/Tarifas/Index.php> (último acceso: 20-8-16).

Recordemos que, así como los actos de alcance particular se “notifican”, los actos de alcance general se “publican”, pues el art. 11 de la ley 19.549 dispone: “Para que el acto administrativo de alcance particular adquiera eficacia debe ser objeto de notificación al interesado y el de alcance general, de publicación...”.

(11) El interrogante acerca de la fuente del recaudo presupone la definición de la fuente constitucional o infraconstitucional de las audiencias públicas en los servicios públicos.

En tal aspecto, cabe citar las elevadas opiniones de GORDILLO, AGUSTÍN A., *Tratado de derecho administrativo y obras selectas*, 1<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2014, t. 2, pág. XI-4 (“Debe tenerse presente que el principio de la audiencia pública es de raigambre constitucional...”), a favor del rango constitucional; y de CASSAGNE, JUAN C., *Curso de derecho administrativo*, 10<sup>a</sup> ed. actualizada y ampliada, Buenos Aires, La Ley, 2011, t. I, págs. 315/316 (“Sin perjuicio de valorar la importancia que representa para los derechos de los usuarios el art. 42 CN, consideramos que no es posible extender la obligatoriedad

Con sano criterio, la Corte Suprema, en “CEPIS”, por mayoría, no halla en la Constitución la fuente de las audiencias públicas: la Constitución Nacional “no las prevé, ni explícita ni implícitamente”<sup>(12)</sup>.

Mas aclarado ese aspecto, quedaba, por delante, la cuestión de –en lo que aquí interesa– en qué normas infraconstitucionales fundar la exigibilidad de audiencia pública.

Recordaremos que “CEPIS” trata de la fuente de la participación exigida por la actora para dos renglones distintos: (i) para la determinación de precios en el denominado Punto de Ingreso al Sistema de Transporte (PIST) del gas natural, por un lado, y (ii) para la fijación de tarifas de las licenciatarias del transporte y distribución de gas natural, por el otro.

Adviértase que unos (i) son calificados en la ley como “precios” tal que, en un mercado con pluralidad de actores y conforme la manda legis-

---

de la celebración de audiencias públicas a los supuestos en donde la norma de carácter legal o reglamentaria no la disponga con carácter expreso. De adoptarse la tesis contraria se produciría una inseguridad jurídica respecto de las decisiones que adopte el ente regulador en materia de servicios públicos ya que podrían invalidarse todas las resoluciones que fueron tomadas soslayando este procedimiento”), a favor del rango infraconstitucional, legal o reglamentario.

Por su parte, la Corte Suprema estadounidense se ha expedido sobre la imposibilidad práctica de plebiscitarlo todo. Sostuvo en “Bi-Metallic Investment Co. v. State Board of Equalization”, 239 U.S. 441, esp. pág. 445 (1915): “Cuando una regla de conducta se aplica a más que unas pocas personas, es impracticable que todos tengan una voz directa en su adopción. La Constitución no exige que todos los actos públicos sean emitidos en una reunión vecinal o en una convención general” (“Where a rule of conduct applies to more than a few people, it is impracticable that every one should have a direct voice in its adoption. The Constitution does not require all public acts to be done in town meeting or an assembly of the whole”).

También se ha pronunciado ese Tribunal extranjero en “Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC”, 435 U.S. 519, esp. pág. 543 (1978) sobre la competencia, discrecional, del regulador –y no de la rama judicial– en materia de fijación de procedimientos: “Ante la ausencia de limitaciones constitucionales o circunstancias extremadamente imperativas, las agencias administrativas deberían tener la libertad para establecer sus propias reglas de procedimiento” (“Absent constitutional constraints or extremely compelling circumstances, the administrative agencies should be free to fashion their own rules of procedure”). En síntesis: no hay una manda constitucional de participación (con lo que la cuestión se difiere a la ley), y los entes tienen discrecionalidad para disponer sus procedimientos.

