

Medidas Cautelares Medida De No Innovar Incremento Tarifario Energia Electrica Ley 26854 Medidas Contra El Estado Requisitos Rechazo

JURISPRUDENCIA

Medidas cautelares. Medida de no innovar. Incremento tarifario.

Energía eléctrica. Ley 26854. Medidas contra el Estado. Requisitos. Rechazo Se resuelve no hacer lugar a la medida de no innovar con alcance general a los fines de la suspensión del incremento de la tarifa de energía eléctrica dispuesto por las Resoluciones 6/16 y 7/16, pues no concurren los requisitos establecidos por los arts. 1, 3 y 15 de la ley 26.854, puesto que se trata de medidas cautelares que se dictan contra el Estado. La Plata, 09 de junio de 2016.- AUTOS Y VISTOS I.- A fin de considerar la solicitud de medida cautelar cabe tener en cuenta que los señores diputados de la Provincia de Buenos Aires que suscribieron el escrito inicial promovieron esta acción de amparo contra el Estado Nacional y el ENRE requiriendo que se decrete la nulidad de las Resoluciones n°6/16 y 7/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y la Resolución 1/2016 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE). Argumentaron que mediante esas disposiciones del Gobierno Nacional y del Ente Regulador, que consideraron arbitrarias, infundadas e inconsultas, millones de usuarios de energía eléctrica verán afectados sus derechos porque serán obligados a abonar, sin justificación alguna, incrementos exorbitantes en sus facturas con aumentos que van desde 300% a un 500% desde el 1° de febrero de 2016, y muchos de los usuarios se encontrarán en una situación de desamparo. Manifestaron que la puesta en vigencia de los actos impugnados implicará un incremento de las tarifas de la energía eléctrica en los porcentajes mencionados por efecto de haberse dispuesto un aumento del precio estacional de la energía eléctrica para toda la Nación, a lo que debe añadirse, respecto de los usuarios de EDENOR y EDESUR, el incremento del Valor Agregado por el Distribuidor (VAD). Precisarón que en virtud de la Resolución 6/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación se estableció el incremento del precio estacional del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) con alcance nacional y, por una parte, se dirige a los Grandes Usuarios Mayores (GUMA) y Menores (GUME) que compran en el MEM afectando a las siguientes categorías: a) Cargo Variable de Peaje (en este rubro el incremento es del orden de 70 \$/MWh para usuarios que no tenían subsidios y de 50 \$/MWh para aquéllos que sí lo tenían); b) Cargo Sobrecostos de Importación Brasil y los Sobrecostos Contratos MEM (aumento para todos los usuarios de un valor estimado de 195 \$/MWh). Por otra parte, afecta a los Usuarios de las Distribuidoras clasificados en tres categorías: usuarios de tarifa social; usuarios con consumo mayor a 300 KW y usuarios con consumo menor a 300KW. Resaltaron que los denominados Grandes Usuarios del Distribuidor (GUDI), que son aquellos que reciben el servicio del Distribuidor y consumen potencia igual o mayor a 300KW, son los que sufren el mayor incremento en el valor del precio de la energía en el MEM, a lo que deben sumarle el costo del transporte en Alta Tensión y el Valor Agregado por el Distribuidor (VAD). Enfatizaron que dicha Resolución provoca un aumento de los costos que serán inevitablemente trasladados a los usuarios. Indicaron que la Resolución 7/16 estableció un ajuste del VAD en los cuadros tarifarios de las Distribuidoras EDENOR y EDESUR reservando una tarifa social para un determinado universo de usuarios; redujo a un período mensual el pago del servicio para los usuarios residenciales de las mencionadas distribuidoras; dispuso incluir en los cuadros tarifarios de esas empresas el plan de ahorro de energía establecido en la Resolución 6/16 y proceder a la Revisión Tarifaria Integral (RTI) de EDENOR y EDESUR antes del 31 de diciembre de 2016; derogó el Programa de Uso Racional de la Energía Eléctrica (PUREE) y dispuso el cese de la transferencia de recursos a ambas distribuidoras por cuenta y orden del Fondo Unificado prevista para financiar planes de obras, de manera que las obras deberán ser realizadas con fondos exclusivamente provenientes de lo que abonen los usuarios por vía de un incremento tarifario. Concluyeron que la Resolución 7/16 implica una doble afectación en el patrimonio de los usuarios: por el aumento en el precio de la energía establecido por la Resolución 6/16 y por el incremento en el margen de retribución a las empresas distribuidoras (VAD). Explicaron que como la tarifa eléctrica se encuentra integrada por tres conceptos: precio estacional sancionado trimestralmente (el que la Distribuidora compra la energía en el MEM), el costo del transporte y el VAD, los usuarios de dichas distribuidoras recibirán a partir del 1 de febrero de 2016 incrementos del costo del servicio producto de la aplicación de ambas resoluciones. Se quejaron de que el Ministerio de Energía y Minería de la Nación no hubiese presentado un análisis de la estructura de costos del servicio eléctrico, ni de los controles o auditorías sobre la utilización de los subsidios públicos percibidos ni del impacto que el aumento tendría en la generalidad de los usuarios. Objetaron que las citadas Resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación hubiesen sido dictadas de manera inconsulta, sin la audiencia pública que asegure un elemental nivel de información y participación de los usuarios afectados por el aumento y vulnerando el procedimiento establecido por el art. 74 de la ley 24.065 y normas concordantes por lo que pidieron que se declare la nulidad de los actos impugnados. Señalaron que la Resolución 1/16 ENRE mediante la cual se aprobaron los nuevos valores correspondientes a los cuadros tarifarios de las empresas

