

Tema del mes

Audiencias Públicas para la fijación de tarifas: por qué y para qué

—Por Juan M. Carassale¹, con la colaboración de energyCONSILIUM

Los marcos regulatorios nacionales, tanto de energía eléctrica como de gas natural (Leyes [24.065](#) y [24.076](#)), ordenan la celebración de audiencias públicas en forma previa a la toma de ciertas decisiones relevantes para los servicios públicos respectivos, tales como la autorización para nuevas obras o ampliación de las existentes, la integración societaria de distintos distribuidores o transportistas, conveniencia y necesidad pública de nuevos servicios de distribución o transporte, cuestiones relativas a la defensa de la competencia en estos sectores y, por supuesto, la determinación de tarifas.

Refiriéndonos ya puntualmente al caso de audiencias públicas previa a la fijación de las tarifas, cabe preguntarse cuál es el alcance y finalidad que deben tener estas audiencias, teniendo en cuenta que buena parte de la decisión a tomar por las autoridades está reglada, ya que los mismos marcos regulatorios y su reglamentación así como los contratos de concesión y licencia de los servicios públicos en cuestión establecen pautas muy específicas con relación a los componentes y factores a considerar en el cálculo tarifario, el procedimiento de cálculo, los períodos de vigencia y las causas de revisión, entre otros aspectos.

Si las autoridades deben actuar en el marco reglado y no pueden apartarse de él, y el ámbito de discreción en esta materia es acotado, ¿cuál es la finalidad y el alcance de las audiencias públicas en las que se debaten cambios en las tarifas?

Una primera respuesta podría afirmar que las audiencias son meramente informativas, y su finalidad se limita a que los usuarios puedan conocer de antemano los cambios a establecerse en las tarifas y hacer sus previsiones en el presupuesto del hogar, de acuerdo con la exigencia de información adecuada y veraz en las relaciones de consumo, prevista en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

Pero esa respuesta no tiene en cuenta que el objeto de las audiencias públicas se vincula estrechamente con el **derecho a ser oído** (aunque, como veremos más adelante, no se agota en ello). El derecho a ser oído, a su vez, forma parte de las exigencias del **debido proceso**, es decir, de las vías institucionales que aseguran el derecho de defensa de los particulares frente a actos de gobierno que pueden afectar sus intereses. Se trata, por supuesto, de **ser oído antes de la decisión** y como parte del proceso de formación de esa decisión, lo que entonces significa que la finalidad informativa no agota el objeto de la audiencia, sino que éste comprende además la participación activa de los interesados manifestando su opinión y, eventualmente, sus objeciones al proyecto de decisión puesto en debate.

Esta raíz de las audiencias públicas en el terreno del derecho a ser oído es importante para descartar, no sólo la finalidad meramente informativa sino también, en el otro extremo, la posición de quienes reclaman un **efecto vinculante**. Los participantes deben ser oídos y eso implica que su posición debe ser expresamente considerada. Pero la decisión final corresponde a la autoridad legítimamente constituida. Además, debe señalarse que es propio de la naturaleza de las audiencias públicas, y en particular de las decisiones atinentes a la organización y regulación de un servicio público, que exista una amplia diversidad de intereses y expectativas, muchas veces contrapuestos. Ninguno de ellos podría arrogarse una condición de superioridad respecto de los otros, como para atribuírsele a éste el pretendido efecto vinculante. Tampoco sería válida la aplicación de un régimen de mayorías, ya que el esquema organizativo de las audiencias públicas no garantiza la representatividad de todos los interesados o potenciales afectados, por lo que la elección de la postura sostenida por la mayoría presente resultaría completamente ajena a la naturaleza de las audiencias públicas, tal como están concebidas en nuestro ordenamiento legal e institucional.

¹ Con contribuciones de Laura Miranda y Facundo Gladstein

A diferencia de ello, la autoridad a cargo de la decisión sujeta a discusión debe cumplir con su deber de arbitrar entre los distintos intereses de los miembros de la comunidad, reflejados o no en la audiencia pública, y adoptar la decisión que a su juicio mejor satisfaga el bien común, en el marco de la ley.

Así como en el caso de los actos de alcance individual se requiere oír al particular interesado, las decisiones de tipo normativas o de alcance general, como la definición de tarifas de un servicio público, exigen oír al público en general.

Sin embargo, se presenta la barrera de la complejidad técnica de la materia sujeta al análisis y observaciones de los afectados por la decisión. Las pautas regulatorias y contractuales a aplicarse obligatoriamente son de carácter eminentemente técnico. Allí se establecen los componentes de una remuneración que debe cubrir los costos del servicio cuyos parámetros de calidad –y por ende, directa o indirectamente, las inversiones y gastos operativos involucrados– están también definidos de antemano. Estos han sido calculados generalmente por expertos externos al ente regulador, y auditados y verificados por profesionales especializados del organismo. Una discusión pública en la que se desconozcan esas pautas y sus fundamentos teóricos, difícilmente pueda modificar el juicio de la autoridad regulatoria.

Resulta por ello válido plantearse si las audiencias pueden o no contribuir útilmente a una mejor decisión de parte de la autoridad, estando esta decisión tan condicionada por cuestiones técnicas y regladas, o si el aporte de los particulares asistentes a las audiencias estará limitado a marcar el grado de apoyo o rechazo social sobre decisiones sustancialmente predefinidas, más allá de que tampoco podrían ser tomadas como una suerte de encuesta, por lo señalado antes respecto de la ausencia de garantías de representatividad de todos los sectores potencialmente afectados.

