

CONTROL JUDICIAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA MEDIANTE PROCESOS COLECTIVOS: ESTUDIO DEL CASO “CEPIS”

FRANCISCO VERBIC¹

Universidad Nacional de La Plata - Argentina

Revista de la Escuela del Cuerpo de Abogados y Abogadas del Estado |
Mayo 2022 | Año 6 N° 7 | Buenos Aires, Argentina (ISSN 2796-8642) |
pp. 328-364.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

El trabajo presenta un análisis del proceso colectivo tramitado en el expediente “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” (Expte. N° FLP 8399/2016), donde la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) anuló en agosto de 2016 las Resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación (MEyMN) N° 28/2016 y 31/2016 que establecieron en su oportunidad un nuevo régimen tarifario del servicio público esencial de gas natural para todos los usuarios de la República Argentina.

Por medio de este estudio del caso pretendemos mostrar en detalle un ejemplo que permite visibilizar el potencial de los procesos colectivos como instrumento de participación ciudadana en el control de la cosa pública y mecanismo para estimular el control judicial de la actividad administrativa, así como también diversas cuestiones procesales problemáticas que se presentaron a lo largo de la discusión y que, en mayor o menor medida, son compartidas por otros procesos de este tipo.

El trabajo también ofrece una lectura crítica de la sentencia dic-

tada por la CSJN, mediante la cual intentamos demostrar cómo el tribunal limitó drásticamente ese potencial a través de diversas inconsistencias lógicas y argumentales que derivaron en una decisión según la cual: (i) los señalados actos administrativos fueron anulados para un sector de los usuarios afectados y, al mismo tiempo, considerados válidos para otros; y (ii) se impusieron las costas de todas las instancias del proceso por su orden, a pesar de tratarse de un caso de nulidad manifiesta y de un caso de interés público.

II. EL INICIO DEL PROCESO COLECTIVO, LA SENTENCIA DE ADMISIBILIDAD Y EL RECHAZO DE LA MEDIDA CAUTELAR

El 7 de abril de 2016 el Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) promovió una acción de amparo colectivo contra el MEyMN con el objeto de “requerir ante V.S. en forma urgente, garantice el derecho constitucional a la participación de los usuarios previstos en el artículo 42 de La Constitución Nacional, y en forma cautelar ordene suspender la aplicación del nuevo cuadro tarifario previsto por la resolución 28/16 de dicho Ministerio, hasta tanto se haya dado efectiva participación a la ciudadanía” (apartado I).

El caso fue promovido en representación de una clase de personas conformada por “todo aquel usuario del servicio de gas, quien no contó con la posibilidad de que sus intereses sean representados con carácter previo al aumento del cuadro tarifario” (apartado III del escrito de demanda). El 15 de abril de ese mismo mes el Juzgado Federal en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo N° 4 de La Plata dictó una providencia mediante la cual resolvió distintos temas de relevancia para el proceso.

En primer lugar, tuvo presente la intervención de diversos concejales de la Municipalidad de La Plata y legisladores provinciales, así como también tuvo por presentados “en el carácter invocado” al Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad (CEPIS) y al Señor Carlos Mario Aoisi (quien adhirió a la demanda en carácter de usuario afectado) (considerando II).

Con respecto a la legitimación de la organización actora, la sentencia sostuvo que “No obstante la amplitud del objeto social aludido -que no describe con exactitud el interés público que en este caso se dice defender y representar- lo cierto es que, teniendo presente el

¹ UNLP - Profesor Adjunto de Derecho Procesal II en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP. Secretario Académico y Profesor de la Maestría en Derecho Procesal en dicha casa de estudios.



principio *pro actione*, mediante el cual los presupuestos procesales establecidos legalmente para el acceso a la justicia, impiden que determinadas interpretaciones y aplicaciones de los mismos eliminen u obstaculicen injustificadamente el derecho a que un órgano judicial conozca y resuelva en derecho sobre la pretensión a él sometida, aunado a los intereses comprometidos en el presente, corresponde reconocer la idoneidad de los accionantes, de conformidad al art. 3° del Reglamento del Registro Público de Procesos Colectivos” (considerando V).

De este modo, y a pesar de que CEPIS no es una asociación de defensa del consumidor debidamente inscripta ante el Registro pertinente,² el juez reconoció su capacidad procesal para actuar en nombre del grupo de usuarios que buscaba representar. Además de reconocer la legitimación de la organización actora y su carácter de representante adecuado del grupo en este caso puntual, en cumplimiento de lo normado por el art. 3 del Reglamento aprobado por Acordada CSJN N° 32/2014 la sentencia se expidió sobre la publicidad a acordar al proceso disponiendo su inscripción en el Registro Público de la CSJN y su difusión por el Centro de Información Judicial (CIJ) (considerando VI).

La decisión también resolvió rechazar la medida cautelar solicitada en la demanda por considerar que no estaban configurados los requisitos de peligro en la demora y verosimilitud en el derecho necesarios al efecto.

Con relación al peligro en la demora sostuvo que “la parte actora no ha demostrado la necesidad inmediata del otorgamiento de la medida cautelar, acreditando la eventual irreparabilidad del daño. Sus dichos no alcanzan a tener por probable que, en el caso de no concederse la medida, sobrevenga un daño inminente o perjuicio irreparable que transformaría en tardío el eventual reconocimiento del derecho invocado como fundamento de la pretensión. Es que el pago de las nuevas tarifas de gas comenzaría a correr recién al finalizar el mes de abril (en el más gravoso de los casos) (...) la necesidad de aventar un riesgo inminente bien puede eventualmente ser resuelta una vez que se cuente con el informe previsto por el art. 8 de la ley N° 16.986 y la debida intervención de la parte demandada” (considerando V.a.).

En cuanto a la verosimilitud en el derecho, señaló que “La compulsión de las constancias fácticas de la causa me conduce a conside-

2 Art. 56 de la Ley N° 24.240.

rar que los actores no acreditan suficientemente la concurrencia de la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora que exige el otorgamiento de una medida cautelar (...) en virtud del interés público comprometido, no bastan en estas excepcionales circunstancias -a los fines de verificar el presente presupuesto- las alegaciones de la parte actora. Resulta menester oír a la demandada a fin de que explique el procedimiento adoptado, que llevara al dictado e implementación de la Resolución cuestionada” (considerando V.b.).

III. LA CONTRADICTORIA SENTENCIA DEFINITIVA DE PRIMERA INSTANCIA: ORDEN DE CELEBRAR AUDIENCIAS PÚBLICAS PARA DEBATIR Y REEVALUAR LAS RESOLUCIONES IMPUGNADAS

En fecha 31 de mayo de 2016, un mes y medio después de la decisión sobre admisibilidad del proceso colectivo, el juez dictó sentencia de mérito. Esta decisión rechazó el pedido de nulidad y suspensión de aplicación de las Resoluciones impugnadas, pero al mismo tiempo ordenó “al Estado Nacional-Ministerio de Energía y Minería- a que, frente al nuevo esquema tarifario -transitorio o definitivo- de los servicios públicos de transporte y distribución de gas natural dispuesto por las resoluciones referidas, convoque -con amplia difusión en los medios nacionales (además del Boletín Oficial)- a Audiencia Pública para todos los usuarios y consumidores y asociaciones que los nucleen, a fin de garantizar la debida participación de los mismos, donde serán debatidas y reevaluadas las disposiciones de las Resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería en lo atinente a la modificación del régimen tarifario del servicio público de transporte y distribución de gas natural” (apartados 1 y 2 de la parte dispositiva).

Para arribar a esta conclusión el juez sostuvo que “si bien a esta altura del debate concluyo que el procedimiento a través del cual se implementaron las reformas cuestionadas sobre el régimen del servicio público de distribución y transporte se encuentra viciado en virtud de la inobservancia de las normas que determinan a la participación ciudadana como un requisito procedimental ineludible para la toma de la decisión -no así respecto a la determinación del precio en el Punto de Ingreso al Sistema de Transporte-, de tal circunstancia no se debe concluir necesariamente que el nuevo régimen establecido resulte irrazonable, ilegítimo o palmariamente arbitrario” (considerando XXI.2.).

En este orden de ideas, con relación a la vía por la cual se planteó la discusión afirmó que “En el estrecho marco de la acción intentada, resulta posible juzgar sobre una palmaria vulneración al procedimiento formativo de la voluntad estatal (inexistencia de audiencia pública) cuando viene, como se dijo, expresamente previsto por las normas que regulan el servicio, y ello se encuentra dentro del ámbito de admisibilidad prescripto para la acción de amparo conforme los arts. 43 de la CN y 1 de la Ley 16.986, más no resulta posible juzgar -bajo aquel mismo requisito de admisibilidad- que el nuevo esquema sancionado sea una solución manifiestamente irrazonable para mitigar los efectos de la crisis energética, a causa la complejidad fáctica y técnica del tema en debate. Aquellas circunstancias, merecen para su abordaje, un conocimiento preciso y detallado, que escapa -por mucho- al régimen cognoscitivo reducido de la acción de amparo” (considerando XXI.3.).

Nos encontramos así con una sentencia respecto de la cual se advierten al menos dos inconsistencias.

La primera es haber reconocido la existencia de un vicio esencial en el procedimiento sin hacerse cargo de las necesarias y lógicas consecuencias que ello debe acarrear. Esto es, evitando declarar la nulidad de los actos administrativos impugnados a pesar de haber verificado la ausencia de un “requisito procedimental ineludible” para su dictado.

La segunda es haber tergiversado el objeto de la pretensión para desprender a partir de allí argumentos que permitieran sostener la solución acordada al conflicto. Sucede que en el caso no se discutía la razonabilidad del nuevo esquema tarifario sino, exclusivamente, su invalidez por no haberse habilitado la participación ciudadana para discutirlo previamente (tal como lo exige -y lo sostiene la propia sentencia- la normativa aplicable al caso).

En otro orden, esta sentencia contiene en sus considerandos XIII a XV interesantes desarrollos sobre la Acordada CSJN N° 32/2014 y su similar N° 12/2016. Respecto de la existencia de otros procesos con objeto similar, el juez sostuvo que “la adopción de una conducta pasiva, expectante de la resolución final de aquellos expedientes, ocasionaría una verdadera privación de justicia en perjuicio de las partes que accionaron en esta sede, vulnerando claramente el derecho de acceso a la justicia, prerrogativa expresamente establecida por el bloque constitucional (preámbulo y arts. 14, 17, 18, 43, 75 inc. 22 y cctes. de la C.N.)” (considerando XV).

