

Procedimiento administrativo

A 20 años de la reforma constitucional

Jornadas organizadas
por la Universidad Austral
Facultad de Derecho

Autores

ALBERTSEN • ARIAS • BIANCHI • BIBILONI • BUTELER
CANOSA • CAPUTI • G. COMADIRA • J. P. COMADIRA • COVIELLO
GALLEGOS FEDRIANI • GARCÍA PULLÉS • GONZÁLEZ MORAS • GORDILLO
GUSMAN • HERRERA DE VILLAVICENCIO • IVANEGA • JUSTO
LISA • MASSIMINO • MATA • MUÑOZ (H.) • PÉREZ HUALDÉ
PERRINO • PETRELLA • POZO GOWLAND • REITMAN FARAH
SACRISTÁN • SÁNCHEZ • SAPPÀ • VILLARRUEL



BUENOS AIRES - BOGOTÁ

2015

PARTICIPACIÓN EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS

ESTELA B. SACRISTÁN

1. *PLANTEO*

Inicio esta líneas con un sentido agradecimiento, hacia las autoridades de estas jornadas, en especial hacia los coordinadores generales de las mismas, doctores Miriam M. Ivanega y Julio Pablo Comadira, por haberme honrado invitándome a aquéllas. También aprovecho esta oportunidad para felicitarlos y expresar mi admiración por el renovado brío con que, año tras año, y con todo rigor, organizan estas jornadas, inspiradas en el ideario del querido profesor Julio Rodolfo Comadira, siempre presente.

El tema de exposición es el de las audiencias públicas como forma de participación en el procedimiento administrativo. Cuestión por demás relevante, en especial si se consideran los actos de alcance general, emanados de los órganos y entes de la Administración, que son proyectados, elaborados y generados en el marco de alguna clase de procedimiento que, por transcurrir en sede administrativo, será de tipo administrativo.

Ahora, pensemos que, si bien elegimos a diputados y senadores y al titular del Poder Ejecutivo, no elegimos a quienes se hallan al frente de los órganos y entes administrativos en los que se gestan los actos de alcance general que no son leyes ni decretos; razón por la cual la participación parecería institucionalmente saludable, y parecería mucho más saludable si se tienen en cuenta los actos de alcance general, es decir, aquellos que, potencialmente, tienen habilidad para afectar a muchas personas físicas o jurídicas.

Podemos, entonces, tomar, como primer presupuesto de estas reflexiones, el postulado que propicia que las audiencias públicas permitan el dictado de actos de alcance general, emanados de órganos y entes de la administración, dotados de cierta legitimidad democrática, para compensar la ausencia de legitimidad democrática –máxima– que sí poseen quienes nos representan en el Congreso o al frente del Poder Ejecutivo.

El segundo presupuesto es casi formal: si se considera que la participación es el género, y que la audiencia pública es una forma de participación, ésta vendrá a quedar comprendida en aquella como especie, al igual que las encuestas, formularios de opinión, etc. Y si la participación se efectúa en sede administrativa, integrará un procedimiento administrativo.

En esta escena, puede plantearse, como hipótesis, si, en Argentina, con la reforma constitucional de 1994, y después de ella, las audiencias públicas, efectivamente, dieron o facilitaron o aseguraron una mayor participación, optimizando, si se quiere, el procedimiento administrativo previo a la emisión de medidas de alcance general o medidas de potencial amplio espectro, tornándolo éticamente aceptable. No olvidemos que una medida, general, dictada con posibilidad de participación previa, siempre quedará revestida de mayor legitimidad democrática que en el supuesto de que esa posibilidad haya estado ausente. Además, dar lugar a esa participación implicaría reconocer dignidad en los participantes. Y, como señaláramos en otro lugar¹, con sentido práctico, aquella mayor legitimidad democrática puede tener, como efecto, “blindar” a la medida general, acotándose o restringiéndose el margen para la revisión judicial.