(12) “CEPIS”, consid. 18, párr. 3º; consid. 14 del voto del Dr. Maqueda.

lativa, la libertad atrajera inversiones y transacciones en el segmento producción. Lo cual, en última instancia, protege al usuario, pues, como enseña VON MISES, el mercado siempre protege al particular<sup>(13)</sup>. De hecho, el mercado asegura la presencia de producción de gas natural para calefacción, industria, generación eléctrica mediante centrales eléctricas de gas, eventual exportación, etc. Y el mercado es una institución que sigue teniendo andamiaje en la Constitución Nacional, incluso después de la reforma de 1994<sup>(14)</sup>.

En cambio, el segundo renglón (ii) consiste en tarifas, que son precios sujetos a un máximo de regulación, pues son los precios por un servicio calificado, por la ley, como servicio público, lo cual justifica –como sostiene la doctrina– ese máximo de regulación<sup>(15)</sup>. El mentado máximo de regulación conlleva, además y entre otros aspectos, exigir eficiencia, controlar la rentabilidad y velar por las inversiones (contracara de la tarifa): algo inadmisible en el mundo del libre mercado, pero lógico cuando una red constituye un monopolio natural.

Ahora, ¿qué fuentes se invocaron en “CEPIS” para resolver que debía haber audiencia pública previa en ambos renglones?

### III Las fuentes invocadas

Opina el dictamen de la Procuración General de la Nación, en punto a las audiencias públicas solicitadas: “[E]ntiendo que los arts. 46 y 47 de

(13) VON MISES, LUDWIG, *Human Action. A Treatise on Economics*, Auburn, Alabama, Ludwig von Mises Institute, 1998, pág. 258: “[El mercado] protege la vida, la salud y la propiedad del individuo frente a las agresiones violentas o fraudulentas” (“[The market] protects the individual's life, health and property”). La traducción es propia.

(14) En tal sentido, DALLA VÍA, ALBERTO R., *El mercado en la Constitución*, en su *Derecho constitucional económico*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, LexisNexis y Abeledo-Perrot, 2006, págs. 525/551, esp. págs. 533 y 535.

(15) BIANCHI, ALBERTO B., *La regulación económica*, Buenos Aires, Ábaco, 2001, pág. 225; MAIRAL, HÉCTOR A., *El concepto de servicio público en el derecho argentino actual*, en AA. VV., *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2004, págs. 229/236, esp. pág. 231; CANOSA, ARMANDO N., *Procedimiento administrativo: recursos y reclamos*, 2<sup>a</sup> ed. act. y ampl., Buenos Aires, Astrea y Ediciones Rap, 2014, pág. 23; CASTRO VIDELA, SANTIAGO M. - MAQUEDA FOURCADE, SANTIAGO, *Tratado de la regulación para el abastecimiento*, Buenos Aires, Ábaco, 2015, pág. 104.

la ley 24.076 y las disposiciones reglamentarias (...) dan sostén a la exigencia de celebrar la audiencia pública en forma previa a implementar el aumento tarifario a través de las resoluciones [impugnadas]”<sup>(16)</sup>.

Por ende, a tenor del citado dictamen, las fuentes de esas audiencias públicas son las siguientes:

- la ley 24.076, art. 46;
- la ley 24.076, art. 47;
- el decreto 1738/1992, reglamento autónomo y de ejecución de la Ley del Gas 24.076, apart. XI.10.

La Corte Suprema, a su turno, agrega, para el específico renglón de precio en el denominado Punto de Ingreso al Sistema de Transporte (PIST):

- el decreto 181/04, reglamento autónomo y de ejecución de las Leyes de Emergencia 25.561, 25.820 y 25.790, fuente de audiencia pública que, para dicho precio, regirá “hasta el momento en que efectivamente el precio del gas en el PIST se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda”<sup>(17)</sup>.