Sobre este aspecto, debe subrayarse en primer lugar que muchas organizaciones no gubernamentales, cuentan con centros de investigación o colaboradores individuales especializados, con un nivel suficiente de conocimiento para dar discusiones serias en la materia. Pero, más allá de eso, no parece lógico pensar que la convocatoria general a este ámbito de expresión pública esté limitada a los expertos, sino que se busca conocer la opinión de los particulares afectados por decisiones relevantes sobre los servicios públicos que reciben o esperan recibir, tengan o no conocimientos técnicos específicos en la materia.

Es interesante analizar entonces cuál es el alcance útil y valioso de su participación en las audiencias, en qué aspectos pueden obtenerse aportes de los ciudadanos comunes que contribuyan a la mejor decisión en estas materias, de manera de evitar que este mecanismo de participación quede reducido a un mero ritualismo, un recaudo de procedimiento por el que hay que transitar para asegurar la **legalidad formal** de ciertas decisiones de gobierno en el cual muchos pueden manifestarse pero sin saber si alguien está realmente escuchando, lo que puede transformarse en una experiencia muy frustrante.

Esto último no apunta solo a los órganos estatales a cargo de la decisión ni depende únicamente de la buena fe de las autoridades al convocar a una audiencia pública, sino también, como plantearemos en los párrafos siguientes, del enfoque de los propios ciudadanos y del uso que hagan, especialmente las organizaciones y actores políticos y sociales, de estos espacios de participación ciudadana.

Gobierno abierto, participación ciudadana y audiencias públicas

Si bien la mirada tradicional vincula a las audiencias con los principios del debido proceso y el derecho de defensa, la razón de ser de las audiencias, como señalamos más arriba, no se agota en ello. La audiencia pública es considerada uno de los mecanismos más importantes de **participación ciudadana** en los actos de gobierno. Estos mecanismos tienden a complementar el sistema de democracia representativa con elementos de la llamada **democracia participativa**, que buscan suplir las deficiencias que el sistema representativo, enfocado en gran medida en la elección de los gobernantes, pueda presentar para asegurar luego, durante la gestión de éstos, que sus actos se ajusten a la expectativa de los gobernados. En los últimos años, estos instrumentos han sido encuadrados en el concepto de **gobierno abierto**.

Gobierno abierto es un concepto que busca modificar la relación entre gobernantes y gobernados y, por lo tanto, la forma de gobernar, tendiendo a un **modelo más colaborativo y multidireccional**, es decir, con contribuciones recíprocas entre unos y otros, de las que surge luego la toma de decisiones, que ya no tiene entonces cómo única fuente a la burocracia estatal.

La implementación de un esquema de gobierno abierto supone el compromiso de aumentar la disponibilidad de información sobre las actividades gubernamentales, aumentar el

acceso a las nuevas tecnologías para la apertura de la información y la rendición de cuentas, y apoyar la participación ciudadana, lo que supone establecer y usar mecanismos de intervención del público en la realización, seguimiento y evaluación de las actividades de gobierno. Estos son algunos de los compromisos propuestos por [Open Government Partnership](#), organización internacional a la que adhirió Argentina en el año 2012 (Figura 1).

Figura 1
Ecosistema de gobierno abierto



Fuente: CEPAL

Es importante recordar, además, que entre los 17 Objetivos de Desarrollo Sustentable definidos por la asamblea general de las Naciones Unidas en 2015 como parte de la Agenda de Desarrollo Sostenible 2030, se incluye como [Objetivo 16](#) el de “promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas”, cuyo alcance comprende metas específicas relacionadas con las ideas de participación ciudadana y gobierno abierto:

- “16.6. Crear a todos los niveles instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas”
- “16.7. Garantizar la adopción en todos los niveles de decisiones inclusivas, participativas y representativas que respondan a las necesidades”
- “16.10. Garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”.

En el ámbito de la energía, es indiscutible el vínculo entre las decisiones de gobierno y las condiciones de vida de las personas y comunidades, en particular, en la posibilidad de desarrollar sus capacidades y proyectos de vida a través del acceso a bienes que, en la actualidad, dependen del acceso a un abastecimiento seguro y sostenible a la energía, como la salud, la alimentación, la vinculación social, la educación, el trabajo, la cultura y el esparcimiento.

Los actos y omisiones de los gobiernos en materia de energía tienen impacto, directa o indirectamente, en la posibilidad de las personas de alcanzar esos bienes, por lo que su participación en los procesos de toma de decisiones es un recaudo necesario para que la sociedad pueda evaluar con claridad las consecuencias de esas decisiones (ya sean de acción u omisión) y contribuir con sus opiniones –fundadas y constructivas– a lograr el mejor resultado posible de la gestión de sus gobernantes.

Las audiencias públicas en la legislación argentina.

Aunque el procedimiento de audiencias públicas estaba presente ya en algunas regulaciones, como la de transporte aéreo de 1967 ([Código Aeronáutico, Ley 17.285](#)), el conocimiento masivo de este instrumento de participación ciudadana llegó a nuestro país de la mano de la privatización de los servicios públicos en los inicios de la década de 1990. La prestación de los servicios públicos de energía eléctrica y gas natural, como también los de agua potable y saneamiento y telecomunicaciones, entre otros, pasaron a manos privadas y el Estado asumió la regulación económica de estos servicios públicos, tarea que en teoría no depende del carácter privado o público del prestador, pero que en los hechos no tuvo en Argentina un verdadero desarrollo hasta el momento de las privatizaciones y por lo tanto resultaba para muchos una materia ajena y desconocida. Como parte de los esquemas regulatorios adoptados, llegaron también las audiencias públicas.

