

DERECHOS en ACCIÓN • PRIMAVERA 2016

**Comentario al fallo de la CS en la causa “CEPIS”.
por Gustavo Arballo**

Veamos un rápido punteo, entonces, del voto mayoritario de “CEPIS”, no hay disidencias, solo luego verán pequeñas variaciones en sendos votos concurrentes de Maqueda y de Rosatti (por separado) que *con otros matices y fundamentos* sigue la línea del compacto dictamen de Procuración conocido ayer.

El CIJ hizo una nota de difusión extensa sobre el caso “CEPIS”, del cual partimos para hacer foco en lo que nos parece más destacable, en un fallo que adelantamos, que estará sin duda en el top five de la década no solo por impacto político sino también por agunas muy específicas precisiones técnicas.

1. Para la fijación de tarifas de gas, la audiencia pública previa es de cumplimiento obligatorio.
2. La Audiencia pública previa es necesaria también para la fijación del precio del gas en “boca de pozo”.
3. La ley de emergencia que otorga facultades temporarias no puede habilitar subas que serán permanentes. Y las audiencias del 2005 no sirven para justificar el aumento de 2016.
4. El aumento se anula respecto de los usuarios residenciales.
5. El aumento no se anula para los usuarios no residenciales... que podrán hacer igualmente su reclamo.
6. Se mantiene la tarifa social.
7. Acción de clase, su hora más gloriosa
8. Defensor del Pueblo: a cubrir la vacante.
9. Tarifas: de judicialización contingente y subsidiaria, su fijación es potestad del Ejecutivo (sujeta a controles).
10. Criterios aplicables a reajustes de tarifas: razonabilidad, gradualidad y universalidad del servicio básico.

El tono de nuestro post será más bien de reporte, recomendamos leer lo que dice Gargarella con algunos acuerdos y algunos problemas.

Vamos por partes.

1. Para la fijación de tarifas de gas, la audiencia pública previa es de cumplimiento obligatorio.

Esta es la premisa mayor que deriva en la anulación. La Corte aclara que el procedimiento que contempla participación de usuarios en audiencias previas a la redeterminación de tarifas es un derecho **operativo**, no programático (cons. 16), no equiparable a una notificación o explicación informada de una decisión ya tomada.

El sustancioso considerando 18 ahonda en esto, habla de democracia deliberativa (inauguración del término en la Corte) y cita a Rawls.

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.

Ello es consistente con la noción de democracia deliberativa, porque los términos de la cooperación que propone son concebidos como razones que los ciudadanos o sus representantes responsables se dan recíprocamente en un continuado proceso de justificación mutua. En este sentido, el debate público mejora la legitimidad de las decisiones al requerir criterios comprensivos de las distintas posiciones para arribar a un consenso entrecruzado, que si bien no conducirá a lo que cada uno desea individualmente permitirá en cambio lo que todos deseamos, es decir, vivir en una sociedad ordenada sobre la base de un criterio más

realista de justicia. (Rawls, John, Justice as Fairness. A restatement, Harvard, Harvard University Press, 2001)

2. La Audiencia pública previa es necesaria también para la fijación del precio del gas en “boca de pozo” (por ahora).

La gran apuesta por el fallo salomónico (Ventura lo daba por hecho en nota de hoy en La Nación) era que la Corte iba a entender que para el componente más significativo de la tarifa, el precio de generación “en boca de pozo” o PIST, no se requería audiencia previa pues no era un punto de “servicio público”. Esto es cierto, pero la Corte levanta el capot de la formalidad y toma nota de que en verdad desde hace años es un precio regulado y como tal debe asimilarse a la lógica de que el precio regulado se debe cambiar por audiencia, “En las condiciones descriptas, parece razonable entender que, hasta el momento en que efectivamente el precio del gas en el PIST se determine sobre la base de la libre interacción de la oferta y la demanda, su análisis se efectúe conjuntamente con la revisión de tarifas para la cual es necesaria, como ya se dijo, la celebración de una audiencia pública” (cons. 20).

3. La ley de emergencia que otorga facultades temporarias no puede habilitar subas que serán permanentes. Y las audiencias del 2005 no sirven para justificar el aumento de 2016.

