

¿Era obligatorio convocar a audiencia pública?

Comentario al fallo de la Corte Suprema en los autos “CEPIS c. MINEM”

por IGNACIO M. DE LA RIVA^(*)

Sumario: 1. EL ALCANCE DEL ART. 42 DE LA CN. – 2. ¿AUDIENCIA PÚBLICA PARA FIJAR EL PRECIO EN BOCA DE POZO? – 3. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA AUDIENCIA PÚBLICA CONFORME AL MARCO LEGAL VIGENTE. – 4. AUDIENCIAS PÚBLICAS EN EL CURSO DE LA RENEGOCIACIÓN CONTRACTUAL DE EMERGENCIA. – 5. AUDIENCIAS PÚBLICAS FRENTE A AUMENTOS TARIFARIOS NO REMUNERATORIOS PARA QUIEN PRESTA EL SERVICIO. – 6. UNA SOLUCIÓN ALTERNATIVA ACORDE AL ESTÁNDAR FIJADO POR LA CORTE.

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 LAHITOU, ED, 216-892; *La competencia originaria de la Corte Suprema en materia de hidrocarburos*, por TOMÁS LANARDONNE, EDA, 2009-267; *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 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. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

El fallo emitido por la Corte Suprema en los autos “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” –ED Digital (88900)– plantea múltiples frentes de análisis, todos ellos de gran interés⁽¹⁾. Sin embargo, es evidente que el eje central del debate pasa por la pregunta que se formula en el título de este breve comentario: a la luz del derecho vigente, los actos ministeriales cuestionados por los amparistas ¿exigían o no, como recaudo de validez, la previa celebración de una audiencia pública? En definitiva, la acción promovida impugna dichos actos en razón, precisamente, de la omisión de cumplir con ese recaudo formal.

La Corte responde al interrogante de manera rotunda y por la afirmativa, a consecuencia de lo cual su sentencia declara, por unanimidad, la nulidad de las resoluciones 28/16 y 31/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación (“MINEM”). Lo hace sobre la base de una serie

(*) Profesor titular de Derecho Administrativo en la Pontificia Universidad Católica Argentina.

(1) Así lo evidencian los numerosos comentarios que ya ha suscitado el fallo, pese a haber sido dictado hace apenas unas semanas atrás. Cito solo algunos, a modo de ejemplo: ÁLVAREZ LARRONDO, FEDERICO M., *Tarifas: La Corte y el diseño de políticas de Estado*; PALACIO DE CAEIRO, SILVIA B., *El amparo colectivo y los servicios públicos*; QUADRI, GABRIEL H. - GIUSSANI, DIEGO A. - MIGUETTI, CARLOS M., *La Corte Suprema y los aumentos tarifarios*; SACRISTÁN, ESTELA E., *Entre la Ley del Gas y la Ley de Emergencia*; SOLA, JUAN V., *Los jueces, las tarifas y los subsidios*; y VERBIC, FRANCISCO - SALGADO, JOSÉ M., *Un estándar constitucional para el acceso colectivo a la justicia*, todos ellos en La Ley del 25-8-16; GOLDFARB, MAURICIO, *Audiencias públicas y debido proceso administrativo. Algunas reflexiones sobre el fallo “CEPIS”*, en ED, diario nº 14.037 del 12-9-16; GOZAÍN, OSVALDO A., *La sentencia de la Corte en el caso de usuarios del servicio de gas. Algunos problemas procesales que desnaturalizan los efectos de la cosa juzgada y otras cuestiones a resolver en los procesos colectivos*, en AbeledoPerot N° AP/DOC/923/2016.

de argumentos que, a juicio del autor de esta nota, no alcanzan a demostrar el acierto de la premisa en la que se apoya semejante decisión anulatoria, esto es, el supuesto deber de celebrar una audiencia pública como condición previa para el dictado de los actos emitidos por el señor ministro.

Intentaré en los puntos siguientes exponer los reparos que me generan las consideraciones sentadas por el más Alto Tribunal para fundar su fallo a ese respecto, volcadas en los consids. 14 a 22 de la sentencia anotada.