También puede verse en la decisión un análisis del caso a la luz de los requisitos exigidos por dicha normativa reglamentaria y por la doctrina “Halabi”, concluyendo que estaban todos debidamente configurados en el caso (considerando XVIII). Sin perjuicio de esto, tenemos una sentencia que -fuera del análisis del objeto estatutario de las entidades actoras- carece de argumentos vinculados con el requisito de idoneidad del representante que, recordemos, ya había tenido por cumplido en cabeza de CEPIS al resolver la admisibilidad del proceso (considerando XVIII.3. y XVIII.4.B.).

La sentencia tiene sobre el final un detallado análisis normativo y jurisprudencial del instituto de la audiencia pública en el contexto de servicios públicos, así como de su relevancia constitucional (considerando XX). Según veremos, la CSJN volverá sobre este tema también en profundidad.

IV. LA VINCULACIÓN DEL PROCESO CON OTRAS CAUSAS SIMILARES Y EL INTENTO DEL ENA PARA CONCENTRAR SU DEFENSA ANTE LOS TRIBUNALES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Una semana más tarde, en fecha 7 de junio de 2016, el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5 se pronunció en autos “EN – M. de Energía y Minería c/ Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros s/ Inhibitoria” (Expte. N° 31340/2016), haciendo lugar a un pedido de inhibitoria del ENA “respecto de los tribunales con asiento en el Interior del país para el conocimiento de las causas sobre las cuales recae el presente y declarar la competencia de la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires para entender en los autos cuya remisión a estos estrados el presentante requiere”.

Se trataba de 8 procesos colectivos relacionados con el mismo aumento tarifario del servicio de gas natural que tramitaban en distintos tribunales federales del interior del país (todos detallados en el punto 2 de la parte dispositiva de esta decisión).

El fallo sostuvo que las causas eran de su conocimiento porque correspondía “entender en ellas [a] los tribunales del lugar de asiento del organismo emisor de los actos cuyos efectos se intentan suspender o evitar”. Para sostener este argumento invocó como fuente de autoridad los precedentes de la CSJN publicados en Fallos 313:142, 313:974 y 315:1738 “entre otros” (considerando IV).

La decisión se ocupó de aclarar que “Lo que aquí se decide es sin perjuicio de lo que oportunamente corresponda, en su caso, resolver en relación a la acumulación de causas cuya remisión se solicita en virtud del principio de prevención; decisión que se difiere en razón de la urgencia alegada por el presentante” (punto 3 de la parte dispositiva).

La causa que disparó el pedido de inhibitoria fue justamente aquella que tramitaba en La Plata. Sin embargo, el expediente no fue remitido al juzgado que dictó la orden inhibitoria. El juez de primera instancia del caso “CEPIS” rechazó la orden por incumplimiento de diversos recaudos formales. Además, para el momento que dicha orden fue comunicada el expediente ya contaba con la sentencia definitiva que analizamos en el apartado anterior de este trabajo.

V. LA SENTENCIA DE LA CÁMARA FEDERAL DE APELACIONES: NULIDAD DE LAS RESOLUCIONES N° 28/2016 Y N° 31/2016 Y ORDEN DE RETROTRAER LA SITUACIÓN TARIFARIA DEL SERVICIO DE GAS NATURAL AL MOMENTO ANTERIOR A SU DICTADO

En fecha 7 de julio de 2016 la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata se expidió sobre los recursos de apelación de todas las partes y revocó la sentencia definitiva de primera instancia que, según vimos, si bien había reconocido los vicios en el procedimiento previo al dictado de los actos administrativos impugnados, no declaró su nulidad. Además, señaló que esta causa había generado competencia por prevención y dispuso acumular allí el resto de los procesos colectivos que tramitaban en distintos tribunales federales del país con motivo del conflicto.

En este sentido la Cámara resolvió: “1°) Acumular a la presente todas las acciones colectivas que correspondan conforme lo dispuesto por las Acordadas 32/2014 y 12/2016 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. 2°) Modificar la resolución recurrida y, en consecuencia, declarar la nulidad de las Resoluciones 28 y 31 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, retro trayéndose la situación tarifaria a la existente previamente al dictado de ambas. Costas de las dos instancias a la recurrente vencida (art. 68 del CPCCN). 3°) Remitir copia certificada del presente pronunciamiento a la jueza requirente del fuero Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

Sobre la cuestión de competencia la Cámara dejó en claro que “la prelación respecto de las causas que guardan sustancial semejanza con la presente en cuanto a la afectación de derechos de incidencia colectiva de las mismas características que los de autos, corresponde a la presente causa. Ello es así, por ser la primera en el tiempo en relación con la casi totalidad de expedientes de las mismas características, como por resultar la primera registrada, y en consecuencia, provocar la atracción de las demás, las que deberán ser acumuladas a la presente” (considerando IV.a.2.).

VI. EL CASO LLEGA A LA CSJN: EFECTO DEVOLUTIVO DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL DEL ENA Y LAS DISTINTAS OPCIONES QUE TENÍA EL TRIBUNAL PARA ABORDAR EL CONFLICTO

El 4 de agosto de 2016 la Cámara concedió el recurso extraordinario federal interpuesto por el ENA. Todos los integrantes de la Sala II estuvieron de acuerdo en ello por entender que se encontraba en discusión el alcance e interpretación de normas federales. Sin embargo, el fallo fue dividido con relación al efecto con que debía abrirse el camino hacia la CSJN. La mayoría integrada por Shiffrin y Calitri resolvió hacerlo con efecto devolutivo.³

3 Schifffrin fundó su posición sosteniendo que “la jurisprudencia de la CSJN ha afirmado que ‘la apelación extraordinaria puede otorgarse con efecto devolutivo –art. 7 de la Ley 4055-’ (Fallos: 193:408, considerando 4°; el resaltado me pertenece). Este añejo dictum de la Corte Suprema, puede parecer extraño, porque existe una idea generalizada acerca de que al concederse el recurso extraordinario se suspende, automáticamente, el efecto de la sentencia apelada. Sin embargo, esta idea no es sino el producto de un argumento a contrario que se realiza aplicando a la hermenéutica del art. 7 de la ley 4055 (hoy art. 258 del CPCCNA) que el precedente mencionado cita” (considerando II).

También invocó el precedente de la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en el caso “Grupo Clarín S.A y otros s/ medidas cautelares” (Expte. N° 8836, sentencia del 18 de diciembre de 2012), señalando que “dicho Tribunal, invocando razones institucionales, concedió el recurso extraordinario por ante la Corte Suprema diciendo que ‘en atención a la naturaleza cautelar de la resolución impugnada y la obligación de este Tribunal de preservar la eficaz jurisdicción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (doctrina de Fallos: 323:3667) se concede formalmente el recurso extraordinario con efecto devolutivo hasta tanto dicho tribunal se pronuncie’” (considerando III).

Sobre estas premisas, haciendo referencia a manifestaciones públicas del

ENA y a “la incertidumbre y confusión general en que nos debatimos en la actualidad sobre el punto de las tarifas de gas”, consideró que “si en el período en que estuviera suspendida la sentencia de esta Sala y pendiente el recurso ante la Corte Suprema se emitieran nuevas facturas, para después retornar a la situación previa, se afectaría el pleno ejercicio de la jurisdicción de la Corte Suprema, puesta frente a hechos cumplidos de difícil reversión”. Asimismo, apuntó que “Por otro lado, se realizarían actos del Poder Ejecutivo (emisión de facturas y aplicación de tarifas acorde las resoluciones anuladas por la Cámara) que ocasionarían un gran dispendio económico y de recursos para la administración pública en caso de que, posteriormente, la Corte Suprema fallase en concordancia con lo resuelto por esta Sala”.

También entendió que “en caso de que esto último ocurriese (que la Corte confirmase lo resuelto por la Cámara) se generaría una incertidumbre general en los usuarios, mayor a la que existe hasta el momento, acerca del monto a pagar, la validez de las facturas emitidas y los plazos para cancelar los pagos”. Y finalmente afirmó que era necesario “tener presente la extendida repercusión social negativa previsible si se diese una situación como la prescripta. Y también cabe señalar que no es ajeno a la función judicial velar por el mantenimiento de la paz social” (considerando III).

A su turno, Calitri señaló que se trataba de un caso de excepción a la doctrina de la CSJN según la cual “la concesión del recurso extraordinario suspende, como regla, la ejecución del pronunciamiento impugnado”, y sostuvo: “En prieta síntesis, es indiscutible la gravedad institucional que existe en la actualidad ya que si bien es cierto que el Estado Nacional se encuentra a la espera de una resolución que ponga punto final al debate traído a estudio y según sus propias palabras ínterin ‘...se compromete el devenir de las instituciones que establece la Constitución Nacional y el futuro de aspectos esenciales en materia de seguridad y abastecimiento de un servicio público que afecta a toda la comunidad...’ No menos cierto es que la suspensión del pronunciamiento dictado por este Tribunal importaría la conculcación de principios de raigambre constitucional. Me refiero, no sólo a la falta de celebración de la Audiencia Pública y la consecuente participación ciudadana (art. 42, CN), sino también a la posible desnaturalización de principios contenidos también en nuestra Constitución Nacional e Instrumentos Internacionales incorporados en el art. 75 inc. 22, tales como el acceso a la justicia, el resguardo de sectores más vulnerables, el derecho a contar con una vía efectiva y expedita en tutela de los derechos de quienes así lo peticionan y obviamente, hacer cesar el estado de incertidumbre que existe en la actualidad entre consumidores y usuarios del servicio de gas respecto a la falta de facturación, del modo propiciado en la sentencia de este Tribunal, y de los montos que en esas facturas se consignarán en el futuro inmediato y que obviamente en algún momento deben ser abonadas” (considerando II).

El voto en disidencia de Alvarez sostuvo que no encontraba mérito en el caso para apartarse “del principio general aceptado por la doctrina y la jurisprudencia, con relación a que la concesión del recurso extraordinario suspende la ejecución del pronunciamiento impugnado, con excepción del supuesto contemplado en el art. 258 del CPCCN. En efecto, tal salvedad que

De este modo el caso llegó a la CSJN y agregó un escenario procesal más (un proceso colectivo más) entre los cuales el tribunal podía elegir para expedirse sobre el conflicto nacional provocado por el ilegítimo aumento de la tarifa del servicio de gas natural. Una elección no menor en atención a cómo habían sido construidos tales casos y, consecuentemente, a cómo había quedado delimitada la competencia del poder judicial para entender en el asunto de acuerdo con la doctrina de la propia CSJN sobre los alcances del art. 116 CN y sobre los alcances de su competencia originaria.