En el considerando 21 la Corte se desmarca de estos dos temas. Veamos el primer argumento: el gobierno alegaba que la vieja ley de emergencia 25790 de 2003, prorrogada el año pasado y todavía vigente, le permite al Ejecutivo fijar tarifas sin estar limitado o condicionado por las disposiciones de los marcos regulatorios. Al respecto la Corte razona que “cuando el Estado Nacional pretende justificar su accionar en que se trata de un régimen transitorio, no es posible soslayar que si bien la expresión remite semánticamente a un aspecto temporal del nuevo

régimen tarifario, el incremento para el usuario implica un aumento sustancial de su factura y, en caso de no poder afrontarlo, podría ser privado del goce del servicio. En tales condiciones, resulta intrascendente que se trate o no de un régimen definitivo o integral”.

El otro argumento era bastante extraño y cae por su propio peso: “respecto de la audiencia pública invocada por el poder administrador -que data del año 2005-, no es legítimo señalar que sea “adecuado a los fines informativos de los usuarios en las actuales circunstancias”.

3 bis. Ni tampoco “Domingo Soldano”

En ciertas notas de la previa del show circuló como vinculante el fallo “Domingo Soldano” de 2014 donde la Corte autorizó el aumento de tarifas sin audiencia pública. Nosotros éramos escépticos al respecto. La verdad es que hay algo muy parecido pero no igual: allí se autorizó la imposición de “cargos tarifarios”, es decir, dinero que va al Estado para obras de ampliación de infraestructura, y no dinero que va al concesionario o generador. Esta diferencia, sutil pero perceptible, le permite a la Corte desmarcarse del precedente.

4. El aumento se anula respecto de los usuarios residenciales.

Por aquí vino el surco de hipotenusa moncloa. Incluso hay visiones optimistas en el gobierno, que toman nota de que el freno de las subas se aplicaría sobre el 30% del consumo de los usuarios, de modo que el fallo no afectaría al 70 % restante.

La razón por la que el fallo hace este “recorte” tiene que ver con el envase procesal de “acción colectiva”. Recordemos que la acción colectiva, invento procesal de la Corte en el caso “Halabi” de 2009, requiere que quienes litigan tengan intereses homogéneos. La Corte revisa el fallo de La Plata y, entre otros tecnicismos procesales, dice que (cons 12-13) es claro que los “usuarios residenciales” verían comprometido su acceso a la justicia de no hacer

procedente el litigio colectivo, cosa que entiende que no sucede con los “no residenciales”.

5. El aumento no se anula para los usuarios no residenciales... que podrán hacer igualmente su reclamo.

Como dijimos, la razón no es estrictamente conceptual, sino procesal. La Corte no cree que otros subgrupos o categorías de consumidores (y el espectro es grande: clubes, pymes, fábricas, universidades, etc.) pueda equipararse con carácter homogéneo a los residenciales que entraron en esta acción, la de CEPIS. Se ha discutido si esto significa que nunca puede entrar por el formato de acción colectiva, y hay razón para sospecharlo porque el fallo habla de que para eso se necesita tener cierto obstáculo al “acceso a la justicia”, dado en la dificultad de ejercer la acción en forma individual.

Mi sensación es que a pesar de que la Corte “tira el achique” para evitar que proliferen acciones que sean un rejunte promiscuo de actores, siempre que haya causa común todo grupo que demuestre numerosidad y analogía es una clase plausible. Así las cosas, veremos florecer amparos de grupos, clases y miniclases, y, finalmente, la opción de litigar en modo cuentapropista.

Por cualquier vía, y a pesar de que por ahora se quedaron afuera de la foto, con los materiales que trae el fallo los dados están cargados para que estas acciones prosperen.

6. Se mantiene la tarifa social.

Esto implica que no hay anulación in totum, y es otro “re-corte” que hace la sentencia, porque sobrevive a la anulación la tarifa social si resulta en un importe menor que el tarifario previo sin ella. Dice el considerando 23: “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”.

7. Acción de clase, su hora más gloriosa

Lo habíamos anticipado al especular sobre lo que podría hacerse: la Corte avala el formato colectivo o “de clase” que adoptó la Cámara de La Plata, y pone en valor y en acto su invención -en verdad, importación de la *class action* de EEUU- más rutilante. Y, hay que decirlo, de bordes y logísticas difusas, a falta de regulación legal.