EDESUR S.A. y EDENOR S.A. convalida aumentos exorbitantes. En tal sentido, expresaron que los hogares que consuman por bimestre hasta 300kw deberán afrontar subas cercanas al 540% con impuestos incluidos; aquellos con consumos superiores a 300 kw hasta 1000 kw el incremento excederá el 700% y los que superen los 1000 kw tendrán un aumento significativo aunque no llegará al 500% lo cual manifiesta la irrazonabilidad de las proporciones del incremento tarifario según las categorías. Sobre todo porque se prevén menores incrementos para aquellos que ahorren entre un 10% y un 20% de energía respecto del mismo período del año anterior. Ello así, expresaron que, fuera del caso de aquellos beneficiarios de la tarifa social a quienes se les bonifica el consumo de hasta 150 kw en lo que respecta al rubro costo de generación de electricidad, se puede establecer que, según las distintas categorías de usuarios se establecerán incrementos tales como los siguientes: un usuario de EDESUR S.A. con un consumo bimestral menor a los 300 kw que pagaba \$31,89 deberá pagar ahora \$204,86 (542,3%); otro con un consumo de 550 kw que pagaba \$47,56 deberá abonar \$399,6 (740%); otro usuario con un consumo de 750 kw que pagaba \$68,20 deberá abonar \$551,14 (708,1%); un usuario que consume 850 kw que pagaba \$77,89 deberá pagar \$635,65 (731%); otro que consume 950 kw por bimestre que pagaba \$84,3 abonará \$717,8 (751,5%); un hogar que gasta 1100 kw por bimestre que abonaba \$174,7 pasará a abonar \$999,1 (471,8%); y finalmente un usuario que consume 1300 kw por bimestre que abonaba \$209,9 deberá pagar \$1214 (478,3%). Adujeron que para disimular el ajuste se dispuso el pago mensual de la factura eléctrica y descuentos para quienes reduzcan el consumo respecto del año anterior, aunque ello no incluye a sectores comerciales ni industriales afectados por incrementos que pueden rondar entre el 600% y 750% lo cual se trasladará a los precios y provocará, por otra parte, una reducción en la demanda global. Respecto de la tarifa social mencionaron que el beneficio concedido exclusivamente en lo que se refiere al costo de generación eléctrica y limitado a 150 kw por mes no alcanza a cubrir las necesidades de quienes se verán más afectados. Afirmaron que ese consumo de energía sólo puede ser factible para una persona sola que pasa gran parte del día fuera de su casa y carece de aire acondicionado, pero que las familias numerosas que habitan en viviendas sin acceso al gas natural por redes, que cocinan y utilizan calefacción con electricidad se verán obligadas a recortar sus consumos hasta un límite difícil de tolerar si pretenden alcanzar el beneficio de la tarifa social. Compararon los resultados de los incrementos tarifarios con los valores de los salarios de los usuarios que trabajan y se quejaron denunciando que se trata de una medida de ajuste que implica desigualdad distributiva y que fue dispuesta en el marco de una generalizada y significativa suba de tarifas y precios. Afirmaron que, con arreglo a lo normado por el art. 42 C.N., un acto administrativo (Resolución 1/16 ENRE) que afecta a un número tan significativo de ciudadanos debió ser puesta a consideración de los usuarios mediante una audiencia pública. Aseguraron que la necesidad de que los aumentos de tarifas se hallen precedidos de una audiencia pública encuentra su fundamento en forma implícita en la Constitución Nacional, entendiéndose que es el único modo de aplicar al art. 43 C.N. la garantía del art. 18 C.N. a fin de que pueda darse la efectiva participación útil de los interesados. Adujeron que no hay forma de tutelar el derecho de defensa de los usuarios en sede administrativa puesto que la participación de éstos en los entes reguladores, que según algunos pronunciamientos podría subsanar la indefensión, se encuentra incumplida y que tampoco puede subsanarse el defecto con el debate en juicio porque es necesario escuchar previamente lo que expongan los usuarios. Indicaron que la participación de los usuarios y consumidores en los procedimientos para el dictado de actos administrativos de trascendencia social debe ser asegurada y que tal participación se encuentra amparada por disposiciones de los tratados de derechos humanos reconocidos en el art. 75 inc. 22 C.N. Mencionaron que las audiencias públicas se encuentran reglamentadas en el ámbito nacional por el decreto 1172/03 y sostuvieron que no debe admitirse la constante reticencia de la autoridad pública a permitir la participación de los administrados en las decisiones que los conciernen, conducta que calificaron de autoritaria y hegemónica. Aseguraron que desde la óptica de la garantía del debido proceso, la audiencia pública sirve al interés público para que no se produzcan actos ilegítimos; al interés de los particulares para poder influir en las decisiones a adoptarse; a las autoridades públicas para limitar errores y dotar de mayor eficacia y consenso a sus decisiones, y al sistema democrático para impedir la concentración del poder en una autoridad hegemónica. Interpretaron