1

El alcance del art. 42 de la CN

La Corte arranca su argumentación a partir de la exégesis del texto constitucional, y lo hace deteniéndose a interpretar, básicamente, dos aspectos de su art. 42: (i) el derecho de los consumidores y usuarios de bienes y servicios a una información adecuada y veraz en el marco de la relación de consumo y (ii) la necesidad de que los marcos regulatorios de los servicios públicos garanticen la participación de las asociaciones de consumidores y usuarios.

Aun cuando el tribunal destaca el carácter operativo de los derechos aludidos, reconoce que el constituyente dejó en manos del legislador la determinación de los mecanismos que mejor aseguren en cada caso la participación exigida por la cláusula constitucional⁽²⁾.

En fallo ratifica, en este sentido, que la audiencia pública no configura la única alternativa de participación posible, en tanto caben otras variantes, siempre que den lugar a una discusión y debate previos a la fijación de la tarifa y no se limiten a la mera notificación de un valor ya establecido, pues solo así se satisfará la previsibilidad ínsita en el derecho a una información adecuada y veraz. La sentencia subraya que el acceso a tal información resulta un presupuesto insoslayable para el ejercicio eficaz del derecho a la participación amparado y que la ponderación en la instancia decisoria de las expresiones vertidas durante el debate es indispensable para que el proceso de participación no devenga un puro ritualismo⁽³⁾.

(2) Ver los consids. 14, 15 y 16.

(3) Consids. 18 y 19.

Sorprende, sin embargo, la parquedad de la sentencia en cuanto a la forma en que el legislador articuló la instancia participativa en el caso de los servicios de transporte y distribución de gas. Al respecto, el tribunal se limitó a señalar que el sistema diseñado “se estructuró, en 1992, en su ley regulatoria mediante el mecanismo de audiencias públicas”⁽⁴⁾, sin detenerse a examinar las circunstancias concretas bajo las cuales previó la necesidad de convocarlas. La idea que subyace en la sentencia es que, a tenor del texto constitucional, “toda” revisión tarifaria requeriría de una audiencia pública, con prescindencia de que el legislador, como luego se verá, haya optado por un modelo más matizado.

2

¿Audiencia pública para fijar el precio en boca de pozo?

El análisis emprendido por la Corte a partir de las premisas antedichas no podía desentenderse, como es obvio, del hecho de que el planteo de los actores no estuvo dirigido contra las resoluciones del Ente Nacional Regulador del Gas (“ENARGAS”) que fijaron el valor de las tarifas, sino contra la decisión del MINEM que determinó el precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte (“precio del gas en el PIST”)⁽⁵⁾. Era menester, entonces, y así lo hizo el Máximo Tribunal, examinar si el requisito de la audiencia pública rige también frente a un acto de esta naturaleza.

Como con acierto recuerda la Corte, la producción y comercialización configuran, a tenor de la ley vigente, actividades desreguladas, es decir libradas al libre mercado, contrariamente a lo que sucede con el transporte y distribución

(4) Consid. 18.

(5) Tal fue, en efecto, el objeto principal de la resolución MINEM 28/16. Es cierto que la acción estuvo igualmente enderezada a impugnar la resolución MINEM 31/16, que fue también alcanzada por la sentencia nulificante dictada por la Corte. Sin embargo, este segundo acto ministerial estuvo, prácticamente, del todo ausente en el análisis del tribunal, lo cual es consistente con el hecho de que comporta, en rigor, un acto interadministrativo que no produce efectos directos hacia afuera de la Administración, ya que estaba centrado casi exclusivamente en impartir instrucciones al ENARGAS para que concluyera el procedimiento de Revisión Tarifaria Integral largamente demorado y efectuase en el ínterin una adecuación de las tarifas de transición vigentes (ver los arts. 1º y 2º, resolución ENARGAS 31/16).

de gas, tareas que el legislador califica como servicios públicos. Observa, sin embargo, el tribunal que a partir del año 2004 la realidad imperante en el sector exterioriza una situación que se aparta del diseño regulatorio antedicho, toda vez que el Estado ha venido interviniendo ininterrumpidamente⁽⁶⁾ mediante de la elaboración de un esquema de normalización del precio del gas en el PIST, con vistas a contribuir a que dicho precio vuelva a ser resultado del juego de la oferta y la demanda⁽⁷⁾.

