

Accion De Amparo Medidas Cautelares Contra El Poder Publico Suministro De Gas Aumento Tarifario Audiencias Publicas Servicios Publicos

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Medidas cautelares contra el poder público.

Suministro de gas. Aumento tarifario. Audiencias públicas. Servicios públicos Se rechaza la medida cautelar solicitada por el Consejo Defensor del Contribuyente (CODECUC) a fin de que se disponga -en lo principal- la suspensión de los nuevos cuadros tarifarios para el gas natural, al no concurrir los presupuestos que tornan viable dicha medida. Sin embargo, se hace lugar al pedido de audiencia pública entendida como cauce idóneo para el ejercicio de los derechos constitucionales. Salta,

9 de junio de 2015 VISTO: El recurso de apelación interpuesto a fs. 72 de estas piezas en contra de la resolución de fs. 67/70; y CONSIDERANDO: 1) Que mediante el auto impugnado se rechazó la medida cautelar solicitada por el Consejo Defensor del Contribuyente, Usuario y Consumidor de Jujuy (CODECUC) a fin de que: a) se disponga la suspensión de los nuevos cuadros tarifarios para gas natural vigentes desde el mes de abril de 2014 (Res. ENARGAS I/2845/14); b) se facture el m3 de gas con el valor de \$? que corresponde a la categoría residencial R-1, a partir del 1 de noviembre de 2014; c) se suspenda, también a partir del 1/11/2014, la facturación de los cargos: FOICEGAS; Tributo Municipal, Impuesto Ley 25.413, Cargo Fijo, Ingresos Brutos Distribuidora e Ingresos Brutos Transportista; d) se facture el consumo de gas natural en forma mensual y no bimensual, también a partir de la misma fecha; e) dentro del término de 120 días, Gasnor realice los actos necesarios para que se lleve a cabo una audiencia pública para tratar todo lo relativo a los nuevos cuadros tarifarios (cfr. copia glosada a fs. 46/47). Para así resolver, el a quo entendió que el pedido de la actora constituye una medida cautelar innovativa, instituto que merece especial y cuidadosa consideración atento que su finalidad es la de alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición; motivo por el cual, además de los presupuestos generales que debe reunir toda medida cautelar, se agrega un cuarto, que es la posibilidad de que se produzca un daño irreparable. Expresó, en lo que respecta a la verosimilitud del derecho, que ?los aumentos en el servicio responden a cuadros tarifarios establecidos por resolución dictada por el ENARGAS, razón por la cual debería analizarse la ilegalidad de tal acto administrativo, lo cual no se encuentra acreditado en autos? (fs 68vta. in fine/69); a lo que se suma el hecho de que la ENARGAS permite a aquellas personas que no pueden costear tales incrementos, acceder a un Registro de Exceptuados de la Política de Redireccionamiento de Subsidios del Estado Nacional; aclarando que dicho registro no estaba vigente al momento de resolver favorablemente la cautelar en el caso ?Mur, Edgardo Raúl c/ Gasnor?, el 3/07/2009. Asimismo, y en igual sentido, observó que el cargo por FOCEGAS fue dispuesto por Resolución 2407/12 del ENARGAS, ?en el marco de la negociación que autorizó a las distribuidoras de gas en el país a aplicar un monto fijo por factura diferenciado por tipo de usuario, importes que deben ser depositados en un fideicomiso suscripto entre cada distribuidora y Nación Fideicomisos S.A., destinados exclusivamente a la ejecución de obras de infraestructura? (fs. 69 último párrafo). Y añadió que ?sobre el tributo municipal, surge que en uso de sus facultades el municipio es quien designa agente de percepción, razón por la cual no constituye, prima facie, una decisión de Gasnor?.