#### a) Subsunción

Aplicar las normas a los hechos, a fin de arribar a una conclusión jurídica, requiere la delimitación de las normas aplicables. En ordenamientos como los anglonorteamericanos, en los que no parecen preverse las derogaciones o modificaciones implícitas, tal tarea podría ser sencilla. En cambio, en la Argentina, donde se suelen sellar algunas leyes con el carácter de orden público y la fórmula de derogación de toda otra ley “que se oponga a la presente”<sup>(18)</sup>, desentrañar cuál es el derecho vigente no resultará una tarea trivial, y puede deparar elevados costos del plazo de la certeza jurídica<sup>(19)</sup>. Ello se

(16) Dictamen de la Procuración General de la Nación, sección VI *in fine*.

(17) “CEPIS”, consid. 20 del voto de la mayoría; consid. 16 *in fine* del voto del Dr. Maqueda; consid. 19, párr. 7º, del voto del Dr. Rosatti.

(18) Acerca de este fenómeno, puede verse, con provecho, PÉREZ BOURBON, HÉCTOR, *Manual de técnica legislativa*, Buenos Aires, Educa y Konrad Adenauer Stiftung, 2008, págs. 146/147.

(19) Tengamos presente que “[e]l orden y la seguridad jurídica figuran entre los bienes más sagrados de la humanidad”, conf. WELTY, EBERHARD, *Catecismo social* (vers. esp. del P. JUAN MANUEL PÉREZ, O.P., rev. por Dr. JUAN A. VENTOSA, Pbro., de la 2<sup>a</sup> ed. de 1957), Barcelona, Herder, 1963, t. II, pág. 82.

potencia en el marco de litigios con decisiones de efectos expansivos.

A efectos del presente, puede tenerse, como guía en estas breves reflexiones, que, desde el punto de vista de la *gnome* o agudeza del juicio, “el juez considera primero a la ley que rige el caso que debe resolver, que es el principio general que regula el asunto”<sup>(20)</sup>.

En “CEPIS” –volcando aquí una opinión ya vertida<sup>(21)</sup>– se advierte que se invocaron artículos de la Ley del Gas 24.076 inaplicables por virtud de Ley de Emergencia 25.561<sup>(22)</sup>, hoy prorrogada hasta fines del 2017 por ley 27.200<sup>(23)</sup>. Ello causa perplejidad, en especial porque las resoluciones impugnadas en “CEPIS” habían sido dictadas bajo el decreto 367/16<sup>(24)</sup>, que invocabía expresamente la Ley de Emergencia 25.561.

De otra parte, no se mencionan, describen o aluden, en el dictamen o fallo que motiva estas líneas, las “solicitudes” que dan lugar al pro-

En sentido concordante, LINARES QUINTANA, SEGUNDO V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado*, 2<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, Plus Ultra, 1980, t. 6, pág. 17: “La seguridad jurídica es la situación en que se encuentran las personas cuando sus derechos y obligaciones, sus facultades e interdicciones de carácter legal, están claramente determinados por leyes precisas y correctamente aplicadas por las autoridades públicas, de manera que cada uno pueda, antes de obrar, prever cuáles serán las consecuencias de su conducta, libre de temor a la arbitrariedad”.

Puede verse, asimismo, COVIELLO, PEDRO J. J., *Los principios y valores como fuente del derecho administrativo*, en AA. VV., *Cuestiones de acto administrativo, reglamento y otras fuentes del derecho administrativo*, Jornadas organizadas por la Universidad Austral, Buenos Aires, Ediciones Rap, 2009, págs. 729/760, esp. pág. 756.

(20) PORTELA, JORGE G. - MAINO, CARLOS A. G., *Prudencia jurídica, argumentación...*, cit., pág. 369.

(21) Nos permitimos remitir a *Entre la Ley del Gas y la Ley de Emergencia*, LL 2016-E (Suplemento Especial del 25-8-16), págs. 9 y 10, en: <http://estelasacristan.com.ar/publicaciones/Entre%20la%20Ley%20del%20Gas%20y%20la%20Ley%20de%20Emergencia.pdf> (último acceso: 17-9-16).