Estos tres escenarios eran los siguientes:

(i) La causa “CEPIS”, con una clase de alcance nacional, en el marco de la cual -según vimos- se resolvió el fondo del asunto declarando la nulidad de los señalados actos administrativos por incumplir con el requisito procedimental de audiencia pública previa. Sólo se discutía aquí la cuestión procedimental. La razonabilidad de los aumentos tarifarios no era objeto del proceso como ya hemos señalado. El caso generó competencia apelada del tribunal, con las limitaciones propias de esto.

(ii) La causa “Provincia de Chubut c/ ENA”, con una clase que involucraba a los usuarios del servicio domiciliados en esa Provincia y donde se había dictado una medida cautelar que suspendió las resoluciones y derivó en una presentación del Procurador General del Tesoro de la Nación ante la CSJN para que el tribunal asuma competencia originaria sobre el expediente. Aquí sí se discutía razonabilidad. El caso podía generar competencia originaria del tribunal, con la amplitud de juzgamiento que eso implica.

(iii) La causa “Presentaciones varias por retardo de Justicia N° 1 – Ciudadanos del Sur de la Provincia de Mendoza c/ Estado Nacional Argentino y otros”, vinculada con usuarios del servicio domiciliados en dicha Provincia, donde se dictó una medida cautelar con similar objeto a la de Chubut y contra la cual el ENA interpuso un REF por salto de instancia. En esta causa la CSJN solicitó un informe al ENA sobre distintas cuestiones vinculadas con el conflicto en discusión, el cual había sido respondido en fecha 3 de agosto de

permite acudir a la ejecución de la sentencia, está dada por la presencia de los recaudos previstos por la norma mencionada, posibilitando -sólo en esos casos- que se produzcan los efectos de la sentencia con anterioridad al fallo de la Corte” (considerando IV).

2016. Este tercer escenario presentaba un contexto procesal excepcional para pronunciarse sobre el tema, como es el recurso por salto de instancia. También en esta causa se discutía la razonabilidad de las nuevas tarifas.

VII. DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL ANTE LA CSJN: AUDIENCIA PÚBLICA OBLIGATORIA Y ALCANCE DEL CONTROL JUDICIAL DE POLÍTICAS PÚBLICAS

El 17 de agosto de 2016 el Ministerio Público Fiscal de la Nación emitió su dictamen en la causa a través del Procurador General ante la CSJN, afirmando en primer lugar la obligatoriedad de audiencia pública previa a la modificación de la tarifa del servicio público de gas natural. En este sentido sostuvo que *“la sentencia recurrida interpretó adecuadamente el derecho federal vigente al concluir que el aumento tarifario no pudo ser válidamente implementado sin la realización previa de una audiencia pública dado que la Ley 24.076 de Gas Natural impone ese mecanismo como herramienta para garantizar el derecho constitucional de información, consulta y participación de los usuarios y consumidores en el artículo 42 de la Constitución Nacional”* (apartado V).

El apartado VI del dictamen desarrolla en detalle el marco normativo convencional, constitucional, legal y reglamentario que determina la obligatoriedad de la audiencia pública como requisito de validez de actos administrativos en el contexto tarifario. Asimismo, se explica allí por qué no resulta de aplicación la Ley de Hidrocarburos N° 17.319 y se recuerda la relevancia de la audiencia pública por configurar “una instancia de participación ciudadana que favorece la democratización de las decisiones, la formación de consensos, la transparencia y la publicidad de los actos y los procedimientos, lo que, en definitiva, fomenta el control social”.

En el apartado VII el dictamen aborda y descarta los argumentos del ENA vinculados con distintos regímenes de emergencia que, según afirmaba este último en su defensa, tornaban innecesaria la celebración de audiencia pública. Finalmente, el apartado VIII se ocupa de precisar que “Si bien es cierto que el mérito o conveniencia de una política pública es una cuestión que excede el ámbito de una revisión judicial, no es menos cierto que tales políticas deben implementarse con acatamiento a los límites que resultan del marco regulatorio legal

específico en la materia, y sin vulnerar los derechos y garantías constitucionales reconocidos a favor de los usuarios y consumidores. En tal sentido, una de las funciones del Poder Judicial es controlar que los restantes poderes del Estado no se extralimiten en el ejercicio de sus facultades y respeten el ordenamiento jurídico vigente”.

De este modo, y en línea con la jurisprudencia de la CSJN en la materia, el Procurador dejó en claro que la intervención del Poder Judicial en el asunto no sólo era constitucional sino, además, un verdadero deber funcional para verificar si las competencias privativas del Poder Ejecutivo habían sido ejercidas en el caso dentro de los límites y en el marco de las reglas pertinentes.

VIII. LA SENTENCIA DE LA CSJN: CUESTIONES DE COMPETENCIA, LIMITACIÓN SUBJETIVA DE LOS ALCANCES DEL CASO, AUDIENCIAS PÚBLICAS COMO REQUISITO CONSTITUCIONAL Y LAS COSTAS DEL PROCESO

El 18 de agosto de 2016 la CSJN dictó sentencia de mérito, rechazando los agravios vinculados con la competencia territorial del Juzgado actuante y confirmando la decisión de la Cámara de anular los actos administrativos impugnados (aunque limitando los efectos de la nulidad sólo a los usuarios residenciales del servicio según veremos).

Asimismo, se refirió con extensos desarrollos a la relevancia constitucional de la participación ciudadana en el marco de la regulación de los servicios públicos en general y sobre el mecanismo de audiencia pública en particular como modalidad de implementar dicha participación en el marco del art. 42 CN.

En otro orden, veremos cómo el tribunal no sólo se expidió sobre el vicio procedimental denunciado en la demanda sino que también estableció estándares prospectivos para analizar cuestiones de razonabilidad en el contexto tarifario (a pesar de que esto no se debatía en el caso). Por último, y no obstante que la violación al marco legal y constitucional había sido manifiesta, impuso las costas del proceso por su orden sin brindar una motivación razonable para ello.

Analizaremos todas estas cuestiones a continuación a partir del voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco que hizo mayoría de fundamentos (al cual adhirieron en los sustancial con sus votos concurrentes Rosatti y Maqueda).

VIII.1. La cuestión de competencia territorial

En primer lugar, el voto de la mayoría rechazó por insuficientes los agravios del ENA vinculados con la competencia territorial del Juzgado Federal actuante y la orden inhibitoria dictada por su par con asiento en la Ciudad de Buenos Aires a la cual nos referimos más arriba en este trabajo.

Sobre esta cuestión señaló que “el recurrente no rebatió adecuadamente el fundamento del tribunal *a quo* relativo a que las cuestiones de competencia resultan admisibles solo cuando quedan trabadas con anterioridad al dictado de la sentencia en la causa que las motivan, lo cual no ocurrió en el caso en tanto la solicitud de estos autos por parte de la titular del juzgado de aquel fuero fue recibida con posterioridad al dictado de la sentencia definitiva por parte del juez federal de La Plata” (considerando 9°).

VIII.2. La sorpresiva, ilógica e inconstitucional limitación subjetiva del caso colectivo

En segundo lugar, de oficio y con una invocación genérica de las atribuciones conferidas a la CSJN por el artículo 16 de la ley 48,⁴ el voto de la mayoría sostuvo que correspondía “delimitar los alcances de la presente sentencia. En tal sentido, el Tribunal adelanta su conclusión respecto de que la decisión que aquí se adopta se limita -por las razones que se desarrollarán a continuación- exclusivamente a los usuarios residenciales del servicio” (considerando 10°).

En esta cuestión se decidió la mayor parte del impacto económico del fallo. Y se decidió mediante argumentos que, según veremos, permitieron una solución del conflicto que tuvo como consecuencia mantener vigente en cabeza de un sector de la sociedad (los usuarios no residenciales) la obligación de pago de la tarifa que la misma sentencia estaba declarando nula. Nula por un vicio que, según lo afirma la propia sentencia, afectaba a todos los usuarios por igual.

4 “Art. 16. – En los recursos que tratan los dos artículos anteriores, cuando la Corte Suprema revoque, hará una declaratoria sobre el punto disputado, y devolverá la causa para que sea nuevamente juzgada; o bien resolverá sobre el fondo, y aun podrá ordenar la ejecución especialmente si la causa hubiese sido una vez devuelta por idéntica razón”.

Para arribar a esa conclusión el voto de la mayoría comenzó por analizar los requisitos de procedencia (admisibilidad) de las acciones colectivas.

Primero consideró cumplidos aquellos que exigen “un hecho único susceptible de ocasionar una lesión a una pluralidad de sujetos” y una pretensión “concentrada en los ‘efectos comunes’ para todo el colectivo, es decir, la necesidad de audiencia previa (...) Al respecto debe repararse en que las resoluciones impugnadas alcanzan a todo el colectivo definido en la demanda” (considerando 11°).

Pero luego sostuvo que “por el contrario, el recaudo de estar comprometido seriamente el ‘acceso a la justicia’ -cuyo cumplimiento, según se expresó en ‘Halabi’ (Fallos: 332: 111), resulta ineludible para la viabilidad de una acción colectiva que tenga por objeto la defensa de intereses individuales homogéneos- no se encuentra cumplido respecto de todos los miembros del colectivo cuya representación se pretende asumir” (considerando 12°).

La decisión afirmó en este sentido que “solo en relación al mencionado colectivo [los usuarios residenciales] cabe aquí presumir una posición de mayor vulnerabilidad frente al efectivo cumplimiento de la garantía constitucional señalada (considerando 13, 4° párrafo del precedente “Halabi” citado). A este respecto, el Tribunal ha resaltado en diversos precedentes la importancia del proceso colectivo como una forma de garantizar el acceso a la justicia, valor que cobra especial importancia en este supuesto toda vez que el costo que significaría demandar individualmente supera claramente el beneficio que cada uno de dichos usuarios podría obtener de la sentencia dictada en la causa respectiva. Una interpretación que restringiera a este grupo la posibilidad de demandar de manera colectiva en este caso equivaldría lisa y llanamente a negar efectividad a la tutela constitucional frente a un acto lesivo” (considerando 12°).