que los actos cuestionados fueron dictados en violación de los arts. 3, 4 y 5 del decreto 1172/03, norma de la cual citaron uno de sus considerandos según el cual "la Audiencia Pública habilita la participación ciudadana en el proceso de toma de decisiones a través de un espacio institucional en el que todos aquellos que puedan sentirse afectados, manifiesten su conocimiento o experiencia y presenten su perspectiva individual, grupal o colectiva respecto de la decisión a adoptarse. Dichas opiniones -no obstante su carácter no vinculante- deben ser consideradas adecuadamente, estableciéndose la obligación de la autoridad de fundamentar sus desestimaciones?". Pretendieron que todo lo así expresado fundaba la exigencia de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora para justificar el pedido de medida cautelar. Acompañaron 377 planillas con firmas de usuarios requiriendo la convocatoria a una audiencia pública (fs. 98) que fueron reservadas en Secretaría. II.- A fs. 51/54 obra la presentación del Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires quien tomó intervención indicando que lo hacía por expreso pedido de los señores legisladores que promovieron esta acción a fin de que adhiriera al reclamo y encauce la acción colectiva en representación de los usuarios y

consumidores de la Provincia de Buenos Aires (acompañó copia de la solicitud respectiva a fs. 34). Invocó asimismo la legitimación consagrada por el art. 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la ley 13.834 de esa provincia cuyo art. 14, inc. f) lo autoriza a promover acciones administrativas y judiciales en todos los fueros incluido el federal. También invocó la necesidad de participación, a través suyo, de la ciudadanía y especialmente de los usuarios del servicio público de energía eléctrica, a fin de ejercer la tutela de los principios consagrados en los arts. 42 C.N. y 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires de ?protección de los intereses económicos de los usuarios?, ?información adecuada y veraz? y ?condiciones de trato equitativo y digno?. Mencionó que el presentante interpuso un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio por ante el Ministerio de Energía y Minería de la Nación contra las Resoluciones 6/16 y 7/16 y por ante el ENRE contra la Resolución 1/16 de este último organismo, las que en copia adjuntó a su presentación. De la copia acompañada de los recursos se observa que el Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, en sustancia, cuestiona que se haya omitido realizar la audiencia pública previa al dictado de las resoluciones por las que se incrementaron las tarifas del servicio eléctrico. Mencionó que la ley 24.065 (Régimen de la Energía Eléctrica) prevé las audiencias públicas tanto en el supuesto del art. 11, como en materia de tarifas, caso en el cual el ente regulador debe dar amplia difusión pública a la solicitud de modificación de tarifas por un plazo de 30 días y luego convocar a audiencia pública (art. 46 a 48). Cuestionó la falta de esta audiencia con la mera alusión, en los considerandos de la Resolución 7/16, a la audiencia pública celebrada diez años atrás en ocasión de suscribirse las Actas Acuerdo de Renegociación Contractual, y con la justificación de que no se trataría de una Revisión Tarifaria Integral (RTI) sino de un reajuste a aplicar sobre el cuadro tarifario vigente de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. dentro del marco del Régimen Tarifario de Transición como si se tratara de la mera adecuación del cuadro tarifario existente al reajuste semestral pendiente. En tal sentido, criticó la falta de razonabilidad de las disposiciones atacadas, objetando que se pretenda hacer valer una audiencia pública celebrada hace más de diez años, al tiempo que se aprueban incrementos tarifarios exorbitantes cuyas dimensiones no pueden morigerarse con el uso de eufemismos tales como ?reacomodamiento? o ?reordenamiento? tarifario, que afectan gravemente sobre las economías familiares. Similar cuestionamiento se observa en el recurso deducido ante el ENRE contra la Resolución 1/16 de dicha entidad (fs. 45/50). Planteó asimismo la inconstitucionalidad de los arts. 4, 5, 6 inc. 1, 10, 13 y 15 de la ley 26.854 en tanto establecen un límite a la pretensión cautelar, afectan los principios de la tutela judicial efectiva vulnerando los arts. 14, 17, 19 y 21 C.N. y el principio de seguridad jurídica, afecta la naturaleza propia de las medidas cautelares que deben dictarse inaudita parte, así como la garantía de la defensa en juicio y el debido proceso (art. 18 C.N.). Las mismas garantías sostuvo que se encuentran afectadas por establecer el efecto suspensivo al recurso de apelación contra las medidas precautorias. III.- El presidente y la vicepresidente del Partido Justicialista de la Provincia de Buenos Aires y su apoderado partidario se presentaron a fs. 57 a fin de adherir a la presentación inicial efectuada por los diputados de la Provincia de Buenos Aires. Adujeron que el Partido Justicialista es una entidad de derecho público no estatal reconocida por el art. 38 C.N. y por la ley 23.298 Orgánica de los Partidos Políticos y que en su calidad de asociación debe serle reconocida la atribución otorgada por el art. 43 C.N. para promover esta acción de amparo. IV.