(22) Ver: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=71477> (último acceso: 15-9-16).

(23) Por art. 1º de la ley 27.200, B.O. 4-11-15 se prorroga hasta el 31 de diciembre de 2017 la ley 26.204, de prórroga de la ley 25.561. Puede verse dicha ley 27.200 en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/250000-254999/254341/norma.htm> (último acceso: 20-8-16). Y la ley 26.204 puede verse en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/120000-124999/123275/norma.htm> (último acceso: 15-9-16).

(24) Puede verse dicho decreto en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/255000-259999/258673/norma.htm> (último acceso: 15-9-16).

cedimiento administrativo del art. 46 de la ley 24.076. Tampoco se mencionan o reseñan, en aquellos, los procedimientos iniciados de oficio o las denuncias del art. 47 de la ley 24.076. Ello impide la subsunción a los fines del razonamiento judicial que funda la procedencia de audiencia pública para los segmentos regulados.

Es más, en el dictamen de la Procuración General de la Nación, sección VI, se invocan los arts. 46 y 47 de la Ley del Gas 24.076 como si el sistema al cual acceden esos artículos –*price caps*, con su “cápsula hermética” conformada por índice y objetivos de eficiencia y de inversiones y traslado de costos, y sus correspondientes “vías de escape”<sup>(25)</sup> por circunstancias objetivas y justificadas y por discriminación– nunca hubiera sido implícitamente incidido por la Ley de Emergencia 25.561. Lo mismo podría predicarse del fallo de la Corte Suprema, pues las consideraciones de ese dictamen no son excluidas en el fallo.

En rigor, resulta llamativa la escasa atención que se presta, en el fallo, a la Ley de Emergencia 25.561 –actualmente vigente, permítasenos la reiteración– y su incidencia en la Ley del Gas 24.076 desde el verano del 2002. Recordemos que, por ejemplo, la ley 25.561 hiere, durante su vigencia, a la “cápsula hermética” de los *price caps*, pues veda ajustes previstos en la Ley del Gas por el índice (art. 41) y, por ende, objetivos de eficiencia e inversiones contemplados en la fórmula (art. 42) y las audiencias públicas prefijadas en la ley para su determinación, con la consecuente afectación de las “vías de escape” aludidas.

Ahora, ya vimos que es “deber” de los jueces fallar (art. 3º, CCyC) aplicando las fuentes enumeradas en el art. 2º del CCyC, bajo la regla general del art. 1º del CCyC, que dice que los casos regidos por dicho cuerpo legal deben ser “resueltos según las leyes que les resulten aplicables”. Por ende, para aplicar artículos de la Ley del Gas como si la Ley de Emergencia no existiera, se debería haber declarado, antes, la inconstitucionalidad de las partes pertinentes de esta, v. gr., el art. 8º y concs. Una inteligencia en contrario –que bregara por la plena aplicabilidad de todos los artículos de la Ley del Gas,

(25) Así los llamamos en el sistema de nuestro *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Buenos Aires, Ábaco, 2007, págs. 292/343.

no obstante la vigencia de la Ley de Emergencia— permitiría sostener la reinstalación del índice previsto en la Ley del Gas, su reglamentación y las licencias oportunamente accordadas<sup>(26)</sup>, por plantear alguna de las hipótesis.