Avanzar en el estudio de la hipótesis expuesta depara repasar la participación en general, en ocasión de la reforma constitucional de 1994 y los propósitos que la inspiraran; repasar los objetivos y resultados del modelo empleado, es decir, el estadounidense, que ha sido tan exitoso que el procedimiento participativo administrativo ha sido exportado a otros ordenamientos, pero que todavía no se ha

¹ Puede verse Sacristán, Estela B., *La Administración legisladora (y dos salubres recaudos)*, en Cassagne, Juan C. (dir.), “Derecho procesal administrativo. Homenaje a Jesús González Pérez”, t. I, Bs. As., Hammurabi, 2004, p. 391 y 437.

erigido en principio general, y por último, indagar en la experiencia argentina en la materia, lo cual se hará por medio del estudio de casos; para, finalmente, arribar a las conclusiones pertinentes. Veamos:

2. LA INTENCIÓN DEL CONSTITUYENTE DE 1994

La evidencia emergente de los resultados textuales de la reforma de 1994, plasmados en el texto constitucional, muestra que fue intención del constituyente lograr una mayor participación. Así, pareció reflejarse la esperanza o expectativa de todos, en especial –entendiendo– ante el regreso de la democracia que se había operado en 1983. Parecía un paso posterior necesario en el plano institucional.

a) *La mayor participación perseguida.* En apretada síntesis, se plasmó, en la Constitución de 1994: la iniciativa popular (art. 39); la consulta popular (art. 40); la participación de asociaciones de usuarios y consumidores y de las provincias interesadas en los llamados “organismos de control” (art. 42); la posibilidad de que se bajara la base a efectos de que haya un diputado (art. 45); el tercer senador (art. 54); las sesiones parlamentarias de marzo a noviembre con posibilidad de sesiones extraordinarias o prórroga (art. 63); la participación de los pueblos indígenas en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que los afecten, con posible concurrencia de las provincias (art. 75, inc. 17); la participación de la familia y de la sociedad asegurada en las leyes de organización y de base de la educación (art. 75, inc. 19); la elección directa del Presidente de la Nación (art. 94); la sesión pública para el nombramiento de jueces de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de los jueces federales inferiores (art. 99, inc. 4); la participación del Jefe de Gabinete en los debates parlamentarios (art. 100, inc. 9); el dictado del reglamento interior por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (art. 113) que permite, entre otras, las audiencias públicas ante dicho tribunal; las audiencias públicas del Consejo de la Magistratura de la Nación (art. 114); la participación en la elaboración del estatuto organizativo de la ciudad de Buenos Aires (art. 129).

b) *El modelo posiblemente adoptado.* Esta tendencia parecía, con sus matices, hacerse eco de los procedimientos de ampliación

de la participación tradicionales en el país cuya Constitución fue una de las fuentes de la nuestra, a saber, Estados Unidos, según enseña Vanossi, a partir de la obra de Gorostiaga².

Ordenamiento estadounidense que, curiosamente, no prevé, en su Constitución, las audiencias públicas o, en general, la participación ciudadana en la toma de decisión administrativa de alcance general.

Así lo afirmó la Corte Suprema estadounidense en un fallo de 1915³: “Cuando una norma de conducta se aplica a más de una pocas personas, es impracticable que todas ellas tengan una voz directa en su adopción... La Constitución no exige que todos los actos públicos se dicten previa... asamblea pública⁴. Se sancionan leyes en general que, dentro de los poderes que poseen los estados, afectan a las personas o a su propiedad, a veces llevándolas casi a la ruina, sin que se les dé una oportunidad de ser oídos. Se protegen los derechos a través de la única forma en que se los puede proteger dentro de una sociedad compleja, por medio de su poder, inmediato o remoto, sobre aquellos que hacen las leyes”.