Como la mayoría de las novedades que trajo el esquema regulatorio del proceso de privatización, las audiencias públicas aparecieron en nuestra escena a partir de diversas fuentes del derecho anglosajón, y particularmente, de la experiencia norteamericana. En los Estados Unidos, los mecanismos de participación ciudadana en asuntos públicos y democratización de la información pública son de larga data, a partir de numerosas regulaciones estatales, algunas muy antiguas, como la ley de libre acceso a la documentación pública de Massachusetts, de 1851. En el orden federal norteamericano –si bien, como destaca [Estela Sacristán](#) en su estudio de derecho comparado, la participación ciudadana no es una exigencia constitucional– la [Administrative Procedure Law](#), de 1946, estableció la exigencia de participación ciudadana como requisito previo al dictado de reglamentos y actos de alcance general. Para ello estableció diversos procedimientos posibles, fundamentalmente el de *notice and comments*, escrito e informal, y el de *hearings*, audiencias previas de carácter público, oral, contradictorio y formal. El primero es de aplicación general, mientras que el segundo es aplicable cuando una ley específicamente lo ordena.

Estos instrumentos fueron adoptados más tarde con mayor o menor amplitud en diversos países, y mediante normas de diversa jerarquía, incluso de rango constitucional, como en España, donde la audiencia pública es exigida por la [Ley de Gobierno](#) (artículo 26) como parte del procedimiento de elaboración de normas cuando éstas puedan afectar derechos o intereses legítimos de los particulares, a partir de la previsión expresa de la [Constitución Española](#) (artículo 105).

En nuestro país, en materia de servicios públicos –como los de agua potable y saneamiento, transporte, servicios aeroportuarios y comunicaciones, entre otros– diversas leyes y normas de rango inferior, en algunos casos dictadas por los propios organismos reguladores, han contemplado el procedimiento de audiencia pública para decisiones relacionadas con tarifas, obras, conductas anticompetitivas, entre otras cuestiones.

Específicamente en sector de la energía, el marco regulatorio eléctrico aprobado por la [Ley 24.065](#) previó el llamado a audiencias públicas para las siguientes casos:

- El otorgamiento del certificado de conveniencia y necesidad pública por parte del Ente Nacional Regulador Eléctrico (ENRE), necesario para comenzar la construc-

ción y/u operación de instalaciones de la magnitud que precise la calificación del ente, o la extensión o ampliación de las existentes (art. 11).

- La resolución de reclamos de transportistas o distribuidores frente a obras de otros transportistas o distribuidores que interfieren con sus instalaciones (art. 13).
- La autorización del ENRE necesaria para la consolidación empresaria o fusión de dos o más transportistas, o dos o más distribuidores; o la adquisición por parte de un transportista o distribuidor de acciones en otra sociedad transportista o distribuidora (art. 32).
- La modificación de tarifas solicitada por transportistas y distribuidores (art. 46) y resultante de procedimientos iniciados por particulares o de oficio por el ENRE (art. 48).
- La resolución acerca de actos violatorios del marco regulatorio, o de las resoluciones del ENRE o los contratos de concesión por parte generadores, transportistas, distribuidores o usuarios (art. 73).
- La determinación sobre la conveniencia, necesidad y utilidad general de los servicios de transporte y distribución de electricidad (art. 74 inc. a, fundamentalmente dirigido a nuevos servicios o extensión de los existentes).
- La resolución acerca de conductas contrarias a los principios de libre competencia o el abuso de situaciones derivadas de un monopolio natural o de una posición dominante en el mercado (art. 74 inc. b).

Siguiendo el mismo esquema conceptual, la [Ley 24.076](#), marco regulatorio de los servicios de transporte y distribución de gas natural, dispuso la celebración de audiencias públicas para supuestos equivalente en ese sector:

- La construcción o ampliación de obras de magnitud (art. 16).
- La interferencia entre obras de distintas licenciatarias (art. 18).
- La determinación de nuevas tarifas a instancias de las licenciatarias (art. 46) o a instancias de particulares o bien de oficio por el propio Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) (art. 47).
- Los actos violatorios de la normativa (art. 67).
- La conveniencia de los servicios de distribución y transporte (art. 68 inc. a).
- Las conductas anticompetitivas (art. 68 inc. b).

A estos supuestos, equiparables a los previstos en la normativa eléctrica, el marco regulatorio del gas agrega la exigencia de audiencia pública para los siguientes casos:

- La evaluación a realizarse, previo a la finalización de una licencia o habilitación respecto de la prestación del servicio realizada por el licenciario, a los efectos de proponer al Poder Ejecutivo Nacional (PEN) la renovación de la habilitación por un período adicional de diez (10) años (art. 6).
- La resolución de diferendos que surjan cuando un usuario o cargador que requiera un servicio de suministro de gas de un distribuidor o acceso a la capacidad de transporte de un transportista o distribuidor, no llegue a un acuerdo sobre las condiciones del servicio requerido (art. 29).