Frente a tal escenario, la Corte estimó que la desregulación prevista por la ley ha sido temporalmente dejada de lado y que, por lo tanto, “parece razonable entender que, 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, su análisis se efectúe conjuntamente con la revisión de tarifas para la cual es necesaria, como ya se dijo, la celebración de una audiencia pública”⁽⁸⁾.

El razonamiento expuesto a primera vista se deduce: un precio imperativo parece analogable a una tarifa. Sin embargo, el error que –a mi juicio– encierra consiste en pasar por alto que la participación de los usuarios cobra sentido no en razón del grado de intervención pública, sino por la circunstancia de que la decisión a ser adoptada tenga impacto directo sobre los destinatarios del servicio, como ocurre con la tarifa.

El precio (sea libremente pactado o determinado por la autoridad pública) vincula, en rigor, al productor con el distribuidor y solo tendrá incidencia sobre el consumidor residencial en tanto resulte “validado” por la autoridad regulatoria (en el caso, el ENARGAS), con ocasión de la aprobación de la tarifa que lo incluye como uno de sus componentes. El régimen se ha cuidado de separar claramente ambas instancias, a punto tal que incluso en situaciones de normalidad (en las que el precio resulta del libre mercado) el regulador puede objetar su traslado a la tarifa por considerarlo excesivo⁽⁹⁾.

En otras palabras, la celebración de una audiencia pública no pertenece a la órbita del

MINEM sino del ENARGAS, puesto que lo actuado por aquél en ningún caso repercute directamente en la situación de los usuarios. La participación de estos últimos es propia de una segunda fase, la que concierne estrictamente a la fijación de la tarifa, que es la que incide directamente sobre ellos.

En definitiva, la decisión adoptada por el MINEM no era de orden tarifario, sino que tenía que ver, en rigor de verdad, con la determinación de la porción del precio del gas que continuaría siendo subsidiado por el Estado, ya que está claro que el precio fijado por aquél sigue estando por debajo del que hubiera resultado de las fuerzas del mercado libradas a su dinámica⁽¹⁰⁾.

3

El ámbito de aplicación de la audiencia pública conforme al marco legal vigente

Ahora bien, ¿cómo es el diseño impreso en la ley regulatoria del gas, en lo que hace a las circunstancias concretas que requieren de la celebración de una audiencia pública en materia tarifaria?

Son dos las hipótesis contempladas por la ley 24.076 en que tal recaudo viene exigido⁽¹¹⁾ y ninguna de ellas se verificaba en el caso. Cabe inferir, en consecuencia, que el legislador había diseñado un sistema bajo el cual la participación de los usuarios no estaba prevista para todos los casos en que se dispusiera un reajuste tarifario, sino únicamente para aquellos taxativamente estipulados. Así lo había entendido, por otra parte, la propia Corte en su jurisprudencia anterior

(10) En este sentido, DANIEL G. MONTAMAT, especialista indiscutible en la materia, señala: “El mercado del gas está intervenido porque si se libera su precio a los mecanismos de oferta y demanda estos van a ser mucho más altos para todos los consumos. Del gas que se inyecta a gasoducto (oferta), la producción local cubre el 75 % y el otro 25 % se importa. El déficit de oferta local determina que, con libre juego de oferta y demanda, el precio del gas natural tiende a subir a la referencia del costo de oportunidad que marca el gas importado más caro, o el sustituto combustible (gasoil) que es necesario para satisfacer la demanda de gas. Ese precio hoy estaría entre 9 y 10 dólares el millón de BTU, cuando el precio de la resolución que debió someterse a audiencia por ser administrado es, en promedio, de US\$4,2”. Concluye, pues, MONTAMAT afirmando que “el precio es administrado para defender al consumidor” (ver su artículo publicado en el diario La Nación del 20-8-16).