Por cierto, el rango no constitucional no impidió que las audiencias públicas y, en general, la participación ciudadana en la toma de decisión administrativa, especialmente en la elaboración de acto de alcance general, florecieran en el plano infra constitucional o formalmente legislativo.

² Conf. Vanossi, Jorge R., *La influencia de José Benjamín Gorostiaga en la Constitución argentina y en su jurisprudencia*, Bs. As., Pannedile, 1970.

Puede ampliarse en Bianchi, Alberto B., *Discurso de incorporación a la Academia Nacional de Ciencias*, p. 7 y ss., en [www.ciencias.org.ar/user/Alberto%20Bianchi%20-%20Discurso%20de%20incorporación%20a%20la%20Academia%20Nacional%20de%20Cienciasde%20Buenos%20Aires%20\(versión%20final\).pdf](http://www.ciencias.org.ar/user/Alberto%20Bianchi%20-%20Discurso%20de%20incorporación%20a%20la%20Academia%20Nacional%20de%20Cienciasde%20Buenos%20Aires%20(versión%20final).pdf).

³ “Bi-Metallic Investment Co. c/State Board of Equalization”, 239 US 441, esp. p. 445, 1915. Se trataba de un caso en el que se cuestionaba la validez de la decisión, emanada de determinados organismos administrativos del Estado de Colorado, de elevar en un 40% el valor de la propiedad a los efectos tributarios sin haberse dado participación de ninguna índole a los afectados. La opinión fue redactada por el *justice* Holmes.

⁴ Se sigue la traducción de Lavilla Rubira, Juan J., *La participación pública en el procedimiento de elaboración de los reglamentos en los Estados Unidos de América*, Madrid, Civitas, 1991, p. 115.

3. LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS EN EL DERECHO ESTADOUNIDENSE, Y SU PROYECCIÓN

Se ha explayado la doctrina –en especial Mairal y Tawil⁵– con todo rigor acerca de las particularidades de las audiencias públicas en el marco de la ley norteamericana de procedimiento administrativo o APA (por su título en inglés, *Administrative Procedure Act*), que es una ley del orden federal y que convive con las leyes de procedimiento administrativo estatales.

a) *La APA*. Se distingue –bajo la ley de procedimiento administrativo del orden federal, y por expresarlo en forma sintética– un procedimiento previo a la elaboración de *rules* de tipo informal –el más frecuente– o de tipo formal. Así, hay un *rulemaking* informal, y un *rulemaking* formal.

La APA exige, para el procedimiento informal, una concreta serie de recaudos: publicación del “aviso de propuesta de regla a elaborar” (“*notice of proposed rulemaking*” o NPRM) en el *Federal Register* o boletín oficial del orden federal; oportunidad para la participación pública por medio de la remisión de comentarios escritos; consideración, por la agencia, de los comentarios del público y de otros materiales relevantes, y la publicación de la regla final al menos 30 días antes de su efectiva entrada en vigencia, junto con una declaración explicando la finalidad de la regla. Huelga decir que la recepción de comentarios escritos, en el procedimiento informal, es reemplazada hoy por la recepción de comentarios con todo el soporte de Internet⁶. Ya nos hemos referido a ellos en otros lugar, por lo que allí remitimos⁷.

⁵ Mairal, Héctor A., *Control judicial de la Administración pública*, t. I, Bs. As., Depalma, 1984, p. 38 y 39; Tawil, Guido S., *Administración y justicia: alcance del control judicial de la actividad administrativa*, t. I, Bs. As., Depalma, 1993, p. 195 a 208.

⁶ Ver www.rulemaking.gov.