Otras normas, de rango inferior a las mencionadas, complementan las exigencias de participación pública prevista en las leyes y ordenan la celebración de audiencias en otros supuestos específicos. Así, por ejemplo, en el sector eléctrico, el [Reglamento de Acceso a la Capacidad Existente y Ampliación del Sistema de Transporte](#), que forma parte de los procedimientos para la operación del Mercado Eléctrico Mayorista aprobados por la [Resolución 61/1992](#) de la Secretaría de Energía Eléctrica y sus numerosas normas modificatorias y complementarias, exige la celebración de audiencias públicas por parte del ENRE para el otorgamiento del acceso a la capacidad de transporte existente y para la autorización de obras de ampliación y la definición de diversos aspectos relacionados con el costo de las obras, la remuneración del transportista, etc. (arts. 5, 20 y concordantes).

En el sector de gas, el [Decreto 1738/1992](#), reglamentario del marco regulatorio, ordena, adicionalmente a lo exigido por la ley, que la sanción de normas generales sea precedida por la publicidad del proyecto o de sus pautas básicas y por la concesión de un plazo a los interesados para presentar observaciones por escrito, y establece que, excepcionalmente, podrá recurrirse al procedimiento de audiencia pública a este efecto cuando la repercusión pública del tema así lo justifique (reglamentación de los arts. 65 a 70, inc. 10).

Con relación al procedimiento específico para la convocatoria y el desarrollo de las audiencias públicas, los propios entes reguladores aprobaron oportunamente sus propios reglamentos, que luego del dictado del [Decreto 1172/2003](#) fueron modificados y adaptados a esta norma.

En efecto, mediante el Decreto 1172/2003 el Poder Ejecutivo Nacional (PEN) aprobó diversos reglamentos relativos a la participación pública en cuestiones de gobierno, aplicables al PEN y sus organismos centralizados y descentralizados, en particular: el reglamento general de audiencias públicas

(anexo I); el reglamento general para la publicidad de la gestión de intereses (Anexo III); el reglamento general para la elaboración participativa de normas (anexo V); el reglamento general del acceso a la información pública (anexo VII), más tarde sustituido por la Ley 27.275; y el reglamento general de reuniones abiertas de los entes reguladores de los servicios públicos (Anexo VIII).

Entre las pautas que surgen del reglamento de audiencias públicas aprobado por el Decreto 1172/2003, adoptadas en los reglamentos de los entes reguladores mencionados, se destacan:

- Se define a la audiencia pública como una instancia de participación en el proceso de toma de decisión, en la cual la autoridad responsable habilita a la ciudadanía un espacio institucional para que todo aquél que pueda verse afectado o tenga un interés particular o general, exprese su opinión. Se desprende de esto que, en términos jurídicos, no se requiere la posible afectación de un derecho subjetivo sino que basta con tener un mero interés simple, difuso o de incidencia colectiva.
- La finalidad de la audiencia es permitir y promover una efectiva participación ciudadana y confrontar de forma transparente y pública las distintas opiniones, propuestas, experiencias, conocimientos e informaciones existentes sobre las cuestiones puestas en consulta.
- El procedimiento de audiencia debe garantizar el respeto de los principios de igualdad, publicidad, oralidad, informalidad y gratuidad.
- Se aclara específicamente que las opiniones y propuestas vertidas por los participantes en la audiencia no tienen carácter vinculante.
- La audiencia puede realizarse por disposición de oficio del organismo competente o a solicitud de particulares interesados.
- Son requisitos para la participación:
 - a) inscripción previa en el registro habilitado a tal efecto;
 - b) presentación por escrito de un informe que refleje el contenido de la exposición a realizar. Puede acompañarse asimismo, toda otra documentación y/o propuestas relacionadas con el tema a tratar.
- Las audiencias pueden ser presenciadas por el público en general y por los medios de comunicación.
- La convocatoria debe publicarse con 20 días corridos de antelación.

- El registro para la inscripción de los participantes se habilita hasta 48 horas antes de la realización de la audiencia.
- Iniciado el acto, el presidente de la audiencia debe garantizar la intervención de todas las partes, así como la de los expertos convocados; y mantener su imparcialidad, absteniéndose de valorar las opiniones y propuestas presentadas por las partes;
- Los participantes tienen derecho a una intervención oral de por lo menos 5 minutos.
- Concluida la audiencia, debe realizarse, dentro los 10 días, un informe de cierre que contenga la descripción sumaria de las intervenciones e incidencias de la audiencia, sin realizar apreciaciones de valor sobre el contenido de las presentaciones, y deben efectuarse publicaciones brindando información sobre la audiencia realizada.
- La autoridad convocante, en un plazo de 30 días desde dicho informe final, debe dictar su resolución final, fundando y explicando de qué manera ha tomado en cuenta las opiniones de la ciudadanía y, en su caso, las razones por las cuales las rechaza.

Las audiencias públicas así reguladas se distinguen claramente del procedimiento de reuniones abiertas de los directorios de los entes reguladores, establecido por el mismo Decreto 1172/2003.

Aunque ambas se inscriben en el concepto de participación ciudadana y gobierno abierto, las reuniones abiertas de los entes, según lo indica el propio Anexo VIII del citado decreto, constituyen una instancia de participación que habilita a la ciudadanía a un espacio institucional para que **observe** el proceso de toma de decisiones. Su finalidad es permitir una efectiva participación ciudadana para juzgar adecuadamente los reales motivos por los que se adoptan las decisiones que afectan a los usuarios. Se trata entonces de posibilitar una presencia de tipo pasiva en las reuniones, limitada a la observación, es decir, sin intervenir en el debate ni a manifestar las propias opiniones.