En cuanto a la norma participativa prevista en el decreto 1738/92 invocada en el dictamen de la Procuración General de la Nación, cabe formular algunas apreciaciones. Primero, el apart. XI.10 no es una norma que cree, *prima facie*, derechos subjetivos en cabeza de los particulares en punto al procedimiento, sino que es una directiva, del Poder Ejecutivo al ente regulador, acerca de cómo este reglamentará procedimientos. Ello, ya que el respectivo apart. XI comienza así: “Las disposiciones de la Sección XI del Capítulo I de la Ley serán reglamentadas por el Ente con adecuación a las siguientes reglas y principios:...”. En otras palabras, el apart. XI le indica al ente regulador cómo reglamentará algo y, de suyo, asigna carácter programático a todos los ítems enumerados, incluyendo el ítem 10 citado en el dictamen. En segundo lugar, aun cuando se considerara que el apart. XI.10 es una norma creadora de un derecho subjetivo invocable por los particulares, se advertirá que no es mandatoria sino potestativa pues, a la luz de su texto, “podrá” recurrirse a la audiencia pública, mas no se “deberá” acudir a ella, y allí incidirá la discrecionalidad y buen tino del regulador. Tercero y último, si la ley 24.076 se halla, desde enero del 2002, sujeta al compás de espera que ha venido a significar la renegociación a la cual la ley 25.561 invitara, y si esa renegociación no se ha perfeccionado, pues se halla pendiente de celebración la Revisión Tarifaria Integral –con la cual se espera que culmine el proceso iniciado en el verano del 2002–, no parecería tener el articulado del citado decreto 1738/92, y la ley reglamentada misma –24.076–, la vigencia integral y plena que se le desea dar en el fallo aquí anotado.

En cuanto a la norma que funda la exigibilidad de audiencia pública para el precio en el PIST, esta sería, según la Corte Suprema, el decreto 181/04. Ahora, advertimos que el texto literal de ese decreto no exige audiencia pública. Tampoco lo hace –ni podría haberlo hecho– el texto de la

Ley de Hidrocarburos 17.319. Mas el fallo considera que, como hubo Acuerdos de Precios bajo ese decreto, ha habido intervención estatal, con lo que la audiencia pública es “razonable”<sup>(27)</sup>. Se soslayan, así, las claras competencias del ente regulador para velar por los usuarios, en la especie, en materia de precio de suministro de gas natural (art. 2º, incs. a] y g], ley 24.076); para promover la inversión en el segmento producción de gas natural (art. 2º, inc. b], ley 24.076); y para, específicamente, “limitar” el traslado del costo de adquisición del gas<sup>(28)</sup> (art. 38, inc. c], ley 24.076) si así lo considerare menester, dentro de su rol protector de los usuarios.

Finalmente, y también en punto al precio en el PIST, ponemos de resalto que, como se señala institucionalmente, “la fijación del precio de la producción del gas por parte del Poder Ejecutivo, en reemplazo de los acuerdos particulares celebrados entre los cargadores y las compañías distribuidoras, debería ser, de suyo, una garantía para el usuario. De tal forma, la sentencia (a) no solo se arroga funciones legislativas al exigir un requisito formal que no está específicamente indicado en la ley, sino que (b) incurre, también, en la contradicción de sostener que el dictado de un decreto del Poder Ejecutivo está sometido al cumplimiento de un requisito de control, del cual está exento un acuerdo entre particulares”<sup>(29)</sup>.

### b) Memoria

Continuando con las enseñanzas de PORTELA y MAINO, “la memoria nos permite recordar el pasado, y utilizar casos análogos que ya fueron objeto de respuesta judicial, a fin de encontrar una vía que permita su utilización fructífera en el conflicto que se debe resolver”<sup>(30)</sup>. ¿Cuáles

(27) “CEPIS”, consid. 20 *in fine* y consid. 28 *in fine* del voto de la mayoría; consid. 15 *in fine*, consid. 16 *in fine*, y consid. 28, párr. 2º, del voto del Dr. Maqueda; consid. 19, párrs. 6º, 7º, 10, esp. párr. 7º del voto del Dr. Rosatti.

(28) Cfr. la norma citada en “Alliance One Tabacco Argentina S.A. y otro c. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/ordinario”, Fallos: 337:1393 (2014), consid. 9º, párr. 2º, que remite al art. 37, inc. c), ley 24.076, a los mismos fines.

(29) COLEGIO DE ABOGADOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES, *Tarifas del servicio de gas: Opinión jurídica sobre el fallo de la Corte*, en: <http://www.newswebsite.com.ar/public/view.php?idemail=5983315&idnewsletter=10223&controlpub=k3m9g2x8u7&c=5807032cbc057039> (último acceso: 15-9-16).