- También se presentó a adherir a la demanda, a fs. 92/93, el Club Social y Deportivo 12 de Octubre en cuya representación suscribió el escrito su Presidente quien invocó la legitimación activa como usuario del servicio de distribución de energía eléctrica en la Provincia de Buenos Aires prestado por la empresa concesionaria EDESUR S.A. en una acción que involucra, según expuso, derechos de incidencia colectiva e intereses individuales homogéneos, circunstancia que, entendió, lo habilita para intervenir como litisconsorte con arreglo a lo dispuesto por los arts. 52, 54 y concordantes de la ley 24240. Expuso su calidad de afectado, indicando que según se observa de las facturas del servicio que acompañó, anteriores y posteriores al reajuste tarifario impugnado, todas ellas con consumos equivalentes, se advierte que el costo del servicio tuvo un incremento aproximado del 300% y señaló que se encuentra en una situación similar a muchísimos otros usuarios del servicio con los que se encuentra en una comunidad de intereses afectados. Mencionó no obstante que, en especial, las asociaciones civiles que se encuentren inscriptas en el Registro Nacional de Clubes de Barrio y de Pueblo, con arreglo a lo dispuesto por la ley 27.098, son beneficiarias de una tarifa social básica de servicios públicos cuya implementación y determinación se halla a cargo de la autoridad de aplicación y que los entes reguladores de servicios públicos deben implementar, incorporar y adecuar en sus cuadros tarifarios la tarifa social básica creada por dicha ley (art. 16). En tal sentido, expresó que los actos impugnados contrarían lo establecido por la citada norma legal. V.- En los autos ?Álvarez Sebastián y otros c. PEN y otros s/ amparo?, acumulados al presente, se reclamó no sólo contra las Resoluciones del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y la del ENRE sino también se incluyó el pedido de nulidad de la Resolución 22/16 del Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires, que tiene alcance provincial y resulta aplicable a los usuarios de las distribuidoras EDELAP (Empresa Distribuidora de Energía La Plata. S.A.), EDES S.A. (Empresa Distribuidora de Energía Sur S.A.), EDEA S.A. (Empresa Distribuidora de Energía Atlántica S.A.) y EDEN S.A. (Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A.), así como a las distribuidoras municipales que operan bajo la jurisdicción de OCEBA (Organismo de Control de Energía Eléctrica). Por ello

también fue demandada la Provincia de Buenos Aires. VI- El representante del Estado Nacional presentó el informe del art. 4 de la ley 26.854 (fs. 107/148). Mencionó que articuló un planteo de incompetencia por vía de inhibitoria por ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo Federal de la Ciudad de Buenos Aires y planteó la falta de legitimación activa para accionar en representación de los usuarios y consumidores del servicio de energía eléctrica, de los diputados provinciales, del Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, del Partido Justicialista y del Presidente del Club Social y Deportivo 12 de Octubre. Comenzó justificando las disposiciones cuestionadas afirmando que las mismas fueron dictadas con el propósito de adecuar la calidad y seguridad del suministro eléctrico a las condiciones técnicas y económicas sustentables y reducir el déficit fiscal originado por los aportes del Tesoro Nacional para cubrir el costo de abastecimiento de la energía eléctrica, limitando los subsidios a los sectores que requieren asistencia estatal; y todo ello, garantizando la prestación del servicio. Indicó asimismo que tal propósito es el que surge del decreto 134/15 que declaró la emergencia en el Sector Eléctrico Nacional hasta el 31 de diciembre de 2017, norma en la que se sustentan las resoluciones impugnadas y que, remarcó, no fue cuestionada por la parte actora. Argumentó que las disposiciones objetadas tienden a promover un uso racional y eficiente de la energía y a generar condiciones para la inversión privada de riesgo en la industria eléctrica; que a su vez tales normas han definido un cierto volumen de energía, dentro del paquete total de prestadores, al que podrá acceder a un precio mínimo una determinada categoría de usuarios con ingresos insuficientes para atender sus necesidades básicas (tarifa social). Cuestionó el requerimiento de una medida cautelar sosteniendo que se encuentra comprometido el interés público al afectar directa y gravemente a las instituciones de la República y la adecuada prestación de un servicio público esencial. Sostuvo que ello vulneraría, además, garantías constitucionales que exigen al Estado proteger a los usuarios en la prestación de los servicios públicos y tender a que sean de calidad y seguros. Afirmaron que la suspensión pretendida como medida cautelar así como la declaración nulidad de los actos reclamada por la parte actora llevaría el sistema eléctrico hacia su colapso. Afirmó que no puede decretarse la suspensión de los actos impugnados sin antes efectuarse un exhaustivo análisis de todo el marco normativo involucrado y del estado en el que se encuentra el Sistema Eléctrico Nacional, el que por efecto de las medidas adoptadas por las administraciones anteriores, exhibe un enorme desfasaje técnico económico. Consideró que no fueron adecuadamente fundados los restantes requisitos de procedencia de la medida cautelar, tales como la verosimilitud en el derecho invocado y en la ilegitimidad del acto, el peligro en la demora y la circunstancia de que la suspensión