Sobre esas premisas se sostuvo también que “respecto del resto de los usuarios (no residenciales) no se ha demostrado, ni resulta de manera evidente de las constancias de autos, que el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas (sentencia de esta Corte en la causa FMZ 82203891/2012/1/RH1 ‘Sociedad Rural Río V c/ AFIP s/ ordinario’, dictada el 4 de agosto de 2016). Esta circunstancia impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que, conforme a la doctrina sentada en el precedente citado, resulta necesaria para habi-

litar la vía intentada respecto de tales usuarios, por lo que los efectos de esta sentencia no pueden alcanzarlos” (considerando 13°).

Con estos argumentos la CSJN rechazó parcialmente la acción colectiva, dejando afuera de los beneficios de la decisión a un sector del grupo cuyos derechos se estaban jugando en el proceso: todos los usuarios “no residenciales”, cuya representación habían invocado y llevado adelante hasta ese momento los legitimados colectivos que participaron del caso. A continuación presentamos cuatro aspectos problemáticos sobre este aspecto de la sentencia.

VIII.2.1. Primer problema: la sorpresa y la falta de discusión sobre el tema

Esto fue realizado de oficio por el tribunal y de manera sorpresiva, en ausencia de agravios del ENA sobre la cuestión. El REF del ENA no contiene argumento alguno sobre cuestiones procesales vinculadas con la admisibilidad de la tutela colectiva de los derechos afectados. De hecho, el ENA consintió a lo largo de todo el proceso el modo en que fue definida la clase en su oportunidad y nada dijo sobre el requisito de “ejercicio individual no justificado” que aplicó la CSJN para restringir el alcance de los efectos de su sentencia.

Puede sostenerse frente a esto, y creo que acertadamente, que en tanto la definición del alcance del “caso”, “causa” o “controversia” determina los alcances de la competencia del Poder Judicial sobre un conflicto dado, estaríamos frente a un requisito que debe ser analizado de oficio por los jueces. Lo que llama la atención en este caso es que ninguno de los 4 jueces que habían intervenido hasta ese momento (primera instancia y cámara de apelaciones), así como tampoco la parte demandada ni el Procurador General en su dictamen, habían advertido este supuesto “problema” del caso ni sostenido algún tipo de argumento para ponerlo en discusión.

Se trató en definitiva de un elemento teórico, argumental y puramente discursivo (aunque con innegables efectos de poder real) ya que -como surge del modo en que fue expuesto- no se apoya en pruebas producidas en el expediente sino en conjeturas y especulaciones dogmáticas (presunciones) que la Corte introdujo de manera sorpresiva en el caso. Un elemento sorpresivo que, en atención a la magnitud del asunto, bien pudo haber merecido otro tratamiento, un mayor debate y una solución acorde con la discusión que se dio

entre las partes (así como públicamente en la sociedad) durante todas las instancias del proceso.

VIII.2.2. Segundo problema: aplicación de un precedente que no es tal y omisión de aplicar la expresa excepción al requisito utilizado para recortar el grupo

Además de los señalados reparos en cuanto al modo en que fue introducida y resuelta esta cuestión, la sentencia es problemática por las fuentes de derecho que invocó la Corte para sostener su postura.

En este sentido cabe señalar que la exclusión de los usuarios no residenciales se fundó invocando como fuente de derecho el criterio jurisprudencial establecido por el propio tribunal en el caso “Sociedad Rural Río V”. Un criterio que resultaba claramente inaplicable al caso por, al menos, tres razones:

(i) Por ser imprevisible para las partes, ya que fue establecido en un fallo dictado por la CSJN tan sólo dos semanas antes del dictado de la sentencia (el mismo día en que la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata concedió con efecto devolutivo el REF).

Recordemos que la teoría del precedente tiene como principal fundamento la búsqueda de seguridad jurídica y de obtención de soluciones igualitarias para situaciones similares, descansando por ello sobre la idea básica de que el criterio jurisprudencial a aplicar debe ser conocido por las partes para permitirles regular su conducta en función de su contenido.

(ii) Por no configurar ese criterio el holding del “precedente” invocado, sino una afirmación realizada a mayor abundamiento.

Conforme se desprende de la sentencia dictada en “Sociedad Rural Río V”, la demanda fue rechazada en ese caso por insuficiencia probatoria para demostrar la alegada confiscatoriedad que -según se postulaba allí- significaba para los asociados de la actora no poder aplicar el ajuste por inflación en sus balances contables (ver considerandos 2° y 6° de dicha sentencia).

Teniendo eso presente, un rápido ejercicio hipotético demuestra la fortaleza de nuestro argumento: si el criterio invocado por la CSJN en “CEPIS” hubiese sido el fundamento (*holding*) del rechazo en “Sociedad Rural Río V”, en este último caso la Corte debería haber rechazado la demanda por inadmisibile y nunca debería haber entrado a analizar ese material probatorio.

(iii) Porque aun cuando hubiese sido dictado con suficiente antelación para poder ser considerado por las partes en sus postulaciones y aun cuando se hubiese tratado del *holding* del fallo, el caso “Sociedad Rural Río V” versaba sobre un conflicto de materia exclusivamente tributaria y que no involucraba sectores vulnerables de la población.

Esto es relevante porque no resultaba aplicable allí la excepción al requisito de afectación del derecho individual de acceso a la justicia que la propia Corte estableció en “Halabi” y ratificó en sucesivos precedentes. El caso “CEPIS”, por el contrario, reunía ambas características (materia de consumo / grupos vulnerables afectados) y debió, por tanto, haber sido exceptuado de cumplir con el requisito de admisibilidad que la CSJN utilizó inconstitucionalmente para limitar los alcances subjetivos de su decisión.⁵

VIII.2.3. Tercer problema: la inscripción en el Registro Público

Otro elemento que demuestra lo sorprendente, ilógico e inconstitucional de la limitación de los alcances de la sentencia es la constancia de inscripción del proceso en el Registro Público de Procesos Colectivos que administra la propia CSJN.

Surge de allí que el caso había sido anotado como comprensivo de una clase de personas conformada por todos los usuarios del servicio, no solo los residenciales.⁶ Inscripción, por cierto, consistente con la

5 La excepción a que nos referimos fue establecida en los siguientes claros términos: “Como tercer elemento es exigible que el interés individual considerado aisladamente, no justifique la promoción de una demanda, con lo cual podría verse afectado el acceso a la justicia. Sin perjuicio de ello, como se anticipó, la acción resultará de todos modos procedente en aquellos supuestos en los que cobran preeminencia otros aspectos referidos a materias tales como el ambiente, el consumo o la salud o afectan a grupos que tradicionalmente han sido postergados, o en su caso, débilmente protegidos. En esas circunstancias, la naturaleza de esos derechos excede el interés de cada parte, y al mismo tiempo, pone en evidencia la presencia de un fuerte interés estatal para su protección, entendido como el de la sociedad en su conjunto. En tal sentido, los artículos 41, 42 y 43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional brindan una pauta en la línea expuesta” (“Halabi”, considerando 13° del voto de la mayoría, énfasis agregado).

6 La ficha del Registro señala textualmente lo siguiente: “Carátula: CENTRO DE ESTUDIOS PARA LA PROMOCION DE LA IGUALDAD Y LA SOLIDARIDAD Y OTROS c/ MINISTERIO DE ENERGIA Y MINERIA s/

representación invocada por CEPIS en la demanda y con la orden de certificación dictada por el juez de primera instancia.

Esto implica que el sub-grupo de usuarios no residenciales que quedaron afuera del alcance de la sentencia por esta cuestión procesal bien pudieron haberse considerado representados en el proceso durante los 4 meses que duró el trámite, ya que los legitimados sostuvieron en su demanda que “El aumento del cuadro tarifario del servicio público de gas a lo largo y ancho del territorio argentino, sin que previamente mediare intervención de la ciudadanía, lesiona el derecho constitucional a la participación ciudadana consagrado en el artículo 42. Por consiguiente, la CLASE AFECTADA se conforma con todo aquel usuario del servicio de gas, quien no contó con la posibilidad de que sus intereses sean representados con carácter previo al aumento del cuadro tarifario” (apartado III del escrito de demanda, citado en el considerando 1° del voto de la CSJN en análisis).

VIII.2.4. Cuarto problema: la ilógica consecuencia de convivir con un acto administrativo de alcance general que es nulo para algunos y válido para otros

¿Quedaron habilitados los usuarios no residenciales para promover acciones individuales persiguiendo el mismo objeto? La pregunta es retórica. Por supuesto que sí, ya que fueron afectados por las resoluciones y el máximo tribunal del país expresamente los dejó afuera de los efectos de la sentencia.

Sin perjuicio de eso, la pregunta sirve para presentar un cuarto aspecto problemático de la decisión: ¿cómo es posible que las Resoluciones N° 28/2016 y N° 31/2016 puedan ser nulas para un sector de los usuarios y válidas para otros cuando el vicio procedimental que derivó en esa declaración de invalidez es único e indivisible y

AMPARO COLECTIVO. Actor: Norma/s invocada/s: Resolución 28 /2016. Descripción de la Fiscalía: Caracter en que interviene la Fiscalía: Art. 41. Objeto de la pretensión: Se garantice el derecho constitucional a la participación de los usuarios previsto en el art. 42 de la Constitución Nacional y en forma cautelar se ordene suspender la aplicación del nuevo cuadro tarifario previsto (sic) por Resolución N. 28 del año 2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación hasta tanto se haya dado efectiva participación a la ciudadanía. Alcance: ----- Composición de la clase: Todos los usuarios del servicio de gas que se habrían visto impedidos de expresar sus intereses con carácter previo a la puesta en vigencia del nuevo cuadro tarifario de la Resolución N. 28 del año 2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación”.

afectó a todos por igual?

¿Podrían otros tribunales federales resolver la cuestión en sentido diverso, afirmando que la audiencia pública no era un requisito constitucional para el dictado de las Resoluciones N° 28/2016 y 31/2016?

¿Podría hacerlo la propia Corte?

¿Sobre qué actos administrativos versaría el objeto de esos procesos cuando dichas Resoluciones ya fueron anuladas?