(30) PORTELA, JORGE G. - MAINO, CARLOS A. G., *Pronunciamiento jurídico, argumentación...*, cit., pág. 336.

(26) Puede ampliarse en nuestro *Régimen de las tarifas...*, cit., págs. 393/401.

serían algunos de los casos que orientaban el planteo de “CEPIS”?

En punto a la ya mencionada prescindencia de un texto legal –Ley de Emergencia vigente al menos hasta fines del 2017, en tanto implícitamente derogatorio o modificatorio de la Ley del Gas 24.076–, cabe recordar que, según los precedentes de la Corte Suprema, se impide que los jueces, en general, prescindan del texto legal aplicable<sup>(31)</sup>.

Respecto del índice contemplado en la Ley del Gas (art. 41), la Corte Suprema convalidó la veda de su aplicabilidad<sup>(32)</sup>, aplicabilidad ya suspendida incluso antes de la sanción de la ley 25.561, tal que el último ajuste por el índice fuera a fines de 1999, desbaratándose, así, la fijación de objetivos de eficiencia e inversiones contemplados en la respectiva fórmula, que dejaron de fijarse, oficialmente, a partir de la vigencia de la Ley de Emergencia, esp. art. 8º.

La Corte Suprema inaplicó, en precedentes de fijación de cargos de inversiones en infraestructura, el recaudo de audiencia pública fijado en la ley<sup>(33)</sup>, no obstante la naturaleza tarifaria de los mismos<sup>(34)</sup>. Tal vez porque quien manejaba esos fondos no era la licenciataria sino el Ministerio de Planificación y se pudo haber entendido que la audiencia pública correspondía solo cuando era la licenciataria la que iba a ejecutar las obras (obras que, acordadas con audiencia pública previa, implicaban que la licenciataria comenzara a percibir su repago, por parte de los usuarios, contra la finalización de estas<sup>(35)</sup>).

(31) Por ejemplo, “P. A. c. Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas Discapacitadas y otro s/amparo”, Fallos: 338:488 (2015); dictamen de la Procuración General de la Nación en “Andrés Lagomarsino e Hijos c. EDESUR S.A. y otro s/proceso de conocimiento”, A. 502. XLVII. REX, del 28-5-13, en: [http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2012/LMonti/febrero/Andres\\_Lagomarsino\\_A\\_452\\_L\\_XLVII.pdf](http://www.mpf.gov.ar/dictamenes/2012/LMonti/febrero/Andres_Lagomarsino_A_452_L_XLVII.pdf) (último acceso: 15-9-16).

(32) “Defensor del Pueblo de la Nación - incidente med. c. E.N. - P.E.N. - Mº E. - dto. 1738/92 y otro s/proceso de conocimiento”, Fallos: 328:1633, del 24-5-05. “Defensor del Pueblo de la Nación c. E.N. - P.E.N. - Mº E. - dto. 1738/92 y otro s/proceso de conocimiento”, Fallos: 328:1652, del 24-5-05.

(33) “Soldano, Domingo c. E.N. Ley 26.095 Mrio. Planificación Resol. 2008/06 y otro s/ amparo Ley 16.986”, Fallos: 337:877, del 15-7-14, consid. 6º.

(34) Ídem.

(35) Nos permitimos remitir a nuestro *Régimen de las tarifas...*, cit., págs. 333/340.

Vimos que en “CEPIS” la Corte Suprema prescindió de la ley 25.561 en cuanto factor de derogación o modificación de la ley 24.076. Puede recordarse que, en rigor, declarada una inconstitucionalidad, el caso debe resolverse como si la norma no existiera –doctrina “Gregolinsky”<sup>(36)</sup>–, pero no se puede prescindir de normas aplicables sin declararlas inconstitucionales antes, pues rige la manda del art. 1º del CCyC.