(11) Cfr. los arts. 46 y 47 de la ley 24.076.

(6) Cfr. el decreto 181/04 y las normas dictadas en su consecuencia.

(7) Cfr. los arts. 1º de la ley 24.076, 2º de la ley 17.319 y cons.

(8) Consid. 20.

(9) Art. 38, inc. c), de la ley 24.076.

al fallo que comentamos, en la que estimó que quedaban dispensadas del requisito en cuestión las situaciones que no estuvieran nítidamente comprendidas bajo las circunstancias previstas en la ley 24.076⁽¹²⁾.

Es, pues, indudable que ese enfoque ha sido abandonado en el precedente que motiva esta nota, para dar paso a una interpretación (reseñada en el apart. 1) ciertamente más extrema, según la cual la cláusula constitucional en juego habría contemplado la participación de los usuarios como una instancia previa de ineludible cumplimiento frente a todo incremento tarifario, cualquiera fuere su origen y su alcance.

Sentado este nuevo estándar, notoriamente incompatible en este aspecto con el régimen legal examinado, el Alto Tribunal debió haber declarado la inconstitucionalidad de las normas legales implicadas, como paso necesario para el ejercicio de su jurisdicción anulatoria basada en la primacía del precepto constitucional en juego. Soslayar, como lo hizo, esa fase de su silogismo, para simplemente imponer su propio criterio sin la menor consideración de la solución contraria prevista en el régimen jurídico vigente, supuso arrogarse funciones legislativas al imponer a la Administración un requisito formal del cual estaba eximido conforme a la ley.

4

Audiencias públicas en el curso de la renegociación contractual de emergencia

La sentencia comentada se ocupa, seguidamente, de sopesar el argumento relativo a la transitoriedad del aumento “tarifario” dispuesto, enmarcado bajo el régimen especial de emergencia previsto en la ley 25.790 y las normas que la complementan.

A este respecto, la Corte resta toda trascendencia al carácter temporal o definitivo del aumento y centra su atención en el hecho de que el incremento deberá en cualquier caso ser solventado por los usuarios, quienes podrían eventualmente no estar en condiciones de afrontarlo, con el consiguiente riesgo de ver interrumpido el servicio⁽¹³⁾.

(12) Cfr. la sentencia recaída en el caso “Soldano, Domingo” (Fallos; 337:877), sobre el cual volveremos más adelante.

(13) Consid. 21.

También en este caso la Corte elude, a mi juicio, el nudo de la cuestión. Amén de que las disposiciones del marco regulatorio vigente no estipulaban, como ya se indicó, ni siquiera durante períodos ordinarios la necesidad de convocar a audiencia pública para un caso como el que nos ocupa, el reajuste transitorio aprobado se inscribía en el proceso de renegociación contractual instaurado por el Congreso de la Nación al declarar la emergencia pública hace ya más de quince años⁽¹⁴⁾. Y ha sido el propio legislador quien dispuso que las decisiones adoptadas por el Poder Ejecutivo nacional durante el proceso de renegociación no estarían condicionadas por las exigencias de los marcos regulatorios pertinentes y que las facultades de los entes reguladores en materia de ajustes y adecuaciones tarifarias podrían ejercerse en tanto fueran compatibles con el desarrollo de dichos procesos de renegociación⁽¹⁵⁾.

Pues bien, en ejercicio de las atribuciones referidas, el Poder Ejecutivo facultó a los ministerios competentes a disponer las adecuaciones transitorias de precios y tarifas que fueren necesarias para garantizar la continuidad de la prestación de los servicios públicos, a cuenta de la posterior revisión tarifaria integral que ponga fin a la renegociación en marcha, y previó la instancia de audiencia pública solo para el momento de aprobarse dicha revisión tarifaria definitiva⁽¹⁶⁾.

Nuevamente, el fallo de la Corte hizo caso omiso por completo de la presencia de esta normativa especial, que venía a reforzar, si cabe, la convicción de que la audiencia pública no estaba exigida en el caso.