Con respecto a las audiencias públicas, como se dijo arriba, a fin de adecuar sus procedimientos al Decreto 1172/2003, los entes reguladores modificaron su propio reglamento. Actualmente rige para las audiencias del ENRE el procedimiento establecido en su [Resolución 30/2004](#), y para el ENARGAS el procedimiento establecido por su [Resolución 4089/2016](#).

Alcance de la exigencia de convocar a audiencias públicas. Criterios jurisprudenciales

En cuanto al alcance de la exigencia de audiencias públicas previas, en particular, respecto a la modificación de las tarifas de los servicios de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural, se han presentado diversos casos en los que se plantearon dudas y aspectos sujetos a interpretación, y que dieron lugar a la intervención de los tribunales, incluso de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN), que fue adoptando criterios cambiantes en la materia.

En este punto es interesante destacar algunos fallos relativamente recientes de la CSJN en los que pueden observarse esos cambios de criterio incluso en un período de tiempo breve. Así, por ejemplo, en la causa “[Soldano](#)”, de 2014, en la que se cuestionaba la fijación de los denominados **cargos específicos** sobre las tarifas de gas natural, cuya recaudación estaba destinada a alimentar fondos fiduciarios creados para la construcción de ampliaciones del sistema de transporte de gas, sin audiencia pública previa. Respecto a la falta de convocatoria a una audiencia pública, la Corte señaló: “La ley 24.076 impone la obligación de realizar una audiencia pública cuando los transportistas, distribuidores y consumidores soliciten al ENARGAS las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación, que consideren necesarias (art. 46), y en los casos en que el ente considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias particulares, que existen motivos para considerar que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial (art. 47)”.

En función de ese razonamiento, en este caso en particular, la Corte sostuvo que “... no se configura nítidamente ninguna de las circunstancias reguladas en la ley 24.076 que requiera la obligatoriedad de la convocatoria a la audiencia pública. En efecto, esta última se encuentra prevista en la norma señalada para aquellos casos que, de algún modo, provocan una modificación en la remuneración de los concesionarios de los servicios; situación diferente al caso sub examine en el cual (...), los cargos específicos, aun cuando tienen naturaleza tarifaria, no remuneran a los transportistas y distribuidores sino que están destinados a obras de infraestructura no contempladas en los contratos respectivos (Cons. 6°); por lo que ... las resoluciones impugnadas, en cuanto definen los cargos específicos para solventar las obras de ampliación de la infraestructura energética, sin que

sea imperativo convocar a audiencia pública con anterioridad a su dictado, no pueden ser tildadas de arbitrarias...”.

Sin embargo, dos años después, en la causa “Cepis”, de 2016, la CSJN declaró parcialmente nulas las Resoluciones [28/2016](#) y [31/2016](#) del entonces Ministerio de Energía y Minería de la Nación, en lo relacionado a las tarifas aplicables a los usuarios residenciales, manteniendo fuera del pronunciamiento a las de los usuarios comerciales e industriales. Estas resoluciones habían fijado valores transitorios, tanto para el gas natural en el punto de ingreso al sistema de transporte, como para las tarifas de los servicios de transporte y distribución, en ambos casos, tendientes a reducir la carga de subsidios del Estado en el sostenimiento de esas actividades. Además se instruyó al ENARGAS realizar la largamente postergada Revisión Tarifaria Integral (RTI) de dichos servicios. Respecto de la participación de los usuarios, y más allá de la eximición de los requerimientos de los marcos regulatorios que había sido dispuesta por la [Ley 25.790](#), complementaria de la [Ley 25.561](#), en el contexto de la emergencia pública y la renegociación de los contratos de servicios públicos establecidas en esta última, aquellas resoluciones consideraron comprendido el incremento transitorio en las previsiones de los acuerdos de renegociación que habían sido precedidos de audiencias públicas, y adicionalmente contempló la celebración de nuevas audiencias públicas a cargo del ENARGAS en el marco de la RTI.

Pese a ello, la CSJN, además de objetar los incrementos tarifarios por no ajustarse, a su juicio, a criterios de previsibilidad y progresividad o gradualidad que entendían, debían aplicarse al momento de implementarse un cambio en la política tarifaria (que buscaba salir del sistema de subsidios generalizados aplicado hasta ese momento, para pasar a un sistema acorde con las reglas de los marcos regulatorios formalmente vigentes), el máximo tribunal consideró que no se había respetado el derecho de participación de los usuarios a través del procedimiento de audiencia pública. Entendió que la implementación de instancias públicas de participación ciudadana previas a la fijación de tarifas era una exigencia del art. 42 de la Constitución Nacional. Para esto, acudió a métodos interpretativos que han sido cuestionados por algunos doctrinarios. En este sentido, el constitucionalista Manuel García Mansilla señala que la interpretación de la Corte se fundó en “varias referencias a las supuestas ‘intenciones’ del constituyente para apoyar, en realidad, una lectura expansiva de ciertas partes del texto del art. 42 de la Constitución Nacional... Como contraparti-

da, esa misma interpretación (en realidad, ‘creación’ lisa y llana) reduce a su mínima expresión otras partes del mismo texto constitucional”².

Este pronunciamiento abarcó no solo la remuneración de los licenciarios del servicio de transporte y distribución, que había sido dispuesta por la Resolución 31/2016, sino también a los precios del gas natural a ser abonados a los productores del gas, que integran la tarifa de distribución pero son ajenos a la remuneración propia de los licenciarios de este servicio. De esta manera, el máximo tribunal, aun sin reconocerlo en la sentencia (sostuvo que se trataba de supuestos diferentes) y por ende sin explicar los motivos, abandonó el criterio anterior del fallo “Soldano”.