Para explicar nuestro argumento resulta importante subrayar una diferencia conceptual y técnica fundamental: no estamos analizando una declaración de inconstitucionalidad que, de conformidad con la teoría general en la materia (control difuso con alcances restringidos al “caso” constitucional resuelto), hubiese permitido —teóricamente— delimitar el alcance de la decisión en función del grupo comprendido en el caso colectivo.⁷ Este escenario hipotético hubiera dado algo de lógica y sentido a la decisión de la CSJN. Si la inconstitucionalidad solo alcanza y aplica al “caso”, entonces limitando subjetivamente el “caso” se limita el alcance de la declaración de inconstitucionalidad y, así, sus beneficiarios.

Pero no estamos ante una declaración de inconstitucionalidad sino ante una declaración de nulidad de dos actos administrativos de alcance general. Los actos administrativos impugnados fueron declarados *nulos*. No *inconstitucionales* para el caso colectivo concreto, delimitado subjetivamente en el sentido que señalamos, sino *nulos* por un vicio insanable en su procedimiento.

Insistimos: una declaración de nulidad no es lo mismo que una declaración de inconstitucionalidad. La nulidad deriva en invalidación, la inconstitucionalidad deriva en inaplicabilidad a un caso concreto (caso que puede ser individual o colectivo desde “Halabi” y su redefinición de “causa o controversia” en cuanto elemento habilitante de la competencia judicial por lo dispuesto en el art. 116 CN).

Un ejemplo puede servir para demostrar nuestra posición: si un órgano judicial declara la nulidad de una ley formal del Congreso por haberse incurrido en un vicio de procedimiento insalvable, ¿podría sostenerse que esa ley resulta aplicable para algunos y no para otros,

7 Digo “teóricamente” porque entiendo que en el presente caso una solución del género tampoco hubiese sido posible debido a las características del vicio constitucional denunciado (características que no admiten distinción razonable entre grupos de usuarios ya que, insisto, como dijo la propia Corte en esta misma sentencia la falta de celebración de audiencia pública previa los afectó a todos por igual).

aun cuando así lo diga la sentencia? Parece claro que no.

En este sentido, la declaración de la CSJN sobre la limitación subjetiva de los alcances de su sentencia debe confrontarse con el hecho que las Resoluciones MEyMN N° 28/2016 y N° 31/2016 no pueden al mismo tiempo ser válidas (para un sector de los usuarios) e inválidas (para otro).

Más allá de cualquier discusión jurídica, esta afirmación se apoya en el principio lógico de no contradicción. Un principio fundamental que “ontológicamente, se enuncia afirmando que ‘nada puede ser y no ser juntamente’. En su versión lógica tiene esta forma: ‘No se puede afirmar y negar juntamente una misma cosa de un mismo sujeto’”.⁸

Mucho menos puede defenderse que las resoluciones sean válidas para un grupo de usuarios e inválidas para otro cuando el vicio que sirvió de causa para su anulación es único, indivisible y afectó a todos los usuarios por igual (como se expresa, por cierto, en la misma sentencia).

Tal vez podría sostenerse que sobre el grupo de usuarios “no residenciales” la sentencia carece de efectos colectivos cualificados por la cosa juzgada (esto es, efectos inmutables, inmodificables, inimpugnables) debido a que dicho grupo fue excluido por la Corte del caso colectivo que resolvió. Pero aun así, ello no puede alterar un hecho que consideramos indiscutible: tales usuarios fueron igualmente beneficiados por la “eficacia natural” de la sentencia y, por tanto, es inconstitucional que se les aplique el cuadro tarifario aprobado por las Resoluciones declaradas nulas por la CSJN.

Las sentencias judiciales siempre producen efectos generales en tanto actos de autoridad del Estado. Para algunas personas esos efectos están cualificados por la cosa juzgada, mientras que para otras no.⁹ En el caso que estamos analizando el objeto de la pretensión era

8 GHIRARDI, Olsen A. “Los principios lógicos y la doctrina de la arbitrariedad en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la Nación”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, disponible en <http://www.cea.unc.edu.ar/acaderc/doctrina/articulos/artlosprincipioslogicoasdoctrinaarbitrariedad> (último acceso 08/03/2022).

9 LIEBMAN, Enrico Tullio “Eficacia y Autoridad de la Sentencia”, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediar, Buenos Aires, 1946. El autor explica claramente que la sentencia, en tanto acto autoritativo emanado de un órgano del Estado (en este caso, ni más ni menos que la CSJN), formula e impone ante todos el mandato concreto de la ley para un determinado caso. En este sentido señala que “las partes, como sujetos de la relación a que la

indivisible. Y es por eso que, al haber ganado los actores, las consecuencias prácticas de la nulidad debieron (y deberían) beneficiar a todos los usuarios (incluso los “no residenciales”).

¿Cuáles son las consecuencias de la declaración de nulidad de un acto administrativo? Como señalamos, su invalidación. Esto es, ni más ni menos que su eliminación del ordenamiento jurídico. Repetimos: no estamos ante un supuesto de “inaplicabilidad al caso” derivado de una declaración de inconstitucionalidad. Las Resoluciones impugnadas en “CEPIS” fueron declaradas nulas. Por ese motivo, ya no deberían tener vigencia para cualquier tipo de usuario del servicio de gas natural beneficiado por la sentencia.

Y si hablamos de usuarios beneficiados estamos hablando de todos, puesto que -según veremos en el apartado siguiente de este trabajo- la Corte se ocupó de limitar los efectos de su declaración de nulidad por razones de equidad a fin de mantener la tarifa social para quienes les resultare más beneficiosa que el cuadro tarifario anterior.¹⁰ Esto último, por cierto, es algo bastante similar a lo que hizo el tribunal hace 20 años, con otra composición, cuando al resolver “Monges” rompió con el principio general en la materia y acordó a la declaración de nulidad (también allí, de un acto administrativo de alcance general) efectos no retroactivos.¹¹

decisión se refiere, son, en verdad, las primeras que sienten su eficacia, pero no hay motivo alguno que exonere a los terceros de sentirla igualmente”. Dicha influencia de la sentencia sobre terceros ajenos al proceso (como serían los usuarios “no residenciales” en este supuesto, ya que fueron dejados afuera del “caso” por la CSJN) es denominada por el autor como la “eficacia natural” de la sentencia. Una eficacia (efecto) que no se encuentra cualificada por la cosa juzgada en tanto podría ser impugnada por dichos terceros si vulnera sus derechos.

¹⁰ Considerando 23° del voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco y del voto Maqueda; considerando 29° del voto de Rosatti; punto 1 de la parte dispositiva de la sentencia: *“decisión que se circunscribe al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural, manteniéndose respecto de ellos, y en la medida en que resulte más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario aquí examinado”*.

¹¹ CSJN, “Monges, Analia M. c. Universidad de Buenos Aires”, sentencia del 26/12/96, Fallos 319:3148.

VIII.3. El derecho de participación ciudadana contemplado en el art. 42 CN y la audiencia pública como modalidad específica de concreción en el contexto del caso

Luego de realizar estas aclaraciones sobre los alcances que tendría su decisión, el voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco respondió afirmativamente a “la cuestión atinente a si resulta obligatoria la celebración de audiencia pública como procedimiento previo al dictado de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 que fijaron un nuevo esquema de precios del gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte (PIST) y dispusieron el nuevo cuadro tarifario de los servicios de transporte y distribución de gas» (considerando 14°).

Para llegar a esa conclusión, y sobre la base de interpretar los debates constituyentes de 1994 en torno al art. 42 CN, los magistrados sostuvieron que esta norma “reconoce en esta materia la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador” (considerando 15°) y que “este nuevo derecho resulta operativo. En efecto, su obligatoriedad inmediata no está condicionada a actuación reglamentaria ulterior del Congreso de la Nación, aunque por cierto se deje en manos de la autoridad legislativa, como sucede en el campo de todos los derechos (artículo 28), la determinación circunstanciada de los diversos procedimientos y situaciones bajo los cuales tendría lugar el nuevo derecho consagrado expresamente en favor de los usuarios” (considerando 16°).

A ello agregaron que “Con particular referencia a la cláusula constitucional cuyo alcance se encuentra discutido en el sub lite, el reconocimiento de que deben habilitarse procedimientos y mecanismos de participación y de impugnación en cabeza de los usuarios tiene el inocultable fin de que sus intereses sean debidamente tutelados” (considerando 17°) y que “en materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida” (considerando 18°).

En este sentido, el voto afirmó que “es imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio. Este

derecho de participación reconocido a los usuarios en el caso del servicio de gas se estructuró, en 1992, en su ley regulatoria mediante el mecanismo de audiencias públicas” (considerando 18°).

Sobre la importancia de la participación ciudadana en este contexto se dijo que “La participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información “adecuada y veraz” (artículo 42, Constitución Nacional) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (artículo 10, Constitución Nacional) Asimismo, otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan” (considerando 18°).

Además, se apuntó que “esos elevados fines institucionales presuponen condiciones de cumplimiento imprescindible, si lo que genuinamente se persigue es profundizar el fiel ejercicio de derechos por parte de los ciudadanos en una sociedad democrática, y no acrecentar por parte de los poderes políticos su catálogo formal de instituciones nominales vaciadas de todo contenido, que únicamente aumentan sus credenciales democráticas y que solo pretenden legitimar decisiones verticales tomadas con anterioridad” (considerado 19°).

Luego fueron evaluados y descartados los dos argumentos centrales del ENA para defender la validez del procedimiento seguido a fin de dictar la Resoluciones impugnadas. El primero de ellos sostenía que no era exigible la realización de audiencia pública por ser la producción y comercialización de este recurso una actividad desregulada (considerando 20°), mientras que el segundo afirmaba que, a todo evento, correspondía tener por cumplida la formalidad debido a la celebración de audiencias en el año 2005 (considerando 21°).

De este modo, el voto concluyó que “resulta claro que las decisiones adoptadas por el Ministerio de Energía y Minería no han respetado el derecho a la participación de los usuarios bajo la forma de audiencia pública previa” (considerando 22°).

Definida la solución, la Corte avanzó para aclarar algunos puntos referidos a las consecuencias jurídicas de la sentencia para los “sectores más vulnerables”.

Al respecto señaló que si la tarifa social era más beneficiosa que el cuadro tarifario anterior, corresponderá aplicarles aquélla: “la demanda de los usuarios residenciales ha sido acogida y, por lo tanto,

han resultado vencedores en el campo jurídico. En consecuencia, y por aplicación del más elemental sentido de justicia, la tarifa final que se les aplique como consecuencia del presente pronunciamiento en ningún caso puede arrojar como resultado sumas mayores a las que dichos actores hubiesen debido abonar por estricta aplicación del nuevo cuadro tarifario, considerando la mencionada tarifa social (conf. doctrina de Fallos: 336:607)” (considerando 23°). De este modo se advierte cómo el tribunal realizó un nuevo recorte del grupo, aunque esta vez para favorecer a los más desprotegidos dentro de la clase “usuarios residenciales”.