En todo caso, la Corte aprovecha para reclamar a los tribunales que generaron el puzzle de causas “el riguroso cumplimiento” de la acordada 32/2014 que hizo para reglamentar procesos colectivos (hay un Registro en que debe inscribirse cada causa toda vez que se inicia un proceso colectivo, para que no haya redundancia con trámite paralelo y potencialmente contradictorio, como sucedió en esta saga del tarifazo).

Urge, por cierto, reglamentar legislativamente este tema, sobre el cual hay varios proyectos en danza.

8. Defensor del Pueblo: a cubrir la vacante.

Como un subitem del decisorio que tiene que ver con el template colectivo, la Corte pone en conocimiento del Congreso de la Nación la necesidad de dar cobertura al cargo de Defensor del Pueblo de la Nación. El tema justamente hoy tuvo un fallo favorable (ver acá) de la Cámara Contencioso Administrativo Federal en un amparo que inició la Asociación por los Derechos Civiles (nos enteramos de esto via @blogdelderecho).

El tema de viene de larga data: desde el egreso de Mondino en 2009 el Ejecutivo no envió nunca una propuesta para encabe-

zar este órgano de la Constitución modelo 94 (dura cinco años reelegibles por un período y su nombramiento requiere mayoría agravada: aprobación de 2/3 de presentes en ambas cámaras).

9. Tarifas: de judicialización contingente y subsidiaria, su fijación es potestad del Ejecutivo (sujeta a controles).

Hay un deslinde de competencias que pone en claro en que cada cual atiende su juego en la división de poderes: la Corte lo va enumerando con carácter de exclusividad (no hay “concurrentia”) y dice que le atañe al Congreso “la adopción de las pautas propias de la política tributaria federal”; reconoce que es el Ejecutivo quien está facultado para “la implementación de la política energética, que abarca la fijación de las tarifas del servicio público”; advierte que a la rama judicial le incumbe “el control de la razonabilidad de tales decisiones y su conformidad con los derechos fundamentales” (Cons. 26).

10. Criterios aplicables a reajustes de tarifas: razonabilidad, gradualidad y universalidad del servicio básico.

Precisamente a propósito de eso la Corte aprovecha la recta final del voto (Cons. 30 y ss.) para “fijar 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” (el subrayado es nuestro: recitar frente al espejo con el dedo índice levantado para captar el tono implícito).

Reconoce que hay retraso y dice que eso obliga al Estado a tener una especial prudencia y rigor a la hora de la determinación de las tarifas y de su transparencia. Y sienta en el cons. 32 un criterio explícitamente enunciado para trascender el caso. Subrayamos: “todo reajuste tarifario, con más razón frente a un retraso como el que nos ocupa, debe incorporar como condición de validez jurídica -conforme con la previsión constitucional que consagra el derecho de los usuarios a la protección de sus “intereses

económicosu (art. 42 de la Constitución Nacional)- el criterio de gradualidad, expresión concreta del *principio de razonabilidad* (...) En efecto, la aplicación de dicho criterio permitiría la recuperación del retraso invocado y, a la vez, favorecería la previsión de los usuarios dentro de la programación económica individual o familiar”

Y avanzando en paralelo con esto, dirá que el Estado debe velar por la “continuidad, universalidad y accesibilidad de los servicios públicos”. Los servicios tienen que ser accesibles, en efecto, “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 ingresos del grupo familiar” (Cons. 33).

El razonamiento se expande luego invocando la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de Naciones Unidas sobre “El derecho a una vivienda adecuada” que en su punto 8.c. dice que los “gastos personales o del hogar que entraña la vivienda deberían ser de un nivel que no impidiera ni comprometiera el logro y la satisfacción’ de otras necesidades básicas” propiciando que los Estados adopten “medidas para garantizar que el porcentaje de los gastos de la vivienda sean, en general, conmensurados con los niveles de ingreso”.

Y remata con una canción conocida: “el hombre no debe ser objeto de mercado alguno, sino señor de todos éstos, los cuales sólo encuentran sentido y validez si tributan a la realización de los derechos de aquél y del bien común”. La frase es de la propia Corte, en “Vizzotti”, de 2004 (el caso que declaró la inconstitucionalidad de topes indemnizatorios por despido). **Corolario:** no basta(rá) sólo con hacer audiencias y aplicar aumentos, porque el Poder Judicial puede hacer este control de segunda generación, anclado en la razonabilidad y el paradigma del acceso.