

NOTA ENRG/GAL/GCER/I N° 11821

BUENOS AIRES, 18 SET. 2009

REF: Medida cautelar recaída en autos:
"DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION - INC
MED C/ESTADO NACIONAL - DEC Nro 2067/2008 -
RES 1451/2008 Y OTRO S/PROCESO DE
CONOCIMIENTO" -
EXPTE NRO 6530/2009

SEÑOR PRESIDENTE:

Nos dirigimos a Ud. con motivo de lo resuelto por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en los autos de la referencia.

En tal sentido, se hace saber que la sentencia aludida no ha suspendido la aplicación del cargo dispuesto por el Decreto 2067/08, motivo por el cual el mismo deberá seguir facturándose.

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior y a los fines de dar cumplimiento a la resolución judicial, esa Distribuidora deberá permitir que los usuarios que así lo requieran abonen sus facturas con la exclusión del cargo previsto en el Decreto 2067/08, asignándosele el carácter de pago a cuenta, sin que ello pueda ser causal de suspensión, interrupción o corte del suministro.

A todo evento se acompaña copia de la resolución judicial referida.

Sin otro particular, saludamos a Ud. atentamente.

ING. ANTONIO LUIS PRONSATO
INTERVENTOR
ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS

EXPTE. N° 6.530/2009

“DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA NACION
-INC MED C/ EN -DTO 2067/08 -MS
PLANIFICACION -RESOL 1451708 Y OTRO
S/ PROCESO DE CONOCIMIENTO”

//nos Aires, 10 de septiembre de 2009.-

Y VISTO; CONSIDERANDO:

I.- Que el Defensor del Pueblo de la Nación, demandó al Estado Nacional (Poder Ejecutivo Nacional) y al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), a fin de que se declare la nulidad del Decreto n° 2067/08, de la Resolución n° 1451/08 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y de la Resolución n° 563/08 dictada por el ENARGAS, señalando que la presente acción ha sido iniciada en tutela de los derechos de incidencia colectiva del conjunto de usuarios de los servicios públicos de gas natural por redes afectados por el incremento en los valores de las facturaciones finales de sus respectivos servicios, producido a consecuencia de los nuevos cuadros tarifarios establecidos en las normas impugnadas;

Expresó, que mediante el Decreto n° 2067/08 se creó un Fondo Fiduciario para atender las importaciones de gas natural y toda aquella necesaria para complementar la inyección de gas natural que sea requerida para satisfacer las necesidades nacionales de dicho hidrocarburo, disponiendo que ese fondo estará integrado, entre otros recursos, por cargos tarifarios que deben pagar los usuarios de los servicios regulados del transporte y/o distribución, los sujetos consumidores de gas que reciben directamente el gas de los productores sin hacer uso de los sistemas de transporte o distribución de gas natural, y las empresas que procesan el gas natural;

Señaló, que, por su lado, en la Resolución n° 1451/08 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, reglamentaria del Fondo Fiduciario, se determina que el patrimonio del Fideicomiso estará constituido por los recursos provenientes de los cargos tarifarios y con la única finalidad de asegurar la disponibilidad de los medios necesarios para atender al pago y/o repago de las diferencias de costo de las importaciones y/o adquisiciones de gas realizadas y la reventa y/o entrega del mencionado producto, a fin de satisfacer las necesidades de

USO OFICIAL

FRANCISCO CIVIT
SECRETARIO DE CAMARA

dicho hidrocarburo para el abastecimiento interno, así como el crecimiento del país y de sus industrias. Por su parte, en la Resolución N° 563/O8, del ENARGAS se dispuso hacer efectivos con vigencia a partir del 1° de noviembre de 2008 los cargos aprobados por dicho Ministerio, detallados en el Anexo I de ella;

Destacó que la aplicación de esos cargos implica incrementos en la facturación final del servicio para los consumidores que oscila entre el 70% y el 260%; y manifestó que mediante los tres actos administrativos aludidos se instituye sin base legal suficiente, es decir, sin sustento en la ley 24.076, un adicional a las tarifas que los usuarios deben abonar como contraprestación por el servicio de gas natural por redes, denominado "cargo tarifario", que recae de manera confiscatoria y desproporcionada sobre buena parte de los usuarios.