VIII.4. Estándares prospectivos sobre razonabilidad de las tarifas: control judicial de la actividad administrativa más allá de la “causa o controversia” en discusión

Otro aspecto del voto en análisis que vale la pena destacar se vincula con las consideraciones escritas a mayor abundamiento sobre las “pautas básicas que rigen las atribuciones de los poderes públicos en esta materia, así como las reglas fundamentales a que deben atenderse en su actuación los órganos jurisdiccionales, particularmente en el ámbito de los procesos colectivos” (considerando 24°).

Entre ellas se destaca lo sostenido en punto a que “debe distinguirse entre el ejercicio del control jurisdiccional de la legalidad, razonabilidad y proporcionalidad de las tarifas, y el ejercicio mismo de la potestad tarifaria, que no compete a los jueces, sino al poder administrador, al que no cabe sustituir en la determinación de políticas o criterios de oportunidad o, menos aún, en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación del servicio (Fallos: 321:1252; 322:3008 y 323:1825)” (considerando 28°).

Decimos que se destaca tal afirmación porque, sobre esa base, el voto avanza fijando “los criterios rectores con relación a la razonabilidad de la política tarifaria a adoptarse respecto a servicios públicos esenciales, con la expectativa de que sean asumidos en el futuro para casos similares” (considerando 30°).

En este orden, luego de desarrollar distintos aspectos del tema los magistrados sostuvieron que “como síntesis de lo expuesto a este respecto, el Estado debe velar por la continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos, ponderando la realidad económico-social concreta de los afectados por la decisión tarifaria con especial atención a los sectores más vulnerables, y evitando, de esta

forma, el perjuicio social provocado por la exclusión de numerosos usuarios de dichos servicios esenciales como consecuencia de una tarifa que, por su elevada cuantía, pudiera calificarse de ‘confiscatoria’, en tanto detraiga de manera irrazonable una proporción excesiva de los ingresos del grupo familiar a considerar. Por lo demás, no debe obviarse que un cálculo tarifario desmesurado o irrazonable generará altos niveles de incobrabilidad y terminará afectando al mentado financiamiento y, por vía de consecuencia de este círculo vicioso, a la calidad y continuidad del servicio “ (considerando 33°).

De este modo la CSJN realizó un control prospectivo sobre la actividad del Poder Ejecutivo, delimitando los alcances del poder de este último para regular tarifas (no sólo del servicio de gas natural) mediante el establecimiento de los señalados estándares. Ello a pesar de que tal cuestión no era objeto de discusión en el caso, donde sólo se debatía sobre validez procedimental.

Apuntamos esto ya que la competencia del Poder Judicial para entender en cualquier asunto -máxime cuando se trata de un asunto colectivo- se determina en la medida que se configure una “causa o controversia colectiva” (art. 116 CN y Ley N° 27, doctrina del fallo “Halabi”). Por tanto, es problemático que el tribunal se haya expedido respecto de cuestiones de razonabilidad cuando esto no formaba parte del objeto del proceso ya que, técnicamente, no tenía competencia para hacerlo.

La decisión en este aspecto fue claramente estratégica. Sucede que con tales consideraciones efectuadas a mayor abundamiento el tribunal adelantó cuál será el enfoque y la posición de análisis que asumirá frente a planteos judiciales que, a diferencia de lo que sucedía en esta causa, cuestionen la razonabilidad de aumentos tarifarios en cualquier servicio público y no sólo su procedimiento de determinación.¹²

12 Entre otras, las causa que tramitaron en Rawson y Córdoba. La primera en el expediente “Provincia de Chubut c/ Estado Nacional – Ministerio de Energía y Minería y otros s/ Acción mere declarativa de inconstitucionalidad” (Expte. N° FCR 6987/2016), donde el 23 de mayo de 2016 se ordenó como medida cautelar que en el plazo de 10 días hábiles como máximo las demandadas (el ENA, el ENARGAS y Camuzzi Gas del Sur S.A.) “arbitren los medios necesarios para suspender la aplicación de los nuevos cuadros tarifarios dispuestos por las Resoluciones N° 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y Resolución ENARGAS N° I/3733, para todos los usuarios de la Provincia de Chubut”. La segunda en el expediente “Bustos, Rebeca Andrea y otro c/ Estado Nacional y otros s/ Amparo colectivo”

Es por eso que también fue estratégica la elección del caso “CE-PIS” por parte de la CSJN para expedirse sobre el asunto. Recordemos que, como señalamos en el apartado VI de este trabajo, la Corte tenía otras causas ante sus estrados para pronunciarse sobre el conflicto colectivo nacional. Y dos de ellas, cuanto menos, involucraban planteos sobre razonabilidad que, debido a la forma en que fue resuelto “CEPIS”, quedaron desplazados y sin decisión (aunque no sin tratamiento ya que, según vimos, la Corte se ocupó de decir bastantes cosas al respecto sin la presión de que fueran determinantes para el caso que estaba resolviendo).

VIII.5. El compendio sobre principios y reglas de los procesos colectivos

Finalmente, en los considerandos 34° a 45° el voto de Lorenzetti y Highton de Nolasco destacó, al igual que en oportunidades anteriores,¹³ la problemática ocasionada por la multiplicidad de procesos colectivos generados en torno a un mismo conflicto colectivo. Y sobre esa premisa realizó una recorrida abarcadora de distintas cuestiones de relevancia sobre las cuales se ha pronunciado el tribunal en los últimos 10 años -a través de vía reglamentaria y jurisprudencial- para trabajar con procesos colectivos.¹⁴

En este sentido los jueces se ocuparon de:

(i) Señalar que “en su mayoría, los magistrados actuantes no han cumplido con la acordada 32/2014” (considerando 34°).

(Expte. N° 21060/2016), donde el 4 de julio de 2016 la Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba revocó la decisión tomada el 24 de junio de 2016 por el Juzgado Federal N° 1 con asiento en dicha Provincia que, a su turno, había rechazado un pedido cautelar orientado a suspender la vigencia de las Resoluciones del Ministerio de Energía de la Nación N° 28/2016 y N° 31/2016 y las Resoluciones N° I- 3729, su modificatoria I-3737 del ENARGAS.

13 CSJN en expedientes “Municipalidad de Berazategui c. Cablevisión S.A. s/ Amparo” (causa M.1145.XILX), sentencia del 23 de septiembre de 2014, y “García, José y otros c/ PEN y otros s/ Amparo Ley 16.986” (causa CSJ 4878/2014/CSI), sentencia del 10 de marzo de 2015.

14 Para un análisis de esto puede consultarse VERBIC, Francisco “Innovaciones reglamentarias de la Corte Suprema de Justicia para la gestión de procesos colectivos antes su falta de regulación legal en la República Argentina”, CADE Doctrina y Jurisprudencia, Tomo XLV, Febrero 2018, Montevideo, pp. 97 y ss.

(ii) Insistir sobre los efectos indeseados de esa multiplicidad y superposición de procesos (considerando 35°).

(iii) Recordar la creación del Registro Público de Procesos Colectivos mediante la Acordada N° 32/2014 y la aprobación del Reglamento de Actuación en Procesos Colectivos por la Acordada N° 12/2016, así como las finalidades de aquél (considerandos 36° y 37°).

(iv) Recordar el dictado del precedente “García” y la orden allí contenida para que los magistrados inferiores “unifiquen el trámite” de las causas colectivas “en aquel tribunal que hubiera prevenido en la materia” (considerando 38°).¹⁵

(v) Remarcar con relación al caso concreto que estaba resolviendo que “la multiplicidad de causas suscitada con motivo de las resoluciones MINEM 28/2016 y 31/2016 a la que se hizo referencia con anterioridad se habría evitado, precisamente, si los magistrados actuantes hubiesen seguido los lineamientos desarrollados por este Tribunal en sus distintos pronunciamientos y hubiesen cumplido con la inscripción ordenada por la acordada 32/2014” (considerando 39°).

(vi) Advertir, también desde el contexto del caso, que *«en buena parte de los procesos colectivos en los que se debatieron cuestiones referidas a la razonabilidad del aumento tarifario en cuestión, según surge de los pronunciamientos allí dictados, no se ha dado cumplimiento a los recaudos especificados en el considerando que antecede, en especial en lo atinente a la definición precisa del colectivo involucrado y la adecuada notificación a los integrantes del grupo»* (considerando 41°).

Específicamente en materia de definición de la clase representada y remitiendo al fallo “Loma Negra” en cuanto a la importancia de este requisito,¹⁶ el fallo apuntó que “este incumplimiento por parte de los jueces actuantes en dichos procesos ha conllevado al dictado de decisiones sectoriales sin distinción de categorías de usuarios, tratando de manera igual situaciones heterogéneas” (considerando 41°).

En cuanto a la “adecuada notificación a los integrantes del colecti-

15 Referencia del fallo en “García” en nota a pie de página N° 12.

16 CSJN en expedientes “Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c/ Loma Negra Cía. Industrial Argentina S.A. y otros” [CSJ 566/2012 (48-A); CSJ 513/2012 (48-A)/RH1; CSJ 514/2012 (48-A)/RH1], sentencia del 10 de febrero de 2015, y “Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Como c/ AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento” (Expte. N° CSJ 1193/2012 (48-C)/CSI), sentencia del 9 de diciembre de 2015

vo” sostuvo que “su falta de cumplimiento en los procesos antes mencionados, se traduce en la imposibilidad de que eventuales usuarios puedan excluirse del proceso, sea porque se consideren beneficiados por la reforma, como por ejemplo podría ser algún beneficiario de la tarifa social, o porque se encuentren conformes con el aumento registrado respecto de ellos” (considerando 42°).

(vii) Establecer un estándar agravado para el cumplimiento de todos estos recaudos en el campo de las discusiones colectivas sobre servicios públicos, sosteniendo en tal sentido que “deben extremarse cuando las decisiones colectivas puedan incidir -por sus efectos expansivos- en la prestación de un servicio público. Ello es así en tanto decisiones sectoriales en materia tarifaria pueden afectar la igualdad en el tratamiento de los usuarios, aplicando un aumento para algún sector de la sociedad y no para otro que se encuentra en igualdad de condiciones. Asimismo, decisiones de esta naturaleza pueden alterar el esquema contractual y regulatorio del servicio, afectando el interés general comprometido en su prestación” (considerando 43°).