solicitada no ocasionará perjuicios irreparables. Sobre este último requisito, el apoderado de la demandada indicó que la actora invoca perjuicios meramente hipotéticos y basados en una errónea interpretación de la norma cuestionada y que no acreditan, en el caso concreto, los perjuicios graves de imposible reparación ulterior a que se refiere el art. 13, inc. a) de la ley 26.854. Aseguró que, en base al principio de solvencia estatal, el demandado siempre podrá indemnizar los daños que produzca en el ejercicio de sus acciones, lo cual desvirtúa la posibilidad de daño irreparable como requisito propio de procedencia de la medida cautelar. Criticó las afirmaciones de la actora en cuanto a que las resoluciones impugnadas elevan "caprichosa y arbitrariamente" y "sin sustento alguno" las tarifas eléctricas, por ser argumentaciones patrimoniales y particulares que deben ceder ante el interés público en juego. Respecto de la verosimilitud en el derecho invocado, mencionó que la parte actora no alude a otros vicios que no sea la falta de audiencia pública y sostuvo que, en base al principio de presunción de legitimidad del acto administrativo, quien cuestiona el acto es el que tiene la carga de probar su ilegitimidad. Señaló que la actora no ha fundamentado la existencia de peligro en la demora. Justificó con argumentos sobre la proporcionalidad entre medio y fin la razonabilidad en el dictado de los actos en crisis y expuso los motivos por los cuales consideró conveniente su dictado; mencionó áreas donde la inversión no es suficiente en relación a la demanda, y en particular, se refirió a la falta de inversiones privadas y deficiente planificación que hicieron que los precios del Mercado Mayorista se encontrasen distorsionados por el hecho de que una porción menor del costo de abastecimiento fuese afrontada por la demanda de los usuarios y se acudiera para cubrir la porción sustancial a los recursos del Tesoro Nacional creando una presión tributaria progresivamente creciente sobre la población. Por otra parte, acerca del cuestionamiento por la falta de convocatoria a audiencia pública, sostuvo que para el dictado de las resoluciones impugnadas no resultaba obligatoria la audiencia pública ni ningún otro procedimiento de participación ciudadana, afirmando que, en la especie, no se trata de la audiencia pública referida en los arts. 46 y 47 de la ley 24.065 ni tal convocatoria constituye un requisito esencial de los actos impugnados. Respecto de la Resolución 6/16, que aprobó la reprogramación trimestral de verano para el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) requerida por la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA) y fijó una escala más elevada de precios mayoristas establecida según el consumo de los usuarios del servicio eléctrico denunciado por las distribuidoras, el representante del demandado argumentó que dicho incremento corresponde al segmento "generación" de energía a negociarse en el MEM, de manera tal que, aún cuando ello impacte en la tarifa del servicio eléctrico que el distribuidor le cobra al usuario, no resultaría obligatoria la celebración de audiencia pública previa a la Resolución porque dicho acto administrativo no elevó los precios del transporte o distribución sino los de la generación de energía, actividad que no reviste el carácter de servicio público, y en consecuencia no

habría norma que obligue a convocarla. Por otra parte, dijo que el procedimiento de la audiencia pública no es el único que permite la participación de usuarios y que existirían otros mecanismos a los cuales las autoridades podrían recurrir siempre y cuando ello estuviese previsto en las normas aplicables. En lo que concierne a la Resolución 7/16, que incrementó el precio del transporte y la distribución de energía eléctrica, adujo que, si bien tales actividades son las únicas reguladas por la ley 24.065 y que revisten el carácter de servicio público, debe tenerse en cuenta que la ley 25.561 autorizó al Poder Ejecutivo a renegociar los contratos que tuviesen por objeto la prestación de servicios públicos (entre ellos los de EDESUR S.A. y EDENOR S.A.) y que la ley 25.790 dispuso que la renegociación no se hallaría condicionada ni limitada por los marcos regulatorios que rigen la concesión y licencia de tales servicios. Agregó que por aplicación de tales leyes, cuya vigencia se ha extendido hasta el 31 de diciembre de 2017, se ha efectuado una renegociación contractual cuyos acuerdos -arribados previa celebración de audiencias públicas en el mes de marzo de 2005 e instrumentados en Actas ratificadas por los decretos 1957/06 y 1959/06- previeron un Régimen Tarifario de Transición y una Revisión Tarifaria Integral. Sostuvo que, dado que el incremento dispuesto por la Resolución 7/16 fue hecho en el marco del Régimen Tarifario de Transición, ello lo libera del deber de convocar a una audiencia pública y que la participación ciudadana se satisface en este caso con la audiencia ya celebrada en el año 2005. Sostuvo finalmente que la suspensión de los actos solicitada como medida cautelar y la declaración de nulidad de los mismos reclamada como pretensión de fondo, al tener como finalidad, ambas, evitar que se ejecuten las resoluciones atacadas, deben ser interpretadas como portadoras de una identidad de objeto y por lo tanto rechazadas en virtud de lo establecido por el art. 3, inc. 4 de la ley 26.854. VII.