5

Audiencias públicas frente a aumentos tarifarios no remuneratorios para quien presta el servicio

El siguiente reparo que la Corte se veía constreñida a superar para mantener en pie su postura de que las resoluciones cuestionadas debían ser anuladas por no haber respetado el derecho a la participación de los usuarios provenía de su propia doctrina jurisprudencial.

(14) Art. 9º de la ley 25.561.

(15) Cfr. el art. 2º de la ley 25.790.

(16) Cfr. los arts. 3º y 5º del decreto 367/16.

Hacía apenas un par de años, en la causa “Soldano, Domingo”, el tribunal había rechazado un cuestionamiento similar al que ahora se sometía a su estudio y lo hizo con el argumento de que el incremento tarifario impugnado en esa ocasión consistía en cargos incorporados a la tarifa con destino específico a obras de ampliación de la infraestructura energética y, por ende, sin incidencia en la remuneración de los concessionarios de los servicios implicados⁽¹⁷⁾.

Para sortear este escollo la Corte se limitó a aducir, lacónicamente, que aquel caso no resultaba análogo al presente en lo que hace a sus presupuestos fácticos⁽¹⁸⁾, una afirmación ciertamente sorprendente, en tanto –como se sabe– el precio del gas en el PIST, aun cuando configura uno de los ingredientes de la tarifa a cargo del usuario⁽¹⁹⁾, no remunera el servicio de los transportistas y distribuidores del gas por redes sino al productor de ese gas. A través de la percepción de ese precio las empresas licenciatarias del servicio, en cambio, no hacen otra cosa que recuperar con ese componente de la tarifa lo que han debido adelantar al productor al adquirir el gas destinado a abastecer a sus consumidores, tal como lo evidencia la elocuente expresión *pass through* que se emplea en la jerga para hacer referencia a la validación de ese precio por parte del ente regulador con vistas a su incorporación a la tarifa.

6

Una solución alternativa acorde al estándar fijado por la Corte

El tono crítico de este comentario tal vez deba ser matizado en razón del contexto en que recayó el fallo. Me refiero no solo a la fuerte presión social que existía y existe sobre el tema del ajuste de las tarifas de los servicios públicos, sino también al proceso de reconfiguración de la composición de la Corte por entonces en marcha⁽²⁰⁾, factores ambos que no han permiti-

(17) Fallos: 337:877.

(18) Consid. 22.

(19) Cfr. el art. 37 de la ley 24.076.

(20) Como se sabe, la incorporación del ministro Rosatti había sido muy reciente y la del ministro Rosenkrantz resultaba inminente.

do, seguramente, un debate interno suficientemente reposado frente a una cuestión tan grave y compleja.

Todo parece indicar, sin embargo, que el precedente dictado ha supuesto un giro en la doctrina del tribunal, en dirección a consagrar un estándar más exigente en lo referente a la obligación de celebrar audiencias públicas como paso previo a cualquier incremento tarifario. Hubiera sido intelectualmente más honesto presentar este giro como un auténtico cambio en la doctrina de la Corte y, frente a lo intempestivo del cambio, se podría haber sido más indulgente con una actuación pública que se había desplegado en perfecta sintonía con el marco legal vigente, interpretado en los términos en que lo venía haciendo el propio tribunal hasta el momento.

En este sentido, dada la novedosa lectura del art. 42 de la Constitución plasmada en el fallo, que no reconocía antecedentes en la jurisprudencia previa del tribunal, hubiera sido razonable que, por esta única vez, se brindara a la autoridad ministerial la oportunidad de subsanar su supuesto incumplimiento dentro de un plazo perentorio que se le fijara al efecto, máxime cuando su proceder se ajustaba al texto legal que ha venido rigiendo durante casi un cuarto de siglo sin merecer, hasta ese momento, reparo constitucional alguno y solo devino reprochable a raíz de esta interpretación sobreviniente. A fin de cuentas, la omisión de celebrar la audiencia pública configura una falencia de carácter formal, que en cuanto tal admite ser subsanada.

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