En el fallo “Cepis” la CSJN agregó como fundamento además, quizás frente a la falta de normas específicas que obligaran a realizar audiencias públicas en relación con los precios del gas natural a ser abonados a los productores, que si bien tales audiencias podrían no ser exigibles cuando tales precios son establecidos libremente por la oferta y la demanda, si lo eran mientras fuera el Estado quien los determinara. No se hizo mención ni consideración alguna en el planteo de este argumento, que carece de sustento en normas positivas, al hecho de que durante los 15 años anteriores a esta resolución todos los precios de gas habían sido fijados por el Estado sin ningún procedimiento previo de información o participación previa de los usuarios.

Llamativamente, a la par de la tacha de nulidad de la Resolución 28/2016 para los usuarios residenciales, la CSJN ordenó el mantenimiento del régimen de tarifa social, que era parte de una política de focalización de subsidios, tendiente, por un lado, a asegurar el acceso al servicio de los usuarios de menores recursos económicos y, por otro, a reducir el déficit fiscal generado por la política de subsidios generalizados vigente hasta ese momento. De modo que, en la práctica, el máximo tribunal ordenó al PEN superponer las dos políticas de subsidios, manteniendo los subsidios focalizados para los usuarios socio-económicamente vulnerables y los subsidios generalizados para todo el resto de la población conectada a las redes de distribución. Aunque esto no atañe estrictamente a la cuestión de las audiencias públicas, cabe mencionarlo también para observar el enfo-

² GARCÍA-MANSILLA, Manuel José: El fallo CEPIS: un ejemplo de populismo judicial, en Revista Argentina de Derecho de la Energía, los Hidrocarburos y la Minería (RADEHM), N° 12, 2017.

que general adoptado en la decisión y las distorsiones que puede provocar una mirada desentendida de algunos de los ángulos de una materia de gran complejidad, como lo es la organización del sistema de energía y de los servicios públicos.

Más tarde, en el fallo "[Usuarios y Consumidores Unidos](#)", de julio de 2020, la Corte reiteró la doctrina del fallo "Cepis" ante una cuestión sustancialmente análoga, declarando la nulidad de la [Resolución 226/2014](#) de la Secretaría de Energía que había fijado aumentos en los precios de gas a abonarse a los productores, incorporados a la tarifa de distribución, sin audiencia pública previa.

La CSJN volvió a fundar allí su decisión en el art. 42 de la Constitución Nacional. En particular, en el voto del juez Rosati se sostiene que "... el incumplimiento a la obligación de llamar a audiencia pública conforme lo exige el marco regulatorio previsto en la ley 24.076 (arts. 46, 47 y 68), en línea con el art. 42 de la Constitución Nacional, fulmina de nulidad a las normas que modifican el importe de la tarifa final que abonan los usuarios, independientemente de la denominación adoptada para los nuevos conceptos y aun cuando estos no produzcan pérdidas ni beneficios al distribuidor ni al transportista".

En el mismo sentido, aunque con relación al servicio de agua potable y saneamiento, un mes después, en agosto de 2020, la Corte confirmó en la causa "[Negrelli](#)" una sentencia de la corte provincial mediante la cual se declararon nulos los aumentos tarifarios que habían sido dispuestos en favor de la empresa estatal Aguas Bonaerenses S.A. (ABSA), con fundamento en que ese acto había sido dictado sin que se hubiese garantizado un mecanismo de información y participación de los usuarios previo a la toma de la decisión impugnada. Es interesante aquí remarcar el voto en disidencia de los jueces Highton y Rosenkrantz (quien no integraba todavía el tribunal al momento del fallo "Cepis").

En su voto en disidencia, Rosenkrantz y Highton señalan que: "La modificación en la forma de calcular la tarifa del servicio en cuestión fue acompañada con la introducción de diferentes formas de participación de los usuarios. El decreto 878/2003 trajo como innovación respecto del régimen anterior la inclusión de un representante de las asociaciones de consumidores en el directorio del órgano de control que debía intervenir en forma previa a cualquier cambio tarifario. El nuevo marco regulatorio no impuso en modo alguno la celebración de audiencias públicas como condición

previa de un cambio tarifario, como sí lo hacía la ley 11.820. La audiencia pública recién devino exigible como requisito procedimental para la modificación de la tarifa de ABSA luego de que el cuadro aquí cuestionado perdiera vigencia al ser sustituido por el decreto 1066/2014 (ver artículo 9 de la ley 14.745, sancionada en el año 2015, que modificó el texto del 88 del decreto 878/2003 estableciendo que '[e]n los casos de aumento de tarifa de servicios de agua potable y desagües cloacales, será obligatoria la convocatoria a Audiencia Pública'). La inclusión explícita de la necesidad de audiencia pública a partir de la vigencia de la ley 14.745 resulta reveladora de que hasta su dictado no era un requisito procedimental previsto por el derecho vigente para la modificación del cuadro tarifario de ABSA". En base a ello, los disidentes consideraron que al momento de fijar la tarifa no había una obligación legal de convocar a audiencia pública.