- Los apoderados del ENRE efectuaron su presentación del informe previsto en el art. 4 de la ley 26.854. Aseguraron que la medida requerida no reúne los requisitos exigidos por el art. 3, inc. 2 de la ley 26.854. Afirmaron que la medida debe ser rechazada respecto de los legisladores y el Partido Justicialista por no haber éstos cumplido con lo preceptuado por el art. 13, inc. 2 de la ley 26.854, esto es haber agotado previamente la vía administrativa; aunque reconocieron que distinto es el caso del Defensor del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires que sí ha cuestionado por vía administrativa el acto impugnado y el planteo aún no ha sido resuelto por el demandado. Sostuvieron con idéntico fundamento al del codemandado Estado Nacional que había una identidad de objeto entre la medida solicitada (suspensión del acto impugnado) y la cuestión de fondo (declaración de nulidad de los actos administrativos). Argumentaron que no concurren en el caso los requisitos establecidos por el art. 15 de la ley 26.854. En primer lugar, indicaron que los actores no han probado que la ejecución de las resoluciones criticadas pueda ocasionar perjuicios graves de imposible reparación ulterior. Compararon el incremento tarifario con los ingresos de los legisladores en lo que respecta al reclamo a título personal, y en cuanto a los usuarios de la provincia, señalaron que los actores no demostraron que la tarifa fuese abusiva por no reflejar los costos de la prestación del servicio eléctrico. Compararon también el valor del servicio eléctrico con el del teléfono y el de televisión por cable. Afirmaron que la tarifa que debe pagar el usuario debe reconocer los costos que se originan a la concesionaria para la prestación del servicio con más una razonable tasa de retorno empresaria; así, mencionaron que conforme el art. 40 inc. a) de la ley 24.065 las tarifas deben ajustarse al principio según el cual los transportistas y distribuidores tengan la oportunidad de obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos [...] y una tasa de retorno? que asegure ?una razonable [...] rentabilidad? (art. 41). Concluyeron que la garantía constitucional de protección de los intereses de los usuarios se ve satisfecha cuando la tarifa cubra los costos operativos de las empresas prestatarias. No obstante, indicaron que la rentabilidad del concesionario no fue incluida en el incremento tarifario del trimestre comprendido en la resolución impugnada. Remarcaron que los actores no tienen en cuenta dos situaciones puntuales que disminuyen los valores tarifarios: la derogación del Programa de Uso Racional de la Energía Eléctrica (PUREE) que penalizaba a quienes habían consumido más energía que en el año 2004 y la incorporación de una tarifa social. Además, señalaron que la medida produciría un daño grave e irreversible no sólo en los concesionarios por la falta de ingresos para atender la prestación del servicio, ocasionando una seguidilla de cortes del suministro eléctrico, sino en la Provincia de Buenos Aires y en los municipios de dicha provincia comprendidos en el área de concesión que reciben una contribución del 6% y 6% respectivamente, de las entradas brutas de las distribuidoras conforme el decreto 714/92. Indicaron que no se encuentra acreditada la verosimilitud en el derecho. En este sentido, expresaron que no existe norma alguna que exija la realización de audiencia pública previa. Contrariamente a lo afirmado por los actores, sostuvieron que la Audiencia Pública no tiene base constitucional y que no se configuraron las circunstancias establecidas en la ley 24.065 para el llamado a dicha audiencia y que ni la ley 19.549 ni su decreto reglamentario lo establecen, de manera que no se vería afectado el acto por falta de cumplimiento de formas esenciales. Mencionaron además que otras resoluciones anteriores del ENRE se realizaron sin audiencia pública y no fueron impugnadas. Expusieron argumentaciones similares a su codemandado en relación a las audiencias públicas llevadas a cabo en ocasión de la renegociación contractual con las prestadoras del servicio, ratificadas por decretos 1957/06 y 1959/06. En particular, indicaron que la ley sólo requiere la previa convocatoria a una audiencia pública para establecer el cuadro tarifario quinquenal previsto por la ley 24.065 y argumentaron que tal convocatoria habrá de realizarse, en todo caso, cuando tenga lugar lo que el convenio de

renegociación citado denomina Revisión Tarifaria Integral (RTI). No obstante ello, mencionaron que el convenio de renegociación estableció el llamado Régimen Tarifario de Transición (RTT) que consistía, por una parte, en la aplicación del cuadro tarifario vigente al momento de la firma del Acuerdo (incluyendo las variaciones de los precios mayoristas de la electricidad trasladados a las tarifas), con las modificaciones contenidas en ese convenio - entre ellas, un aumento del 23% sobre los costos de distribución, conexión y de servicio de rehabilitación que percibe el concesionario (siempre que no resultara de ello un incremento de la tarifa media superior al 15%)- y, por otra, -para evitar que la inflación provocara un retraso tarifario- en el establecimiento de un sistema de monitoreo semestral sobre la variación de costos del concesionario, de forma tal que si el impacto inflacionario superaba el 5% de los índices de variación de costos el ENRE podría efectuar ajustes de los ingresos del concesionario.