En lo que concierne a los impuestos de la Ley 25.413 y a los Ingresos Brutos, aseveró que Gasnor actúa en cumplimiento de disposiciones y actos administrativos cuya legitimidad se presume y no ha sido desvirtuada en autos con la prueba aportada. Finalmente, remarcó que tampoco se verifica el peligro en la demora, puesto que el usuario que no se encuentre económicamente posibilitado de afrontar su factura puede acudir al aludido Registro de Exceptuados. 2) Que a fs. 72/74 obra la expresión de agravios de la actora, quien sostiene que el fallo es jurídicamente infundado por cuanto se contraponen a los derechos y garantías establecidos por el art. 42 de la Constitución Nacional, la Ley 24.240 de Defensa del Consumidor y la Ley 24.076 Reguladora del Servicio de Gas Natural, sin tener en cuenta todos los aspectos de los temas expuestos y la documentación presentada como prueba; agravando el estado de indefensión y desprotección en el que hoy se encuentran todos los usuarios. Postula que la medida cautelar solicitada no altera el estado de hecho y de derecho, sino que fueron los nuevos cuadros tarifarios con abusivos e injustificados incrementos lo que alteró el estado de cosas. Añade que ?los nuevos incrementos son la principal causal del planteo judicial y la autoridad judicial podría haber hecho lugar a la medida cautelar en forma parcial, o sea resolviendo la suspensión provisoria de los nuevos precios del gas natural [?]. Con respecto a todos los cargos impositivos y otros que se facturan y que rechazamos en el amparo, ellos sí podrían haberse dejado para la resolución de fondo?. Alega que en la resolución denegatoria se menciona como jurisprudencia dos sentencias que nada tienen que ver con el tema de autos y que no ha tenido en cuenta los recientes fallos de juzgados del país que hicieron lugar a las medidas cautelares; aclarando que ?el tema de los subsidios sólo fue expuesto para reforzar el fundamento sobre todas las irregularidades e ilegalidades existentes en todo el tema tarifario vigente a la fecha. El hecho de que el Poder Ejecutivo Nacional como un acto POLITICO haya resuelto subsidiar a algún sector de usuarios

llamado de menos recursos, no representa la legalidad y abarca sólo a una mínima franja de usuarios? (cfr. pto 9 del escrito, fs. 73 vta).

3) Que, ante todo, tratándose de una medida cautelar contra actos del poder público, debe tenerse presente el carácter restrictivo de su otorgamiento, ya que la observancia de sus recaudos básicos-verosimilitud del derecho y peligro en la demora-deviene estricta, al presentarse dicha postura como la única manera de preservar la presunción de legitimidad del acto cuestionado, evitando romper el equilibrio en la división de poderes del Estado (cfr. C.Nac.Cont.Adm.Fed., sala I, 28-05-98 ?UBA c/Estado Nacional s/proceso de conocimiento? y este Tribunal en autos ?El Almendro c/Consejo Federal de Cultura y Educación s/ordinario? fallo del 21/04 /04, entre otros). Este celo en el examen de los recaudos de procedencia de las medidas cautelares se torna aun mayor a partir de la sanción, en abril de 2013, de la Ley 26.854, de ?Medidas Cautelares en las causas en las que es parte o interviene. Procesos excluidos?, que al respecto establece: ?Medida positiva. 1. Las medidas cautelares cuyo objeto implique imponer la realización de una determinada conducta a la entidad pública demandada, sólo podrán ser dictadas siempre que se acredite la concurrencia conjunta de los siguientes requisitos: a) Inobservancia clara e incontestable de un deber jurídico, concreto y específico, a cargo de la demandada; b) Fuerte posibilidad de que el derecho del solicitante a una prestación o actuación positiva de la autoridad pública, exista; c) Se acreditare sumariamente que el incumplimiento del deber normativo a cargo de la demandada, ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior; d) No afectación de un interés público; e) Que la medida solicitada no tenga efectos jurídicos o materiales irreversibles?. En autos, más allá de lo que pueda probarse en la acción de amparo, de las escuetas constancias aportadas en este incidente cautelar no surge que se encuentren reunidos, en su conjunto, los recaudos mencionados; lo que sumado a la complejidad de la cuestión torna desaconsejable el acogimiento del recurso, pues es menester que se produzca un mayor espacio de debate y prueba en orden a acreditar, no ya la verosimilitud, sino la ?fuerte probabilidad? de sustento legal en los numerosos pedidos que efectúa el actor en los puntos 1) a 4) de fs. 46 para que 1) se suspenda, a partir del 1ro de noviembre de 2014 la aplicación de los nuevos cuadros tarifarios para el gas natural; 2) a partir del 1ro de noviembre de 2014 Gasnor SA facture el m3 de gas con el valor de \$... que corresponde a la categoría residencial R-1; 3) a partir de la misma fecha (1/11/14) se suspenda la facturación de los siguientes cargos: a) FOCEGAS- resol. ENARGAS I-2407/12; b) Tributo Municipal 10%, c) Impuesto ley 25.413; d) Cargo fijo; e) Ingresos Brutos Distribuidora; f) Ingresos Brutos Transportista; y 4) se facture el consumo del gas en forma mensual, también a partir del 1 de noviembre de 2014; lo que no ocurre. Esta sustancial falencia en el recaudo del ?fumus bonis iuris? impacta en una menor exigencia del peligro en la demora, además de lo cual, la situación de excepción que prevé la Resolución ENARGAS 2905/14 mediante el llamado ?Registro de Exceptuados a la Política de Redireccionamiento de Subsidios del Estado Nacional?, mengua en cierto modo la urgencia de aquellos usuarios que no estarían en condiciones de pagar.