⁷ Nos permitimos remitir a Sacristán, Estela B., *Las audiencias públicas en el derecho comparado (con especial referencia a los sistemas anglosajones)*, “ReDA” 81, may-jun. 2012, p. 673 a 686; *Cuestiones de revisión judicial en los actos de alcance general: emitidos con previa participación*, en Cassagne, Juan C. (dir.), “Cuestiones del contencioso administrativo”, Bs. As., LexisNexis, 2007, p. 117 a 140; *El reglamento general de audiencias públicas para el Poder Ejecutivo nacional*, en AA.VV., “Cuestio-

A efectos del presente, nos permitimos apuntar que el procedimiento formal, en cambio, semeja un procedimiento cuasijudicial, llevado a cabo en sede administrativa, ante el ente independiente, con audiencias públicas previas; y es el habitual en materia de tarifas de servicios que, entre nosotros, serían servicios públicos⁸. Ello tiene su lógica pues, si la nueva tarifa afectará a muchos, se deriva, lógicamente, la necesidad de dotar de legitimidad democrática a la decisión, rodeándola de toda la participación que sea necesaria: por ejemplo, mediante audiencias públicas, y, dada la complejidad y carácter técnico de la materia (donde puede no bastar la opinión popular en audiencia pública), mediante un procedimiento previo formal, adversarial, en el que las partes tengan plena oportunidad de producir prueba y alegar sobre ella, con casi los mismos recaudos que en sede judicial.

Se colige, de lo dicho, que las audiencias públicas, bajo la APA, se corresponden con procedimientos administrativos formales de elaboración de normas, y conviven con otras formas de participación, más ágiles, propias del procedimiento informal. La regla, en materia de procedimiento formal (y sus audiencias públicas, en su marco contencioso o similar a un juicio), es que una ley lo requiera específicamente⁹; así, por ejemplo, en materia tarifaria o de tarifas¹⁰.

El fundamento de esta participación, tanto en el renglón informal como en el formal, no es constitucional, como ya lo adelantáramos en la sección precedente, con cita de “Bi-Metallic”. El fundamento, en rigor, parecería ser de corte institucional, republicano: se trata de dotar de legitimidad democrática a una decisión que, caso

nes de procedimiento administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral”, Facultad de Derecho, Bs. As., RAP, 2006, p. 229 a 264; *Participación previa y revisión judicial en los actos de alcance general*, JA, 2005-I-1268 a 1280; *Audiencia pública y otros procedimientos consultivos en el dictado de actos administrativos de alcance general (nulidades por su omisión)*, “ReDA”, 30/32, ene.-dic. 1999, p. 169 a 193.

⁸ Así lo explicamos en Sacristán, Estela B., *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Bs. As., Ábaco, 2007, p. 267 a 269.

⁹ Sacristán, *Régimen*, p. 267 a 269. En igual sentido, Lubbers, Jeffrey, *A guide to Federal Agency rulemaking*, 4ª ed., Chicago, ABA, 2006, p. 58, con cita de la APA, § 553(c).

¹⁰ Sacristán, *Régimen*, p. 267 y 268. En igual sentido, Lubbers, *A guide*, p. 6, donde menciona el *ratemaking* y los procedimientos sobre aditivos en los alimentos como *rulemaking* de tipo formal.

contrario, sería puro arbitrio del funcionario o de los funcionarios no elegidos democráticamente, no votados. Recordemos que este fundamento del *déficit democrático* fue identificado por John Hart Ely en *Democracy and Distrust*, y posee entidad para ser aplicable al procedimiento de generación de actos de alcance general aplicable a todo órgano o ente con habilidad para emitir actos de esa clase, órgano o ente al frente del cual se hallen funcionarios no votados popularmente.

b) *Exportación del “rulemaking” previsto en la APA.* ¿Fue exportado este modelo? En Reino Unido, las leyes pueden establecer una modalidad participativa, en forma mandatoria o discrecional, y a ello ya nos hemos referido en otro lugar¹¹. Ello da lugar a audiencias públicas mandatorias y audiencias públicas meramente potestativas a llevarse a cabo en sede administrativa. En Alemania, la doctrina de la delegación legislativa y la llamada “teoría de los esenciales”, es decir, la que veda la alteración de ciertos contenidos mínimos de los derechos, desplaza toda posibilidad de *input* popular en las decisiones de alcance general emanadas de los órganos y entes de la Administración¹², con una única excepción: las medidas de alcance general en materia de planeamiento urbano¹³. En Francia gozan de un procedimiento participativo previo a las medidas generales en materia medioambiental¹⁴; sin andamiaje constitucional; pero puede decirse que el *rulemaking*, en Francia, no ha podido echar