Por otra parte, respecto al planteo sobre el derecho constitucional de los usuarios del servicio que prestaba ABSA a que se les provea información adecuada y veraz, estos jueces señalan en disidencia que "en el precedente "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros" (Fallos: 339:1077) esta Corte ha destacado que el artículo 42 de la Constitución Nacional no impone necesariamente el procedimiento de audiencias públicas sino que ha dejado en manos del legislador la determinación de cuál es el mecanismo que mejor asegure dicha participación (considerando 18 del voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco; considerando 14 del juez Maqueda). Esta consideración resulta especialmente aplicable al ámbito de la Provincia de Buenos Aires teniendo en cuenta que la redacción del artículo 38 de la Constitución local es similar al de la Norma Nacional. En el caso, no se encuentra discutido que la fijación del cuadro tarifario contó con la intervención previa de OCABA, organismo que, como se vio más arriba, se encuentra integrado por un representante de los usuarios y tiene por atribución, justamente, verificar la procedencia de las revisiones tarifarias (artículos 81 y 88, inciso v, del Anexo del decreto 878/2003). Tampoco se discute que los cambios tarifarios fueron informados con posterioridad a través de una audiencia informativa convocada por el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires y de la publicación en diarios de circulación provincial (ver fs. 1027/1042). Sin embargo, los jueces del tribunal a quo que trataron puntualmente el tema se limitaron a afirmar dogmáticamente que las mencionadas medidas llevadas a cabo con motivo del aumento tarifario no bastaban para tener por cumplido el derecho constitucional de los usuarios a contar con información veraz y adecuada (voto del

juez Genoud seguido en este aspecto por los jueces de Lázari y Kogan; el juez Negri se limitó a citar las normas constitucionales mencionadas). Los jueces en cuestión no ofrecieron razón alguna que justificara dicha afirmación, omisión especialmente invalidante de lo decidido, dado que de autos surge la participación previa del OCABA tal como ella estaba prevista en el marco regulatorio vigente, en cuyo directorio, como se dijo, estaban representados los usuarios del servicio. El análisis sobre este punto resultaba conducente para la decisión de la controversia pues habría permitido determinar si en el caso se produjo una violación a los derechos consagrados en los artículos 38 de la Constitución local y 42 de la Constitución Nacional. Sobre todo, cuando esta última norma ha previsto explícitamente la participación de las asociaciones de usuarios, en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional”.

En base a ello, los jueces disidentes entendieron que no se vulneró en el caso el derecho a la información de los usuarios, es decir, que la falta de audiencia pública no necesariamente vulnera la Constitución, sino que puede haber otros mecanismos de información y participación que satisfagan esa exigencia.

Consideraciones finales. Hacia una interacción más valiosa entre gobernantes y gobernados

La experiencia de los últimos años en materia de tarifas de servicios públicos indica que la discusión pública, incluyendo la que pueda tener lugar en audiencias públicas u otros procedimientos de participación ciudadana, no ha rendido buenos frutos.

Las partes interesadas parecen arribar a ese debate con posiciones tomadas de manera inmodificable, que no admiten matices ni son compatibles con la escucha y consideración de otras opiniones. Así, las audiencias –lejos de conducir a un intercambio constructivo de ideas, a eso que los impulsores de un sistema de **gobierno abierto** llaman método multidireccional de formación de las decisiones– se transforman en escenarios de posicionamientos irreductibles, que no hacen más que reafirmar a cada uno en sus ideas previas y abominar las otras.

En esas condiciones, las audiencias públicas pierden buena parte de su razón de ser, y no hay muchas posibilidades de evitar así que terminen reduciéndose a un mero ritualismo formal, que se transita obligadamente con el fin de dar

cumplimiento a la legalidad formal del procedimiento y evitar nulidades en los tribunales.

Es posible que en gran medida influya el hecho de que la regulación de los servicios públicos y en especial la cuestión tarifaria en nuestro país se ha convertido en los últimos años, más que nunca, en un tema de alta sensibilidad social y que, especialmente en el ámbito político, divide aguas.

Algunos sectores transformaron una situación probablemente no deseada en su origen, como lo fue el espiral de subsidios a la energía generado a partir de años de congelamiento tarifario iniciado en 2002, en una supuesta conquista social y en una bandera política, pese a sus efectos macroeconómicos, fiscales y de inversión, y al serio impacto que ello tuvo en la confiabilidad y calidad del abastecimiento energético.

Los intentos de sincerar los costos de prestación de estos servicios fueron vistos o mostrados por esos sectores como un ataque a los derechos sociales y económicos de la población, aunque de lo contrario esos costos deban ser atendidos con fondos públicos –extremadamente escasos– aportados por esa misma población, y de una manera menos justa y eficiente. Fondos que podrían afectarse a otros fines prioritarios en lugar de destinarse a cubrir el consumo energético en forma indiscriminada, sin antes identificar cuáles usuarios están en condiciones de afrontar el costo de su consumo y quiénes realmente necesitan de la ayuda estatal para asegurarse el acceso al servicio. Y aun así, esperando igualmente que las empresas hagan la inversión necesaria para satisfacer a la demanda, sin considerar (o a veces negando) la necesidad de una remuneración que la haga posible. Y luego, ignorando las consecuencias inevitables de esas políticas, o bien minimizando su importancia o admitiéndolas implícitamente como tolerables en aras de un emblema partidario.

El camino hacia una interacción útil, eficaz y constructiva entre gobernantes y gobernados debería basarse en la información veraz, como lo indica –esto sí– el artículo 42 de la Constitución Nacional.