Destacaron que, pese a lo establecido por el convenio, dicho reajuste no se hizo en forma semestral y responsabilizaron a la Subsecretaría de Coordinación y Control de Gestión del Ministerio de Planificación, que debía intervenir con arreglo a la Resolución 2000/05 MPFIPyS en casos de incrementos tarifarios, por no haber autorizado jamás los ajustes propuestos por el ENRE, con excepción de los siguientes: el efectuado en el año 2008, instrumentados por las Resoluciones 324/08 y 356/08 ENRE (que incrementaron la tarifa en 9,75%; 7,34%; y 0,88% correspondientes al segundo, tercero y cuarto semestre, respectivamente), y el realizado en el año 2012, instrumentado por Resolución 347/12 ENRE (que autorizó un incremento fijo diferenciado para cada categoría de usuario). Criticaron que el Poder Ejecutivo, en el período anterior, pese a la evidencia de la afectación del servicio por falta de inversión, al reclamo permanente de las distribuidoras y a los informes del ENRE, no hubiese permitido otro reajuste tarifario que los mencionados y sólo dispusiera medidas tendientes incrementar los ingresos de las concesionarias provenientes de fuentes diferentes a la tarifa a cargo del usuario. En especial, remarcaron que por Resolución 32/15 SE fue aprobado un aumento en los ingresos de las concesionarias, cuantificado en la diferencia entre un Cuadro Teórico establecido y el Cuadro Tarifario vigente, que le era otorgado a las distribuidoras en concepto de subsidio directo. Afirmaron que al desplazar los ingresos ?genuinos? de las concesionarias (provenientes de las tarifas) por la política de subsidios, las empresas no podían obtener recursos en el mercado financiero para realizar inversiones y que así fue necesaria la declaración de emergencia del sector eléctrico efectuada por decreto 134/15 y la consecuente Resolución 7/16 MEyM que suprimió los subsidios e instruyó al ENRE a efectuar los ajustes en las tarifas indicando que para ello debía aplicarse el Régimen Tarifario de Transición (RTT) referido en el convenio de renegociación.

Adujeron que, como en este caso, el incremento tarifario se hizo bajo el amparo el Régimen Tarifario de Transición (RTT), la audiencia pública no resultaba obligatoria. Remarcaron que la Resolución 1/16 ENRE, cuestionada por los actores, fue dictada en base a la instrucción recibida del Ministerio de Energía y Minería; aclararon que la norma no dispuso un cambio en las condiciones del servicio, no se hicieron variaciones en las categorías de usuarios ni en el reglamento de suministro, sino que únicamente se estableció un incremento de tarifas en el marco del Período de Transición Contractual (conforme a la nomenclatura del convenio de renegociación) en base al incremento de los costos de generación y distribución de energía constatados por el ENRE desde el año 2006 a la fecha mediante el Mecanismo de Monitoreo de Costos que el ente realizó durante todo ese período y que la Administración política anterior no autorizó el traslado a la tarifa por haber solventado dichos costos con subsidios. Subrayaron que la determinación del ajuste constituye ?la mera aplicación de un análisis técnico económico? y que como no se alteran las condiciones del servicio no corresponde la participación ciudadana. Argumentaron que no resultan aplicables los arts. 46 y 48 de la ley 24.065 porque el primero se refiere a incrementos extraordinarios de tarifas requeridos por la concesionaria y el segundo a la situación inversa, a la reducción de la tarifa por causas especiales y no previstas. Dijeron que al estar encuadrados estos incrementos en el Régimen Tarifario de Transición (RTT) establecido en el convenio de renegociación aprobado en el año 2006, no puede sostenerse que se trate de una situación excepcional ni extraordinaria y por lo tanto no puede exigirse la convocatoria a la Audiencia Pública. Aseguraron que tampoco se encuentra reunida la exigencia del art. 13 de la ley 26.854 en el sentido de que la suspensión de los efectos del acto no produzca efectos jurídicos o materiales irreversibles. Así, señalaron que la medida afectaría a los recursos del Estado Nacional al tener que mantener un sistema de subsidios que la Resolución 7/16 suprime a fin de que sean los que se benefician del servicio quienes cubran el costo del mismo y que afectará también los porcentuales que perciben la Provincia de Buenos Aires y las municipalidades.