(viii) Exhortar al Congreso de la Nación a que designe un Defensor del Pueblo de la Nación, “institución creada por la Constitución Nacional como órgano específicamente legitimado en la tutela de los derechos de incidencia colectiva en los términos de sus artículos 86 y 43”, ya que el hecho de que tal cargo se encuentre vacante “repercute negativamente en el acceso a la justicia de un número indeterminado de usuarios” (considerando 45°).

VIII.6. La parte dispositiva del voto y la imposición de costas

En base a todos estos desarrollos el voto resolvió:

“1°) Declarar admisible el recurso extraordinario y confirmar parcialmente la sentencia apelada en cuanto a la nulidad de las resoluciones 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, decisión que se circunscribe al colectivo de usuarios residenciales del servicio de gas natural, manteniéndose respecto de ellos, y en la medida en que resulte más beneficiosa, la vigencia de la tarifa social correspondiente al cuadro tarifario aquí examinado;

2°) Poner en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de dar cobertura al cargo de Defensor del Pueblo de la Nación; y

3°) Recordar a los tribunales federales y nacionales al riguroso cumplimiento de la acordada 32/2014 de esta Corte Suprema de Justicia y oportunamente de la acordada 12/2016”.

Las costas fueron impuestas “por su orden en todas las instancias en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”. No hay, sin embargo, argumentos que motiven este apartamiento del principio objetivo de la derrota, el cual fue fundado en la mera invocación de “la naturaleza de la cuestión debatida”.¹⁷

Esta parcela de la sentencia de la CSJN es importante ya que, a pesar de tratarse de condenas accesorias, las costas y su modalidad de imposición configuran instrumentos de suma trascendencia para incentivar (o desincentivar, como en el caso) la promoción de acciones colectivas (en general, y en especial aquellas dirigidas a controlar la convencionalidad y constitucionalidad de políticas públicas).

La propia CSJN ha reconocido la incidencia del pronunciamiento sobre costas en este sentido al resolver un caso donde se apartó del principio objetivo de la derrota para no imponerlas al Defensor del Pueblo de la Nación ya que “cuando (...) actúa ante los tribunales de justicia cumple una función social que le ha sido encomendada por expreso mandato constitucional” y porque “La actuación de este órgano estatal procura garantizar la tutela judicial efectiva de sectores desprotegidos o que se encuentran muchas veces en condiciones asimétricas respecto de quienes afectan sus derechos”.¹⁸

Sin embargo, la CSJN no tuvo en consideración esa doctrina y tampoco aplicó el principio objetivo de la derrota (principio estructural en la materia) para imponer las costas en el caso “CEPIS”.

Lo problemático del asunto es que para apartarse de dicho principio en un caso de semejante magnitud expresó razones de excepción que no son tales porque: (i) no constituyen una razonable fundamentación sino afirmaciones dogmáticas; y (ii) el caso no versaba sobre cuestiones complejas ni presentaba particularidades jurídicas o fácticas de consideración que ameritasen excepcionar de la regla general en la materia.

17 Las costas en primera instancia habían sido impuestas “en el orden causado, en atención a la forma en que se resuelve la causa (arts. 68 ap. 2do. del Cód. Procesal, 14 de la ley 16986)” (punto 5 de la parte dispositiva). La Cámara Federal de Apelaciones de La Plata, por el contrario, al revocar la sentencia resolvió imponer “Costas de las dos instancias a la recurrente vencida (art. 68 del CPCCN)” (punto 2 de la parte dispositiva).

18 CSJN en expediente “Defensor del Pueblo de la Nación c/ EN – MO de Planificación – resol. 1961/06 s/ proceso de conocimiento” (Expte. N°CSJ 154/2013 (49-D)/CSI), sentencia del 19 de abril de 2016.

Vale señalar que la causa “CEPIS” revestía innegables características de interés público y trascendencia social, además de tratar una cuestión de inconstitucionalidad manifiesta (no se realizaron las audiencias públicas previas que exigía el art. 42 de la CN y el marco regulatorio del servicio público de gas natural). También involucraba una cuestión patrimonial que en su momento algunos estimaron en 2.800 millones de dólares sólo con relación a la ganancia que el nuevo cuadro tarifario significaba para las empresas petroleras.¹⁹

Los honorarios de los abogados de CEPIS y el resto de los legitimados, así como todos los gastos en que debieron incurrir las organizaciones y personas individuales para defender los derechos de los usuarios, no fueron pagados por quien provocó el conflicto y luego resultó derrotado en todas las instancias del proceso.

VIII.7. Los votos concurrentes

El voto de Maqueda realizó una detenida lectura y análisis de los debates constituyentes en torno al art. 42 CN, concluyendo al igual que los jueces preopinantes que “este nuevo derecho [el de participación] resulta derechamente operativo” (considerando 12°). Luego de efectuar distintos desarrollos en torno al tema, sostuvo que “De todo lo dicho se desprende que la audiencia pública tiene raigambre constitucional. Se encuentra sustentada en los principios de la democracia participativa y republicana, y expresada -como se dijo- en el artículo 42 de la Constitución Nacional. Por ello, deben formar parte de la audiencia pública, que debe realizarse en forma previa a la toma de decisiones en materia tarifaria, todos los usuarios y consumidores, sin distinción de categorías. Esta audiencia pública, en las actuales circunstancias, debe realizarse para todos los tramos que componen la tarifa final: precio en boca de pozo (PIST), transporte y distribución del gas natural” (considerando 15°).

Sin embargo, al igual que el voto de la mayoría, luego de afirmar que “las decisiones adoptadas por el Ministerio de Energía y Minería no han respetado el derecho a la participación de los usuarios bajo

19 DELLATORRE, Raúl “Una pulseada por 2800 millones de dólares”, Diario Página 12 del 21/08/16 (sosteniendo que “La Resolución 28 de Energía aumentó en casi un ciento82o por ciento el precio en dólares del gas en boca de pozo, lo que les hubiera reportado un beneficio extra de 2800 millones a las petroleras”).

la forma de audiencia pública previa” (considerando 18°), Maqueda sostuvo que “corresponde delimitar que los sujetos que se verán alcanzados por el presente pronunciamiento serán -por las razones que se desarrollarán a continuación-exclusivamente los usuarios residenciales del servicio” (considerando 19°). Las razones son similares a las analizadas cuando tratamos el voto de la mayoría, invocando el mismo precedente en apoyo de esa postura (considerandos 21° y 22°).

El voto también fija “criterios rectores con relación a la razonabilidad de la política tarifaria a adoptarse respecto a servicios públicos esenciales, con la expectativa de que sean asumidos en el futuro para casos similares” (considerando 30°), y propone diversos desarrollos vinculados con los procesos colectivos (en general y en este contexto particular) en similares términos a los planteados por el voto precedente (considerandos 32° a 44°).

La solución sobre costas también fue compartida con la mayoría: imposición “por su orden en todas las instancias en atención a la naturaleza de la cuestión debatida (artículo 68, segunda parte, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)”.

En cuanto al voto de Rosatti, luego de compartir los considerandos 1° a 9° de la mayoría, plantea diversas cuestiones en torno al principio de división de poderes para señalar que “en concreto, en el reparto de competencias sobre el tema en debate, el rol de la judicatura debe limitarse a dos aspectos: el ‘procedimental’, consistente en auscultar si cada uno de los otros poderes se ciñó al mecanismo previsto por la Constitución y las normas infraconstitucionales para actuar como lo hizo y el ‘sustantivo’, consistente en ponderar si con su actuación alguno de los otros dos poderes (e incluso el judicial, por la vía de la arbitrariedad de sentencia) alteró el contenido de algún derecho fundamental. Si interviene dentro de estos parámetros, la judicatura no sustituye al legislador (Fallos: 308:1848; 317:1505) ni define la política pública (en este caso política energética) reemplazando ilegítimamente al Poder Ejecutivo (Fallos: 322: 3008), o invade el ámbito de facultades propias de las otras autoridades de la Nación (Fallos: 254: 43; 321:1187)” (considerando 13°).

Sobre esas premisas señaló que “corresponde adentrarse en el análisis del procedimiento seguido por el Poder Ejecutivo que derivó en el aumento tarifario cuestionado” a efectos de responder tres interrogantes: “a) ¿es necesaria una audiencia pública para

concretar el aumento tarifario o puede satisfacerse el requisito participativo por otros medios?; b) la audiencia (o el mecanismo participativo que corresponda) ¿debe ser previa o puede ser posterior al aumento, a modo de ratificación?; y c) la audiencia (o el mecanismo participativo que corresponda) ¿es necesaria para todos los componentes tarifarios del servicio o puede obviarse para alguno de ellos?” (considerando 14°).

A la primera respondió que “el texto constitucional puesto en vigencia reconoce la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas con un contenido mínimo de carácter ‘consultivo’, dejando en manos del legislador la elección del mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso” (considerando 15°) y que “la audiencia pública es el mecanismo participativo adecuado para garantizar la intervención de los usuarios en el tema debatido en esta causa; no solo porque así lo ha decidido el legislador en la ley 24.076 sino porque tal decisión es razonable (diríase la más “razonable” entre otras tantas posibles) conforme a los parámetros constitucionales” (considerando 16°).

A la segunda, que “la naturaleza del mecanismo participativo escogido resulta intrínsecamente incompatible con su utilización a posteriori. La audiencia no es un evento destinado a que se notifique lo ya decidido; ello implicaría convertirla en una formalidad y a los usuarios en meros espectadores” (considerando 17°).

Finalmente, frente al tercer interrogante sostuvo que “es necesario realizar una interpretación sistemática de las pautas brindadas por las diversas normativas vigentes en la materia” y que «*surge evidente que el Ministerio de Energía y Minería no ha dado cumplimiento al requisito de realizar audiencia pública previa para aumentar el precio de la tarifa de gas en los tramos de transporte y distribución, si bien se hallaba obligado legalmente a hacerlo (artículos 46 y 47 de la ley 24.076)*» (considerando 18°). Además concluyó que también resulta de aplicación el requisito procedimental cuando lo que se modifica es el precio en el punto de ingreso al sistema de transporte de gas (PIST), ya que “la variación del precio del producto en el PIST influye, en principio, directamente en la tarifa final que paga el usuario” (considerando 19°).