En ese sentido, todos los usuarios de energía (es decir, en definitiva, toda la población que dispone del servicio eléctrico o de gas) deberíamos tener un fácil acceso a la información adecuada y objetiva –lo cual es a la vez un derecho y un deber de los ciudadanos, si queremos encaminarnos a un sistema de gobierno abierto– sobre aquello que está detrás

de nuestro consumo de energía (infraestructura, recursos humanos, inversiones e innovación, entre otros) y aquello que es consecuencia de ese mismo consumo (impacto ambiental, impacto fiscal y balanza comercial, entre otras).

El acceso a la energía, tal como lo reconocen las Naciones Unidas y la Agencia Internacional de Energía, supone tres condiciones: la seguridad de abastecimiento, la asequibilidad para los usuarios y la sostenibilidad ambiental. Es llamativo que muchos organismos e instituciones de defensa del consumidor tengan una mirada exclusivamente puesta en la asequibilidad (considerada además como equivalente al mantenimiento de un sistema de subsidios generalizados), ignorando los perjuicios que a esos mismos usuarios –y especialmente a los más necesitados– les provoca el descuido de las condiciones que hacen a la confiabilidad y calidad de abastecimiento, y los efectos ambientales de la producción y consumo de energía en ese contexto, que generalmente inciden también más gravemente en los sectores económicamente más desventajados.

La **equidad en el acceso a la energía** y la cuestión de la **pobreza energética** son conceptos reconocidos ya en nuestro país y desarrollados ampliamente en otros países, especialmente en Europa. Como hemos señalado en el [Informe de Coyuntura Energética de Septiembre de 2020](#), la propia Unión Europea, en su [Directiva \(UE\) 2019/944 sobre la electricidad](#), a la vez que reconoce a la energía como bien esencial descarta y excluye, como mecanismo eficaz para asegurar el acceso a los usuarios vulnerables, a las fijación de tarifas artificialmente establecidas, y señala que éstas “constituyen básicamente una medida de falseamiento que a menudo conduce a la acumulación de déficits tarifarios, a la limitación de la elección del consumidor, a escasos incentivos para el ahorro energético y para inversiones en eficiencia energética, a menor calidad de servicio, a menores niveles de compromiso y satisfacción del consumidor, a la restricción de la competencia así como a productos y servicios menos innovadores en el mercado. Por consiguiente, los Estados miembros deben aplicar otros instrumentos políticos, en particular medidas de política social específicas, a fin de salvaguardar la asequibilidad del suministro de electricidad a sus ciudadanos.”

Ciertas acciones de gobierno e incluso ciertas leyes, como en su momento la ya mencionada Ley de Emergencia Pública 25.561, que ordenaba pesificar (en la práctica, congelar) las tarifas pero a la vez mantener en todo momento la calidad del servicio, o la más reciente [Ley 27.541](#), que declara

la emergencia tarifaria y ordena reducir el costo real de las tarifas para los usuarios sin antes hacer un mínimo análisis acerca del costo de las prestaciones e inversiones necesarios para un servicio con los niveles de calidad exigidos por los marcos regulatorios, contribuyen muy poco a formar conciencia en los usuarios sobre el verdadero esfuerzo que implica disponer de un abastecimiento seguro y sostenible de energía.

En definitiva, parece indispensable que los mecanismos de interacción entre gobiernos y particulares estén precedidos de información suficiente sobre:

- la seguridad del abastecimiento a corto, mediano y largo plazo, tanto respecto a confiabilidad y calidad del suministro como a universalidad del servicio (extensión de redes), y las inversiones que ello implica,
- qué impacto tiene la falta de inversión en la sostenibilidad ambiental del sistema de producción y consumo de energía, el cambio climático y los costos de la transición energética;
- qué impacto tiene en el desarrollo productivo y laboral del país la falta de una tarifa adecuada y el incremento de importaciones en lugar del incremento de la producción local;
- qué posibilidades de desarrollo industrial y, por lo tanto, de empleo, tiene el país sin un sistema de abastecimiento confiable del insumo energético;
- qué impacto tienen las tarifas en el consumo racional y en la posibilidad de financiar medidas de eficiencia energética, aspecto también relacionando a la sostenibilidad ambiental;
- cómo impacta la falta de energía segura y continua en la desigualdad social, agravando la falta de oportunidades de los sectores de menores recursos;
- qué impacto tiene el nivel tarifario en el equilibrio fiscal, qué acciones y obras de gobierno deben dejar de hacerse para que eventualmente el costo de la energía no sea afrontado por vía tarifaria;
- qué sectores de la población reciben la mayor cantidad de recursos estatales en un sistema de subsidios generalizados y en uno de subsidios focalizados en los más necesitados;
- qué impacto tiene el desequilibrio fiscal provocado por los subsidios energéticos en las condiciones económicas y sociales de nuestro país y como incide ello en nuestra calidad de vida individual y familiar.

Bien informadas y evaluadas estas distintas aristas, la participación ciudadana podría ser más rica como contribución a las decisiones de las autoridades, y permitiría distinguir más claramente si la sociedad valora a la energía como un recurso esencial para nuestra vida actual, individual y social, y para la de las generaciones que nos sucedan, o si, bajo el argumento de que se trata de un derecho esencial, ignora-

mos sus costos o dejamos de sostenerlos por los mecanismos efectivos y racionales utilizados en general en el resto del mundo (es decir, tarifas suficientes y ayuda estatal focalizada en las personas sin recursos para afrontarlas), afectando así la posibilidad real de satisfacer ese derecho, incluso a corto plazo. ■

^
VOLVER
AL INDICE