En el marco legal de este proceso, solicitó que como medida cautelar se ordene la suspensión de los efectos derivados de los actos administrativos cuestionados y que el ENARGAS instruya a quienes han sido designados como agentes de recaudación del cargo tarifario para que se abstengan de percibir las facturaciones emitidas mediante la aplicación de las resoluciones referidas. Asimismo, del mismo modo y por idéntico procedimiento, solicitan que se instruya a dichos agentes a que se abstengan de efectuar los cortes en el suministro de gas motivado por la falta de pago de tales facturas que contengan los referidos cargos tarifarios.

II.- Que la señora juez de la anterior instancia, por decisión de fs. 55 vta., rechazó la medida cautelar solicitada. Dicho pronunciamiento, fue apelado por el Defensor del Pueblo de la Nación, cuyo memorial de agravios está agregado a fs. 59/64.

III.- Que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que si bien, como regla, las medidas cautelares no proceden contra actos administrativos o legislativos en atención a la presunción de validez de los actos estatales, ese principio debe ceder cuando se las impugna sobre bases "prima facie" verosímiles (Fallos: 307:1702; 314:695; 320:4158 y 330:4953). En tal sentido también sostuvo que por su naturaleza, las medidas cautelares no exigen de los magistrados el estudio de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud y que el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad. Debido a su índole provisional, las resoluciones que conceden o deniegan medidas cautelares no causan estado, es decir, son susceptibles de ser modificadas en la medida que con posterioridad varíen las circunstancias de hecho o de derecho tenidas en cuenta para decretarlas, tal como la

que resultaría de una modificación de los aspectos cuestionados del nuevo régimen tarifario. Al respecto cabe señalar que, con posterioridad al dictado de la decisión judicial aquí apelada se dictó la resolución n° 828/09, mediante la cual el Enargas, en virtud de las instrucciones recibidas del Ministerio de Planificación Federal. Inversión Pública y Servicios, instruyó a las Licenciatarias del servicio público de distribución para que adoptaran las medidas tendientes a practicar la reposición del cargo del decreto 2067/08; con la leyenda y aclaración de que se trata de un consumo "subsidiado", y a efectuar las refacturaciones que resulten pertinentes. Sin embargo, el dictado de esta resolución administrativa no torna abstracta la cuestión planteada en el juicio, puesto que solamente difiere la aplicación de los cargos creados por el decreto 2087/08 hacia el futuro inmediato.

IV.- Que el examen definitivo de la arbitrariedad e ilegitimidad atribuida por el demandante al decreto 2067/08, mediante el que dispone la aplicación del cargo tarifario, y a los restantes actos impugnados es propio la sentencia de mérito. Es decir, lo relativo a determinar con el carácter de un juicio definitivo de certeza si las resoluciones administrativas que imponen los cargos cuestionados con fundamento en la disminución o supresión de los subsidios del Estado Nacional son arbitrarias o ilegítimas constituye materia propia de la sentencia definitiva que ponga fin al proceso. Sin perjuicio de ello y a título preliminar cabe advertir que en esta causa resultan suficientemente acreditados los presupuestos establecidos en los incisos 1° y 2° del art. 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación .

V.- Que, con respecto a la verosimilitud del derecho es menester recordar que ninguna carga tributaria puede ser exigible sin la preexistencia de una disposición legal encuadrada dentro de los preceptos y recaudos constitucionales que autorizan a imponerla, es decir sin que previamente la ley formal predetermine los elementos esenciales de la obligación respectiva, definiendo los hechos determinantes de su nacimiento, los sujetos pasivos de ella, el objeto y cantidad de la prestación debida, y la forma de cuantificarla mediante los parámetros que sirvan para valorar la base de calculo, y el porcentaje o alícuota necesaria para establecer el quantum de aquella; por lo que ni un decreto ni una resolución administrativa pueden instituir la válidamente (Fallos 319: 2211 y 2329; 323: 2556 y 377; y 331: 2453 y sus citas).