¹¹ Sacristán, Estela B., *Participación ciudadana previa a la toma de decisión administrativa: Acerca de algunos de sus fundamentos en el derecho inglés*, LL, 1999-B-480 a 487.

¹² Pünder, Hermann, *Jean Monnet Working Paper 26/13*, en “German Administrative Procedure in a Comparative Perspective - Observations on the Path to a Transnational ‘Ius Commune Proceduralis’ in Administrative Law”, New York, NYU School of Law, p. 8, en www.jeanmonnetprogram.org/papers/13/documents/Punder.pdf, donde expresa: “German law –as a general rule– does not require public participation in the procedure of making sub-legislative rules (‘Rechtsverordnungen’)”.

¹³ *Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)*, 25 de mayo, 1976; texto promulgado el 23 de enero de 2003, reformada por el art. 1, de la cuarta ley de reforma de derecho administrativo (*Viertes Gesetz zur Änderung verwaltungsverfahrenrechtlicher Vorschriften* –4. VwVfÄndG–) de 11 diciembre de 2008, arts. 72 a 78, esp. art. 72(2).

¹⁴ Ver Bretonneau, Aurélie, *Public participation in french environmental policy-making process: change and continuity*, www.law.yale.edu/documents/pdf/conference/compadmin14_brettonneau.pdf.

raíces, y tal vez esto se origine en las profundas diferencias entre *rulemaking* y *pouvoir réglementaire*.

Finalmente, Pünder, ha desarrollado, doctrinalmente, un *ius commune proceduralis*, suerte de derecho común procedimental. Esa base común procedimental, según el citado autor, da lugar a particularidades en cada ordenamiento: la audiencia pública, como modalidad participativa previa a la elaboración de reglas generales, no integra ese derecho común¹⁵.

Tal vez ésta sea la razón por la que la exportación del modelo estadounidense de *rulemaking* no haya sido tan amplia como se podría haber imaginado, *al generarse* asimetrías en el orden del derecho comparado, derivadas, tal vez, de un componente tan simple como la definición de *rule* o el contenido del concepto de poder reglamentario.

Veamos ahora lo relativo a nuestro país.

4. LAS AUDIENCIAS PÚBLICAS EN ARGENTINA: ¿UNA FICCIÓN?

Se ha enseñado que la falta de convocatoria a audiencia pública requerida normativamente puede invalidar la ulterior decisión del órgano administrativo¹⁶. Ahora, puede ilustrarse la historia reciente¹⁷ de las audiencias públicas mediante la experiencia que surge de los denominados "cargos específicos"¹⁸, que ciertos usuarios de la

¹⁵ Conf. Pünder, *German administrative*, p. 22 a 24.

¹⁶ Ampliar, con provecho, en Comadira, Julio R. - Monti, Laura M. (colab.), *Procedimientos administrativos. Ley nacional de procedimientos administrativos, anotada y comentada*, t. I, Bs. As., La Ley, 2002, p. 310 y 311, y sus citas jurisprudenciales.

¹⁷ Ya nos hemos referido a las diversas etapas históricas del instituto en Sacristán, *El reglamento general de audiencias públicas*, p. 229 a 264.