Por último, el dictamen de la Procuración General de la Nación, e, implícitamente, el fallo de la Corte Suprema, se apoyan, para afirmar la exigencia de audiencia pública, en los arts. 46 y 47 de la Ley del Gas. Respecto del primero de esos dos artículos, soslayan los precedentes del fuero contencioso administrativo<sup>(37)</sup> y de la Corte Suprema misma<sup>(38)</sup> que impidieron la procedencia de ajustes de tarifas con base en el citado art. 46<sup>(39)</sup>. Los respectivos pedidos ante el ente regulador resultaron fútiles dada la transición que planteaba la ley 25.561. En cuanto al art. 47, ya vimos que es imposible conocer, a partir del texto del dictamen y del fallo, la preexistencia de un procedimiento iniciado de oficio o por denuncia, con lo que la sujeción del caso al derecho vigente resulta ininteligible.

En punto al precio del gas en el PIST, resulta de interés el razonamiento de la Corte Suprema en cuanto a que, desde el año 2004, el precio de la producción de gas ha sido fijado por el Poder Ejecutivo en lugar de acordarse entre productores y distribuidores. Como si fuera un legislador, la Corte Suprema, por mayoría, dispone la “razonabilidad” de la audiencia pública para ese precio, sin más, hasta que arribe la desregulación o interacción de oferta y demanda. Se

(36) “Gregolinsky y Compañía s/impuestos internos”, Fallos: 202:184 (1945). Ampliar en BIANCHI, ALBERTO B., *Control de constitucionalidad*, 2ª ed. act., reestr. y aum., Buenos Aires, Ábaco, 2002, t. I, págs. 221/222.

(37) CNCont.-adm. Fed., sala III, causa 14.812/03, “Unión de Usuarios y Consumidores - Inc. med. y otros c. E.N. - Mrio. Economía e Infraestructura - Resol. 20/02 s/ amp. proc. sumarísimo (art. 321 inc. 2 CPCyC)”, del 27-6-03.

(38) Causa CSJ 000416/2011(47-T), “Transportadora de Gas del Norte S.A. c. ENARGAS - Resol. 1948/10 s/amparo”, del 31-7-12.

(39) Puede ampliarse en las reflexiones de LAPACETTE, DORA R., *El gradualismo republicano aplicado a la crisis de las tarifas eléctricas*, en RADEHM - Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería, Buenos Aires, Ábaco, 2016, N° 10, págs. 227/235, esp. pág. 231.

advierte, aquí, una interpretación restrictiva de las competencias del ente que, como vimos, le hubieran permitido controlar o limitar el traslado, a la tarifa, del costo de adquisición del gas e incluso le hubieran permitido, discrecionalmente, implementar un procedimiento participativo. Esa tendencia restrictiva sobre las competencias del ente regulador ha hallado su punto de inicio en la propia jurisprudencia de la Corte Suprema<sup>(40)</sup>, pero que se contrapone a la interpretación de la Procuración del Tesoro de la Nación<sup>(41)</sup>.

Finalmente, si bien en “CEPIS” la Corte Suprema efectúa un completo análisis de razonabilidad en punto a los costos y beneficios del proceso colectivo<sup>(42)</sup> con invocación de su jurisprudencia en la materia, omite efectuar el control de razonabilidad en punto a la audiencia pública que extrae de la aplicación del decreto 181/04. Afirma que es “razonable” extraer, de su régimen, la mentada instancia participativa, pero no nos brinda las razones para así concluir. De tal modo, omite descender hasta los tres subprincipios de la razonabilidad, v. gr., adecuación o idoneidad (perseguir un fin constitucionalmente aceptable), necesidad o indispensabilidad (menor restricción), y proporcionalidad en sentido estricto (confrontando costos con beneficios)<sup>(43)</sup>. Así las cosas, el precio en el PIST, otra vez desregulado, luego, de hecho, congelado, y posteriormente intervenible, ha devenido plebiscitable en virtud de una nueva causal de exigibilidad de audiencia pública dispuesta por vía judicial. Ello, aun cuando es de recibo la jurisprudencia conforme la cual no es misión de los jueces sustituir al legislador<sup>(44)</sup>.