Desde esta perspectiva, y en un examen provisional del asunto, resulta que los cargos impuestos a los usuarios en el artículo 2° del decreto 2067/08 no han sido creados por las leyes 17.319, 24.076 y 25.561, invocadas para dictarlo ni en consecuencia parecen contar con el debido respaldo legal; tal como, contrariamente, sucedió con los cargos creados en el 75 de la ley 25.565 y el artículo 85 de la ley

25.725 (cfr. Fallos 331:2453). Además, en el artículo 42 de la ley 24.076 se dispone expresamente que "... En ningún caso los costos atribuibles al servicio prestado a un consumidor o categoría de consumidores podrán ser recuperados mediante tarifas cobradas a otros consumidores", y en el artículo 48 de ella se establece que los subsidios deberán ser explícitos y contemplados en el presupuesto nacional. Finalmente, en el artículo 87 se establece que el marco regulatorio de la actividad del gas licuado será motivo de una ley especial. En el primero de esos preceptos, es decir, en el artículo 42, última parte de la ley 24.076, se establece una prohibición para imponer subsidios cruzados, es decir, para utilizar las ganancias obtenidas de un segmento del mercado con el objeto de financiar la reducción del precio cobrado por el mismo bien a otro segmento del mercado; que puede ser interpretada como indicativa o categórica pero no ignorada. Aunque indudablemente debe encontrarse la forma de asegurar tanto la rentabilidad de las empresas como el abastecimiento de gas a los usuarios que no disponen del servicio de gas prestado mediante la red de distribución a precios razonables, cuestión de índole técnico que escapa a la jurisdicción de los tribunales de justicia, parece claro que el financiamiento de las diferencias de precio que no pueden ser afrontadas por los sectores menos favorecidos de la comunidad deben ser solventadas por todos, pero siempre de conformidad con el principio de reserva de ley, al que se alude en el párrafo precedente, y al de la igualdad proporcional en las cargas públicas.

VI.- Que, con respecto al peligro en la demora, corresponde señalar que el trámite regular del proceso probablemente insumirá un tiempo durante el cual los derechos de los usuarios pueden resultar afectados de un modo irreparable. Parece claro que, en el orden natural de las cosas, la falta de pago de las facturas da lugar, además de los juicios de ejecución, al corte en el suministro de acuerdo con lo previsto al respecto en el Reglamento de Servicio aprobado por el decreto 2255/92, Anexo B, Subanexo II, punto 11º. De tal manera que los usuarios vendrían a quedar privados de uno de los servicios públicos esenciales, sin el cual quedarían sumidos en una situación de precariedad social, pues la supervivencia en la sociedad moderna es virtualmente inconcebible sin el acceso a ellos. Sobre el particular es preciso poner de manifiesto que en el examen de la medida precautoria debe primar la protección al derecho más vulnerable y de ello se sigue que, a pesar a las excepciones introducidas por el Ministerio de Planificación Federal en los términos del art. 7 del aludido decreto 2067/08 y en las resoluciones : 730/09 y 768/09 del Enargas, el corte del servicio a los usuarios no exceptuados del pago constituiría, en principio, un perjuicio más importante para ellos que el que les acarrearía a las empresas prestatarias y al Estado

Nacional la concesión de una medida cautelar en los términos solicitados. (cfr. esta Sala "Defensor del Pueblo de la Nación -Inc Med c/ EN- Mº Planificación y otro - Resol 1169/08 745/05 y otras s/ Proceso de Conocimiento", del 1/9/09);