¹⁸ A los cuales ya se han referido, con todo rigor, Mertehikian, Eduardo, *Utilización de fideicomisos por el sector público y la ley n° 26095 que crea cargos específicos para la construcción de infraestructura energética*, en "Jornadas Rosarinas de Derecho Administrativo en homenaje al Dr. Antonio Pedro Chede, organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad de Rosario, Rosario - Santa Fe, 1 y 2 de junio de 2006", RAP n° 339, p. 37 a 49; Ivanega, Miriam M., *Las tarifas de los servicios públicos*, LL, 2009-E-869 a 874; Eliashev, Nicolás, *Los cargos tarifarios para obras en gas y electricidad. Una etapa más en una demolición oculta*, JA, 2006-II-1424;

industria del gas han venido a tener que sufragar junto con la tarifa que percibe la licenciataria prestadora de un servicio público.

a) *Las inversiones en la Ley del Gas*. Como podremos recordar, en el marco de la ley 24.076 o Ley del Gas, reguladora de los servicios públicos de transporte y distribución de gas, se previó que las tarifas serían ajustadas por un índice —que, posteriormente, la jurisprudencia y la ley 25.561 suspendieron¹⁹—, por un factor enderezado a la obtención de eficiencia por parte de la licenciataria del transporte o distribución de gas, y por un factor enderezado a la remuneración de inversiones que no cubre la tarifa.

Todo ello ya ha sido explicado²⁰, pero vale la pena, a efectos del presente, destacar que la Ley del Gas previó la audiencia previa a la determinación del objetivo de eficiencia y previa a la determinación del objetivo de inversiones. En síntesis, la licenciataria solamente podría comenzar a re-cobrarles, a los usuarios, la inversión una vez que ella hubiera sido concluida y hubiera comenzado a entrar en operaciones, y la inversión sería autorizada por un acto de fijación del objetivo de inversiones, dictado "previa consulta a los interesados" por aplicación de la Ley del Gas y su reglamentación de ejecución²¹. Esa previa consulta a los interesados se efectuó en

Silvetti, Elena M., *Cargos específicos. ¿Tributos encubiertos?*, "Res Pública Argentina", 2006-2-43 y ss.; Bianchi, Alberto B., *Objeciones regulatorias y constitucionales a los llamados "cargos específicos". (A propósito del caso "Ulloa c/Enargas")*, LL, 2010-D-155 a 170. Nos permitimos remitir, también, a Sacristán, *Los cargos específicos de la ley 26095. (Un costo, desagregado, muy especial, y las enseñanzas de Marienhoff)*, "ReDA", 66, jul.-sep. 2008, p. 1157 a 1176.

¹⁹ Ley 25.561, art. 8° y concordantes.

²⁰ Sacristán, *Régimen de las tarifas*, p. 333 a 340, esp. p. 338 ("participación").

²¹ Decr. 1738/92, art. 41, inc. 2°, tercer párr., reglamento de ejecución de la ley 24.076 ("El restante elemento será de aplicación exclusivamente si el ente u otra autoridad competente con la conformidad del ente, requiriese inversiones adicionales a las inicialmente previstas en las respectivas habilitaciones y que no puedan ser recuperadas mediante las tarifas vigentes. El ente, previa consulta a los interesados, fijará fundadamente un valor al elemento aquí mencionado suficiente para que los prestadores obtengan ingresos de acuerdo con lo establecido por el art. 39 de la ley").

Recuérdese que los reglamentos de ejecución integran o forman parte de la ley formal, conf. "Bergamino y Cía. c/Ferrocarril Central Argentina", *Fallos*, 190:301 (1941); "Ishiy, Carlos C. c/Nación", *Fallos*, 190:284 (1941), entre otros.

pluralidad de audiencias públicas de determinación de la variación del objetivo de inversiones²².

b) *El camino emprendido.* Pues bien, ¿qué ha ocurrido, que hoy hay inversiones en transporte y distribución de gas que tienen que ser pagados por (algunos) de los usuarios beneficiarios sin que se los haya escuchado antes en audiencia pública? Para contestar esta pregunta hay que volver al 2002.