4) Que la improcedencia de la cautelar en lo atinente a los puntos señalados no significa que la audiencia pública, requerida en el punto 5), como último ítem del pedido cautelar, sea también impertinente, pues, conforme entendió esta Cámara en ?El Consumidor en Acción Asociación Civil (ECEA) c/PEN -ENARGAS s/ Amparo Colectivo?, Expte. FSA 10262/2014/1, sentencia del 4 de febrero pasado, dicha audiencia constituye ?un procedimiento que tiende a garantizar el derecho de defensa y el debido proceso, en el que no sólo se escucha a quien titulariza un interés directo y personal sino también a quienes tienen opinión interesada, aunque no sea el afectado directo. Es un procedimiento preparatorio de la voluntad, de consulta, que se rige por las normas del procedimiento administrativo provincial o nacional (Correa, José Luis, ?Audiencias públicas?, LLGran Cuyo 2000, 160).

4.1) Que, en ese sentido, como expresa Gordillo, en el derecho comparado se introdujo, desde hace ya tiempo, una nueva forma de cumplir con el antiguo principio audiatur et alteram pars, de modo de canalizar la necesidad política y jurídica de escuchar al ciudadano antes de adoptar una decisión, cuando ella consiste en una medida de carácter general, un proyecto que afecta al usuario o a la comunidad; al medio ambiente o, por ejemplo, las designaciones de un magistrado de la Corte Suprema, del Defensor General o del Procurador General de la Nación. Su campo de aplicación es, pues, sumamente amplio, ostentando, si se la considera en el marco de la participación ciudadana, diversas variantes y ramificaciones (confr. Gordillo, Agustín, ?Tratado de Derecho Administrativo?, Capítulo XI, ?El procedimiento de audiencia pública?, p. 449 y sges., www.gordillo.com). Entre las características de este mecanismo de debate, en el ámbito nacional se ha destacado que: a) es uno de los derechos contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional, el de participación, que resulta operativo y de aplicación inmediata; b) su realización permite mejorar la razonabilidad de las decisiones, formar un consenso acerca de ellas y dar transparencia a los procedimientos; c) importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un elemento idóneo para la defensa de sus derechos, a la vez que es un instrumento de democratización del poder (confr. Lorenzetti, Ricardo Luis, ?Consumidores?, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, julio de 2009, 2da. ed. actualizada, p. 591/592). Asimismo, se ha declarado que la audiencia pública -prevista en las leyes regulatorias de los servicios públicos de transporte y de distribución de la electricidad y del gas y en el decreto de la Comisión Nacional de Telecomunicaciones 1185/90- constituye uno de los cauces posibles para el ejercicio de los derechos contemplados en el art. 42 de la Constitución Nacional, ?en tanto la realización de dicha audiencia no sólo importa una garantía de razonabilidad para el usuario y un instrumento