Al respecto cabe añadir que de la lectura del informe técnico elaborado por el Ing. Antonio Luis Pronsato, en contestación a la medida para mejor proveer ordenada a fs. 68, se desprende que mediante la resol. 828/09 se resolvió extender las excepciones establecidas en las resoluciones anteriormente citadas hasta el 30 de septiembre del año en curso y a su vez, se dispuso: dejar sin efecto el cargo aplicado a los usuarios categorizados como R3 3 y R3 4, durante el período comprendido entre los meses de junio y julio de este año, así como establecer una bonificación equivalente al 70% del cargo a aplicar a dichos usuarios, por el período comprendido entre agosto y septiembre del presente año. De manera que, de conformidad con lo informado, durante los meses de junio y julio, para los referidos usuarios alcanzados por el régimen impuesto por el decreto 2067/08, el Gobierno subsidiaría el 100% de los consumos por esos meses, por lo que el valor del cargo tarifario para esos usuarios es igual a cero, y para el bimestre agosto-septiembre deberán abonar el 30% del cargo original, subsidiando el Gobierno el 70% restante (cf. fs. 107 y 109) Además, de ese informe técnico surge que, los usuarios afectados por el pago del cargo tarifario, en todo el país, representa un 15%, de manera que la disminución de los subsidios recae exclusivamente sobre ellos (cf. fs.81). En el orden de ideas expuesto, no se advierte que la concesión parcial de la medida solicitada pueda causar un perjuicio grave e irreparable a las empresas licenciatarias y al Estado Nacional, que cuenta con atribuciones suficientes para reformular el régimen tarifario de modo tal que los costos del servicio sean efectivamente soportados por los usuarios en los términos previstos en la ley 24.076, mientras que los usuarios no están en condiciones de determinar el costo del servicio que se les presta y efectivamente utilizan, qué parte de ese costo está subsidiado, ni la medida en que los subsidios estatales financian la prestación del servicio prestado a otros usuarios e inclusive otros servicios diversos del regulado en la ley 24.076. Es decir, están sujetos a las regulaciones dictadas por las autoridades competentes y no pueden evitar el pago de las tarifas tal como han sido aprobadas.

VII. Que, por todo lo expuesto, corresponde dejar sin efecto lo resuelto en la instancia precedente y: ordenar al Ente Regulador del Gas que, hasta tanto se resuelva la cuestión de fondo, instruya a los agentes de recaudación del cargo tarifario para que los usuarios afectados por los efectos propios del decreto 2067/08 y normas complementarias, puedan seguir pagando sus facturas de acuerdo con el

régimen tarifario anterior al dictado de las normas impugnadas en la causa, con el carácter de pago a cuenta, y para que en el supuesto de falta de pago de los cargos tarifarios las empresas prestadoras no suspendan, interrumpan, o corten la prestación del servicio.

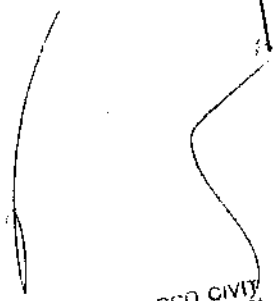
Por lo expuesto, **SE RESUELVE**: revocar el pronunciamiento de fs. 55 y vta. y, por ende, conceder parcialmente la medida cautelar solicitada por el Defensor del Pueblo de la Nación, ordenando al Ente Regulador del Gas que hasta se resuelva la cuestión de fondo, instruya a los agentes de recaudación del cargo tarifario a que permitan que los usuarios afectados por los efectos propios del decreto 2067/08 y normas complementarias, puedan seguir pagando sus facturas de acuerdo con el régimen tarifario anterior al dictado de las normas impugnadas en la causa, con el carácter de pago a cuenta; y, en el caso de la falta del pago del cargo tarifario las empresas prestadoras se abstengan de suspender, interrumpir o cortar el servicio público de gas.

Se deja constancia que se encuentra vacante el cargo de uno de los Vocales de la Sala.

Regístrese, notifíquese y líbrese oficio al Estado Nacional (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios) y al Ente Regulador del Gas, con copia de la presente, y devuélvase.-


JORGE FEDERICO ALEMANY


PABLO GALLEGOS FEDRIANI


FRANCISCO CIVIT
SECRETARIO DE CAMARA