Con la declaración de la emergencia generalizada, en enero del 2002, se suspendieron, mientras dure la emergencia declarada por el Congreso, los regímenes de inversiones emergentes de la aplicación de fórmulas que preveían, además, de la aplicación de un índice, la aplicación de un objetivo de eficiencia y la de un objetivo de inversiones. Es que, al inaplicarse –siquiera provisionalmente– el índice, se terminó desbaratando cada fórmula integralmente²³, es decir, se desbarató también el régimen de los objetivos de eficiencia y de inversiones. Ello se explica pues, si se elimina –formalmente, se suspende– un componente de la fórmula, dejan de tener razón de ser los restantes. Se operó una descontractualización tarifaria.

Así quedó, a cargo de las licenciatarias prestadoras, sólo la operación y mantenimiento. Pero hacía falta hacer frente a las inversiones, que no podían ser asumidas por las empresas prestadoras en razón de la mentada descontractualización operada, que les vedaba obtener el repago de las mismas por eliminación, de hecho, de las fórmulas contractualmente previstas. Así, se generaron diversas soluciones. Se destaca la de la ley 26.095.

c) *Ley 26.095.* Las mencionadas diversas soluciones importan: 1) a partir del 2002, en los segmentos de transporte y distribución de gas, se implementaron inversiones regladas por medio de la res. Enargas 2877/03; 2) posteriormente, se estableció el régimen del decr. 180/04; asimismo, 3) cuando mediare renegociación de la ley 25.561 perfeccionada, surgieron los acuerdos de inversiones contenidos en dichos acuerdos de renegociación; tal el caso de la li-

²² A modo de ejemplo, entre muchos otros, puede verse res. 466/97, de fijación de los nuevos niveles de tarifas máximas del quinquenio 1998-2002 para la licenciataria Gas Natural Ban SA.

²³ Puede verse Sacristán, *Régimen de las tarifas*, p. 393 a 401.

cienciataria Gas Ban, y 4) finalmente se sancionó la ley 26.095, de creación de los “cargos específicos” para enjugar inversiones –en lo que hace a este ejemplo– en transporte y distribución de gas.

La ley 26.095 creó cargos específicos para remunerar inversiones en generación, transporte y/o distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y/o electricidad (art. 1°), que cobra la concesionaria o licenciataria por cuenta y orden del fideicomiso (art. 7°), y el fideicomiso se halla bajo la órbita y poder decisorio del Ministerio de Planificación (decr. regl. 1216/06, art. 3°). En lo que aquí interesa, se iba a tener que convocar a audiencia pública “en aquellos casos que las normas aplicables a cada segmento de la industria alcanzado por la ley 26.095 así lo requiera, convoque a audiencia pública la cual deberá celebrarse previo a la fijación del valor de los cargos específicos conforme lo dispuesto en el artículo anterior” (decr. regl. 1216/06, art. 5°). Por ende, podía razonarse que, si a una inversión del segmento transporte de gas (ley 24.076), segmento alcanzado por la ley 26.095 (art. 1°, ley 26.095), requería audiencia pública bajo la ley 24.076 (ver sección IV.a, supra), también iba a requerir audiencia pública bajo la ley 26.095. Nada de ello fue así razonado: se modificó, subjetivamente, el recaudo.

El recaudo de audiencia pública, requerido cuando quien llevaba adelante era la licenciataria (sección IV.a, supra) desapareció cuando quien comandaba la inversión era un fideicomiso de la esfera del Ministerio de Planificación (esta sección).

La Corte Suprema, en “Soldano”, del 15/7/14, transcribió los arts. 46 y 47 de la Ley del Gas 24.076. Dichos artículos corresponden, respectivamente, a ajustes por circunstancias objetivas ajenos al régimen del art. 41 y su reglamentación, ya descrito en sección IV.a, supra, los cuales son los únicos ajustes que se pueden pedir por fuera de la fórmula descrita en IV.a, supra; y a procedimientos iniciados de oficio por el ente o por denuncia de particulares, también ajenos a ese art. 41 y su reglamentación. No se advierte la transcripción del art. 41 de la ley del gas, o la de su reglamentación.