(40) Ver “Ángel Estrada y Cía. S.A. c. resol. 71/96 - Sec. Ener. y Puertos (Expte. N° 750- 002119/96)”, Fallos: 328:651 (2005), sobre incompetencia del ente regulador para liquidar daños.

(41) Dictamen PTN N° 64 del 16-3-06. Publicado en: Dictámenes: 256:358; ReDA, AbeledoPerrot, Buenos Aires, N° 58, págs. 1123/1129; y publicado por el ENRE en: [http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/\(\\$IDWeb\)/BDE0C0E-129FBE984032571630059BD78](http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/($IDWeb)/BDE0C0E-129FBE984032571630059BD78).

(42) “CEPIS”, consid. 12 *in fine*, del voto de la mayoría; consid. 21, pár. 3º, del voto del Dr. Maqueda; consid. 28, pár. 3º, del voto del Dr. Rosatti.

(43) Puede ampliarse en CIANCIARDO, JUAN - SACRISTÁN, ESTELA B., *El caso “Avico” y sus ecos ochenta años después*, en LL, 2014-C-635, esp. sección III.2.

(44) “L. E. H. y otros c. O.S.E.P. s/amparo”, Fallos: 338:779 (2015); “Rosensvit, Héctor Abel y otros s/causa

## IV Conclusión

Hace ya casi cuatro décadas, la Corte Suprema estadounidense fijó, en “Vermont Yankee”, una regla conforme la cual los jueces tienen vedado imponer a la Administración procedimientos más exigentes que los previstos en la ley<sup>(45)</sup>.

De acuerdo a los párrafos que anteceden, en el fallo “CEPIS” la Corte Suprema argentina –con los efectos expansivos propios del cauce procesal adoptado– ha fijado la exigibilidad de audiencia pública con fuente en normas inaplicables o no mandatorias a los segmentos regulados del transporte y distribución de gas natural (sección III.a) y, al así resolver, efectuó un *bypass* respecto de precedentes jurisprudenciales aplicables, incluso del propio Tribunal (sección III.b). Respecto de la audiencia pública para precio del gas natural en el PIST, se ha hecho caso omiso de las normas aplicables (sección III.a), en contra de la jurisprudencia que priva al órgano judicial de un *rol* legislador (sección III.b).

**VOCES:** ABOGADO - ACTO ADMINISTRATIVO - ACTOS Y HECHOS JURÍDICOS - ADMINISTRACIÓN PÚBLICA - COMPETENCIA - CONSTITUCIÓN NACIONAL - CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO - CONTRATOS ADMINISTRATIVOS - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - DERECHO ADMINISTRATIVO - DIVISIÓN DE PODERES - ESTADO - MINISTERIO PÚBLICO - NOTIFICACIÓN - PLAZO - PODER EJECUTIVO - PODER JUDICIAL - PODER LEGISLATIVO - PROCESO - RECURSOS - SANCIONES ADMINISTRATIVAS - SERVICIOS PÚBLICOS - ORGANISMOS ADMINISTRATIVOS - PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO - MINISTERIOS - LEY - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

nº 14411”, Fallos: 338:386 (2015); “Minera del Altiplano S.A. c. Estado Nacional - PEN y otra s/amparo”, Fallos: 335:1315 (2012); “Gregorchuk, Ricardo s/recurso de casación”, Fallos: 325:3229 (2002); “Agip Gas S.A. y otros c. AGIP Argentina S.A. y otros s/infr. ley 22.262”, Fallos: 316:2561 (1993); “Ríos, Ramón y otro”, Fallos: 300:700 (1978); “Socha S.A. c. Banco de la Nación Argentina”, Fallos: 273:418 (1969); entre otros.

(45) “Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. NRDC”, 435 U.S. 519, esp. págs. 523/525 (1978).