idóneo para la defensa de sus derechos, un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder, sino que resulta una vía con la que puede contar aquél para ejercer su derecho de participación, en los términos previstos en la citada norma constitucional, antes de una decisión trascendente? (CNFed. Contencioso administrativo, Sala IV, sentencia del 28 de junio de 1998, ?Youssefian Martin c/ Estado Nacional - Secretaría de Comunicaciones s/ amparo ley 16.986?, LA LEY 1998-D, 712 - LA LEY 1999-B, 487, con nota de Estela B. Sacristán; LA LEY 2000-E, 511, con nota de Iván F. Budassi). 4.2) Que, en adición, cabe poner de relieve que ya en 2003 el Poder Ejecutivo nacional estableció la importancia del papel que cumplen las audiencias públicas mediante el Dcto. 1.172, sancionado el 3 de Diciembre de 2003 (publicado en www.infojus.gov.ar), que aprueba el "Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional" en vistas de la ?necesidad de mejorar la calidad de la democracia y con la certeza de que el buen funcionamiento de sus instituciones es condición indispensable para el desarrollo sostenido?. En el caso particular de los servicios públicos, se ha señalado que ?si analizamos los motivos que llevaron a la necesidad de realizar audiencias que permitan a los usuarios de los servicios o a los agentes del mercado discutir abiertamente sus problemas, plantear sus inquietudes, defender sus intereses e impulsar las decisiones del sujeto regulador, encontramos principios constitucionales y legales que otorgan el derecho a la información adecuada y veraz, el derecho a la protección de los intereses económicos, el derecho a ser oído y el de participar en los procedimientos que de una u otra manera pueden afectar derechos e intereses de esos usuarios o de esos agentes. Ello nos lleva a pensar que el objetivo de la audiencia se cumple en la medida en que el usuario tiene la oportunidad de escuchar las distintas posturas y de exponer las suyas antes de que se tome una decisión sobre materias de su interés [?]. En los hechos, debe asegurarse la mayor participación posible y el conocimiento previo de la cuestión [...]? (Nallar, Daniel ?El Estado Regulador y el nuevo Mercado del Servicio Público?, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 173). 4.3) Que ya en el contexto específico del servicio de gas, 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 estimen necesarias. ?Recibida la solicitud de modificación, el ente deberá resolver en el plazo de sesenta (60) días previa convocatoria a audiencia pública que deberá celebrarse dentro de los primeros quince (15) días de la recepción de la citada solicitud? (art. 46, resaltado agregado), y en los casos en que el ente considere, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o denuncias particulares, que existen motivos para concluir que una tarifa, cargo, clasificación o servicio de un transportista o distribuidor es inadecuada, indebidamente discriminatoria o preferencial (art. 47). 4.4) Que, en definitiva, con sustento en la ley 24.076 y en el citado artículo 42 de la Constitución Nacional, y en aplicación del principio ?favor debitoris? cristalizado en el art. 3 de la Ley de Defensa del Consumidor, que es de orden público (art. 65), resulta verosímil el derecho a participar de una audiencia pública actual y específicamente orientada al nuevo panorama tarifario del servicio público de gas domiciliario; lo que redundará en una mayor transparencia de los nuevos ajustes tarifarios y racionalización de uso del gas, con provecho tanto de la demandada como de los usuarios, pues el intercambio y las explicaciones oportunas probablemente evitarán planteos judiciales y otorgarán tranquilidad al consumidor; sin que genere daño alguno, menos aún irreversible, al Estado Nacional. 4.5) Que por lo expuesto, corresponde disponer que la demandada convoque, con amplia difusión en los medios locales (además del Boletín Oficial) para todos los usuarios de Jujuy y las asociaciones que los nuclean, a una audiencia pública con carácter previo a la decisión final sobre la cuestión debatida en los autos principales. Dicha audiencia se llevará a cabo, en los términos del art. 24 del Decreto PEN 1172/2003, en el lugar que la demandada estime apropiado, dentro del plazo máximo de 120 días, lo cual resulta razonable debido a la época del año que está transcurriendo. Asimismo, el Informe y la Resolución final se efectuarán en los términos y plazos previstos por los arts. 36 y 38 del mencionado decreto, y serán publicadas en el Boletín Oficial y en el sitio de internet de GASNOR y ENARGAS; debiendo el juez a quo adoptar todas las medidas que estime necesarias a fin garantizar el cumplimiento de esta manda. 5) Como corolario de las consideraciones vertidas, y sin perjuicio de lo que quepa decidir en la acción principal, la medida cautelar dispuesta debe ser parcialmente admitida en lo relativo a la audiencia pública; correspondiendo su rechazo en los demás aspectos. Sin costas al no mediar actividad de la contraria (art. 68, segundo párrafo, del Código de rito). Por ello, se RESUELVE: I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación bajo tratamiento, y en consecuencia, a) confirmar el rechazo de la cautelar en cuanto a los requerimientos precisados en los puntos 1 a 4 de fs. 46 (de estas piezas) y b) hacer lugar al pedido de audiencia pública en los términos del pto. 4.5) de los considerandos; sin costas (art. 68, 2do párrafo, del CPCCN). II) REGISTRESE, notifíquese, publíquese en los términos de las Acordadas CSJN 15 y 24 del 2013, y devuélvase.- No suscribe la presente el tercer vocal por encontrarse vacante el cargo. Fdo. Dres. Luis Renato Rabbi-Baldi Cabanillas- Jorge Luis Villada- Jueces de Cámara- Ante mí: Mariana Catalano- Secretaria Correlaciones: ACUBA y otro c/Camuzzi Gas Pampeana SA y otro s/ley de defensa del consumidor - Juzg. Fed. Mar del Plata - N° 4 - 29/08/2014

001426E