Luego de efectuar dicha transcripción, la Corte Suprema dijo: “6°) Que de lo expuesto se advierte que no se configura nítidamente ninguna de las circunstancias reguladas en la ley 24.076 que re-

quiera 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”.

De este modo, más allá de que se hubiera soslayado la norma específica aplicable a las inversiones (art. 41, ley 24.076 y su reglamentación), y más allá de que la reglamentación de la ley 26.095 hubiera exigido audiencia pública para inversiones correspondientes a segmentos para los cuales la normativa hubiera establecido tal recaudo, la Corte Suprema decidió basándose en el plano subjetivo: las audiencias públicas eran exigidas por inversiones financiadas y efectuadas por la licenciataria prestadora del servicio público; pero no van a ser exigidas cuando esas inversiones sean logradas por un fondo fiduciario de la esfera del Ministerio de Planificación.

5. CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

El simple ejemplo que inspirara este trabajo parecería echar por tierra la finalidad de mayor participación que se quisiera en ocasión de la reforma constitucional de 1994, y antes, en el plano de la ley formal (leyes 24.065 y 24.076).

Ha quedado convalidado un régimen conforme al cual las audiencias públicas –propias de las decisiones sobre inversiones en segmentos declarados servicios público– sólo serían exigibles, subjetivamente, cuando fueran financiadas y concretadas por una licenciataria. Por ende, nunca más serían exigibles pues las fórmulas que preveían objetivos de eficiencia y de inversiones en las licenciatarias quedaron suspendidas sine die mientras perdure la inaplicación del índice previsto en la ley formal –ley 24.076– en virtud del art. 8º y concs. de la ley 25.561. De otra parte, a la luz de “Soldano”, con sus peculiares fundamentos, los fondos fiduciarios no están alcanzados por el recaudo de audiencia pública previa a la definición del objetivo de inversiones, como tampoco lo está el órgano ministerial en la órbita del cual se alojan.

Podría decirse que las audiencias públicas de la ley 24.076 –o en su caso, de la ley 24.065, o de tantas otras leyes que las consagraron– fueron una importación no exitosa, un trasplante²⁴ destinado a fallar. Mas ello no es cierto si se cuenta la cantidad de las celebradas, en especial en épocas en que estaba vigente la ley de emergencia 23.696 y hasta la sanción de la ley de emergencia 25.561.

Podría decirse que no se ha asimilado, todavía, en la cultura de nuestro país, la participación mediante audiencias públicas. Mas ello no es cierto pues tenemos antecedentes muy antiguos: consideremos el decr. 6864, del 29/4/58, emitido por el gobierno de la provincia de Buenos Aires, por cuyo art. 7º se preveía la audiencia pública para la definición de servicios de transporte de pasajeros.

Es por ello que queda, por delante, esperar el verdadero fortalecimiento de la técnica participativa que conocemos como audiencia pública, herramienta que mejora la vida institucional y evita que los particulares –o algunos particulares– deban soportar medidas de alcance general, de importante contenido patrimonial, dictadas en forma inconsulta.

En última instancia, se trata de lograr que se “democratice” la decisión del funcionario no votado o, tal vez, que se logre “legitimarla” decisión de una cuenta o fondo no subjetivable. Tal democratización o legitimización –si se permite el neologismo– no hace sino colocar, a las personas comprendidas en los efectos de la medida de alcance general, en un plano de tratamiento digno. Hacemos votos por que, en el futuro, se hallen nuevos fundamentos para que se logre el mentado fortalecimiento.

²⁴ La expresión “trasplante jurídico” fue creada en Watson, W. A. J., *Legal transplants: An approach to comparative law*, Edimburgh, Scottish Academic Press, 1974; segunda edición por University of Georgia Press, Athens, Georgia, 1993.