Luego de señalar que las discusiones sobre la razonabilidad de la tarifa quedaron desplazadas por el modo de resolver “la cuestión procedimental”, al igual que el resto de los magistrados Rosatti desarrolló consideraciones “de índole constitucional” que “podrán

servir de orientación en lo sucesivo, de modo que hechos como los que generan este pronunciamiento puedan ser encauzados tempranamente por los poderes representativos y aun por el Poder Judicial, evitando y/o reduciendo la conflictividad y/o la litigiosidad” (considerandos 20° a 24°).

Se destaca allí lo señalado en cuanto a que “así como la ponderación de un principio de igualdad ‘situado’ se proyecta para el Poder Administrador en la exigencia de conformar ‘categorías’ de usuarios en función de la diferente utilización del servicio y de su nivel de ingresos, tal principio se exterioriza para el Poder Judicial en la exigencia de conformar ‘clase’ a los efectos de no tratar de la misma manera a quienes no se encuentran en las mismas o similares condiciones o circunstancias. Dicho de otro modo: así como se ha sostenido en un considerando anterior de este voto que la falta de celebración de una audiencia pública legalmente obligatoria afecta a todos los usuarios por igual (sean estos residenciales, comerciales o industriales), porque lesiona su derecho a la participación, así también debe sostenerse que la fijación del monto de las tarifas no necesariamente incide a todos los usuarios por igual. O sea, que si en materia participativa el agravio es hacia todos los usuarios, en materia económica no necesariamente ocurre lo mismo” (considerando 24°).

El voto continúa apuntando que “sentado que la falta de celebración de una audiencia pública obligatoria afecta a todos los usuarios del mismo modo -a diferencia de lo que ocurre con el perjuicio económico invocado por aquellos-, corresponde pasar a analizar los alcances de la presente sentencia a la luz de los requisitos establecidos por el Tribunal en torno a la tramitación de procesos colectivos, en particular las diferencias que pueden verificarse con respecto al acceso a la justicia. En tal sentido, se adelanta la conclusión respecto de que la decisión que aquí se adopta se limita -por las razones que se desarrollarán a continuación- exclusivamente a los usuarios residenciales del servicio” (considerando 25°).

La conclusión en este sentido es compartida con el resto de los magistrados: dejar afuera de los beneficios de la sentencia a todos los usuarios no residenciales. Los problemas que esto supone, a los cuales ya nos referimos más arriba, son todavía más claros en este voto que en sus predecesores ya que -según vimos- aquí se reconoce expresamente que “la falta de celebración de una audiencia pública obligatoria afecta a todos los usuarios del mismo modo -a diferencia de lo que ocurre con el perjuicio económico invocado por aquellos”.

En cuanto a las costas de todas las instancias, también Rosatti compartió la decisión del resto de los magistrados.

IX. La denuncia de incumplimiento de la sentencia y el cierre del proceso

Una vez devuelto el expediente a primera instancia, el Juzgado Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal N° 4 de La Plata volvió a expedirse para correr traslado a la demandada de denuncia de incumplimiento de la sentencia de la CSJN efectuada por la parte actora. La decisión se fundó en el art. 36 del CPCCN, que regula los deberes y facultades ordenatorias e instructorias de los jueces,²⁰ y estableció que “para el caso de agregarse informes técnicos a la contestación referida, por razones de orden práctico y economía procesal, deberá cumplirse con los requisitos establecidos por la Acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”.

En esa misma decisión el Juzgado dictó una orden vinculada con otra causa colectiva que tramitaba ante sus estrados, promovida el 1 de septiembre de 2016 por la Cámara de Comercio e Industria de Ensenada (Expte. FLP 36638/2016). En relación a ello y también con fundamento en el art. 36 del CPCCN, el Juzgado ordenó a la demandada que “A efectos de evitar dispendio jurisdiccional y el dictado de sentencias contradictorias, como asimismo evaluar el posible colectivo involucrado, la eventual afectación a intereses individuales y la existencia de una potencial causa fáctica o normativa homogénea en el marco de aquellos actuados -Acordada 32/2014 CSJN-, deberá el Ministerio de Energía y Minería de la Nación informar (en oportunidad de contestar el traslado aquí ordenado) si en el marco de la audiencia pública convocada para el día viernes 16 próximo, se ha previsto el abordaje referido a la conformación de la tarifa correspondiente a los usuarios no residenciales” (subrayado en el original).

Al contestar el traslado conferido, el ENA solicitó “se declare la

20 Sobre poderes y deberes de los jueces en el contexto de los procesos colectivos puede consultarse VERBIC, Francisco “*El rol del juez en las acciones de clase. Utilidad de la jurisprudencia federal estadounidense como fuente de ideas para los jueces argentinos*”, publicado en BERIZONCE, Roberto O. (Coordinador) “Los Principios Procesales”, Librería Editora Platense, La Plata, 2011; CHAYES, Abram “*El rol del juez en el litigio de interés público*”, Revista de Processo N° 268 (junho 2017) (traducción al español de “*The Role of the Judge in Public Law Litigation*”, 89 Harv. L. Rev. 1281 1975-1976).

inadmisibilidad procesal del planteo, a la vez que opusieron excepción de incompetencia. Sostuvieron que a efectos de impugnar la audiencia, la accionante debió iniciar una nueva acción ante los Tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, toda vez que los actos cuestionados -Resoluciones MINEM 152/2016 y 163/2016, y Resoluciones 3953/16 y 3957/2016 del ENARGAS- fueron dictados por la autoridad central, resultando en consecuencia competente el juez con asiento en el mismo territorio desde el cual emanaron los mismos” (resultando III.1.). Asimismo, afirmó que “en autos no existe incumplimiento alguno a la sentencia dictada por la Corte, en tanto la misma se limitó a declarar la nulidad de las Resoluciones 28 y 31/2016 con los alcances allí reseñados” (resultando III.1.).

El Juzgado resolvió la incidencia el 14 de septiembre de 2016, rechazando la denuncia de incumplimiento de la sentencia. Para desestimar el planteo de la actora, el Juez sostuvo que “A diferencia de lo resuelto oportunamente por esta instancia -ver fs. 291/322- el máximo Tribunal no dispuso la realización de audiencias públicas a efectos de sanear los vicios contenidos en las Resoluciones 28 y 31/2016 -conforme ordenara el suscripto al momento de fallar la causa- puesto que a través de su sentencia, la Corte fulminó con sanción de nulidad los actos administrativos emanados por la autoridad ejecutiva -respecto del universo de usuarios allí circunscripto-, en razón de los vicios procedimentales evidenciados”.

Sobre la base de esta premisa, afirmó que “asiste razón al Estado Nacional, en tanto el proceso de amparo iniciado contra la conducta irregular de la administración, puesta de manifiesto en la sanción de los actos impugnados (Resoluciones 28 y 31/2016), agotó su contenido con la declaración judicial que determinó la privación de todo efecto de aquellos en la órbita jurídica” (considerando IV).

Y por tal motivo concluyó que “la alegada irregularidad administrativa en la que incurriría la administración pública en el marco de la preparación y difusión de la inminente audiencia pública, importaría la presunta comisión de un nuevo acto contrario a derecho -arbitrario o ilegítimo en los términos del art. 1 de la Ley 16.986-, que puede encausarse por la vía y ante los jueces correspondientes” (considerando IV).

El razonamiento y criterio aplicado por el Juzgado es similar a la posición que asumió la CSJN el 6 de marzo de 2014 cuando diversas organizaciones de derechos humanos le solicitaron que

convoque una audiencia pública para avanzar con el cumplimiento efectivo del fallo “F.A.L.” (sobre estándares y condiciones de acceso al aborto no punible). Esto es: como se trata de una sentencia meramente declarativa, su dictado agota el objeto del proceso y el órgano carece de competencia para considerar peticiones como la que rechazó el Juez en “CEPIS”. En aquella oportunidad la Corte sostuvo concretamente que “no hay caso judicial actual en trámite ante este estrado constitucional que permita abrir juicio sobre la índole y los alcances de las exhortaciones formuladas en la sentencia”.²¹

En otro orden, vale subrayar que en esta decisión el Juzgado aportó un argumento más para sostener la inaplicabilidad de las Resoluciones anuladas a todos los usuarios del servicio (residenciales y no residenciales) a pesar de la limitación del alcance del caso colectivo decidido por la CSJN al fallar sobre el fondo del asunto: “La sanción de nulidad en sede judicial, importa la ‘partida de defunción’ del acto, aún con efectos retroactivos a la entrada en vigencia del mismo. La declaración de nulidad vuelve las cosas al estado en que se encontraban antes de dictarse el decreto objetado -CSJN, Los Lagos S.A., 1941, JA, 75: 921, 926” (considerando IV). De este modo confirma la lectura que propusimos al analizar críticamente la sentencia de la CSJN: las Resoluciones no pueden estar vivas para algunos y muertas para otros.

X. CIERRE

La causa “CEPIS” ha demostrado con toda claridad el potencial que tienen los procesos colectivos representativos en términos de: (i) instrumento de acceso a la justicia; (ii) canal de participación ciudadana en el debate público; (iii) mecanismo de control de constitucionalidad y convencionalidad de la actividad administrativa y de las políticas públicas en general; (iv) medio de ahorro de recursos humanos y materiales del sistema de administración de justicia; y (v) forma de obtener soluciones igualitarias para grandes grupos de personas que se encuentran en una posición similar.

²¹ CSJN en expediente “Asociación por los Derechos Civiles (ADC) y otros s/ solicitan audiencia pública en los autos: F.A.L. s/ medida autosatisfactiva, expediente F-259/2010-REX” (A. 36. L. PVA06/03/2014), sentencia del 6 de marzo de 2014.

Este potencial, sin embargo, fue drásticamente limitado en el caso debido a dos tomas de posición de la CSJN. La primera de ellas es la que produjo el sorpresivo, ilógico e inconstitucional recorte del grupo afectado, a pesar de que todos los jueces del tribunal afirmaron en la propia decisión que la falta de celebración de audiencias públicas era un vicio procedimental que afectaba a todos los usuarios por igual. La segunda es la que dispuso no hacer pagar al ENA las costas del proceso, apartándose para ello del principio general en la materia sin motivar adecuadamente su decisión y a pesar de tratarse de un supuesto de nulidad manifiesta.