VIII.- 1Las medidas cautelares encuentran su liminar fundamento en el plexo de garantías reconocidas por el artículo 18 de la Constitución Nacional a todos los habitantes de la Nación, cláusula que expresa de manera admirable los fundamentos históricos, políticos y jurídicos de la exclusión de la defensa por mano propia y su reemplazo por el debido proceso judicial. El dictado de las medidas precautorias no exige un examen de certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo de su verosimilitud; además el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra cosa que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (conf. caso ?Compañía General de Gas S.A.?, Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala II, L.L., 1996-C-434). En tal sentido, ?el propósito de las medidas cautelares consiste en asegurar la eficacia práctica del pronunciamiento

a dictarse, mas no el de lograr un resultado que sólo podría obtenerse con la admisión de la demanda? (Fallos 320:300). Deben recordarse en tal sentido, las palabras impercederas de Joaquín V. González que nos enseñó que "no son como pueden creerse las declaraciones, derechos y garantías, simples formulas teóricas: cada uno de los artículos y cláusulas que los contienen poseen fuerza obligatoria para los individuos, para las autoridades y para toda la Nación. Los jueces deben aplicarlos en la plenitud de su sentido, sin alterar, ni debilitar, con vagas interpretaciones o con ambigüedades la expresa significación de su texto. Porque son la defensa personal, el patrimonio inalterable que hace de cada hombre, ciudadano o no, un ser libre e independiente dentro de la Nación Argentina?" (Joaquín V. González, Manual de la Constitución, Estrada, vigésima cuarta edición, Buenos Aires, 1951, p. 102). Tanto la doctrina como la jurisprudencia de los tribunales sostienen, en consonancia con las normas procesales que reglan la materia, que constituyen requisitos básicos que habilitan la eventual tutela cautelar, la previa comprobación de la verosimilitud del derecho invocado, el daño grave que se derivaría de la demora y el interés público eventualmente comprometido. En primer lugar he de referirme a la conjunción de normas cuestionadas por los accionantes que se integra con el decreto del Poder Ejecutivo de la Nación n° 134/2015, las Resoluciones 6/2016 y 7/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y las Resolución del ENRE n° 1/2016. El primero de ellos, luego de reseñar las graves deficiencias que se advierten en el sector vinculado a la producción, al transporte y a la distribución de la energía eléctrica, declara la emergencia del Sector Eléctrico Nacional hasta el 31 de diciembre de 2017. Mediante la segunda norma citada, el Ministerio de Energía y Minería de la Nación aprobó la reprogramación trimestral de verano para el mercado eléctrico mayorista elevada por la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (CAMMESA) correspondiente al período comprendido entre el 1° de febrero de 2016 y el 30 de abril de 2016 estableciendo precios de referencia estacionales para ese mercado y durante el mismo período. La Resolución del Ministerio de Energía y Minería de la Nación n°7/2016 instruye al ENRE a efectuar un ajuste del valor agregado de distribución de los cuadros de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. conforme a lo establecido en las actas-acuerdos ratificadas por el decreto 1957/2006; instruyendo a ese organismo a aplicar una tarifa social de conformidad a la misma acta-acuerdo. La Resolución n° 1/2016 del ENRE aprueba nuevos cuadros tarifarios aplicables a las empresas distribuidoras EDENOR y EDESUR, establece el abono mensual para los usuarios de esas empresas y ordena el mantenimiento de una la tarifa social respecto de los usuarios de más bajo consumo. Los amparistas cuestionan dichas normas y piden se disponga una medida de no innovar con alcance general que suspenda la vigencia de tales disposiciones. Fundan tal requerimiento en la presunta violación a los principios de razonabilidad, de participación (ante lo que entienden la falta de audiencia pública) y de progresividad de los derechos humanos. Cabe puntualizarse inicialmente que a los efectos de apreciar el bonis fumus iuris requerido por el art. 230, inc. 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la presunción de validez que debe reconocerse a los actos de autoridades constituidas (Fallos 245:552 y 249:221) "obliga en procesos precautorios que, como el presente, son de un limitado conocimiento, a una severa apreciación de las circunstancias del caso y a una actuación con suma prudencia [de los jueces] que sin resignar por cierto su función de custodios de la Constitución, evite que medidas de esta índole comprometan la actuación de los poderes públicos ...?" (Fallos 314:1202). Cuando se trata de una medida cautelar como la requerida, a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de una tutela precautoria consistente en la verosimilitud del derecho y del peligro irreparable de la demora ha de requerirse, además, la insoslayable consideración del interés público. A su vez, la ley 26.854 establece aun requisitos más exigentes cuando se trata de medidas cautelares que se dicten contra el Estado (arts. 1, 13 y 15). También estas normas establecen, entre otros recaudos, la no afectación del interés público. En este sentido, repárese que la ley 26.854, en su art. 13, establece que para decretar la suspensión de los efectos de un acto general o particular deben concurrir los extremos enumerados en los incisos a) al e) de ese mismo artículo. El primero de ellos exige que se acredite sumariamente que el cumplimiento o la ejecución del acto ocasionará perjuicios graves de imposible reparación ulterior. En lo que respecta al aporte de los elementos de convicción requeridos por la citada norma procesal para esta etapa preliminar del proceso, se advierte que la alegación de la parte actora referida a que la implementación de las resoluciones objetadas produce los denunciados incrementos porcentuales en la tarifa del servicio de energía eléctrica, no ha sido complementada con el acompañamiento de facturas u otras constancias que evidencien el grado del aumento del servicio respecto del período anterior al comprendido en las resoluciones atacadas. Sólo se encuentran agregadas las constancias que lucen a fs. 70/73 correspondientes al Club Social y Deportivo 12 de Octubre y que se refieren únicamente a un caso particular y una sola categoría de usuario. Que por otra parte, el Club Social y Deportivo 12 de Octubre, que además de invocar la legitimación colectiva ha reclamado por derecho propio, no ha acompañado otros elementos adicionales a la factura eléctrica que permitan verificar que, a su respecto, la ejecución del acto le ocasionará a esa entidad perjuicios graves de imposible reparación ulterior, tal como lo exige la norma citada como condición de procedencia de la medida requerida. Que tampoco surgen elementos de la presentación de los diputados provinciales, quienes también han reclamado no sólo por intereses colectivos sino invocando su propio derecho, pero ni siquiera han acompañado las facturas del servicio del que, según manifestaron, serían usuarios. Respecto al interés público, no

corresponde sustraerse a la realidad de una grave crisis energética y las eventuales consecuencias que derivarían de una medida cautelar con los alcances que pretenden los accionantes. La producción, el transporte y la distribución de la energía eléctrica constituyen instrumentos estratégicos para el progreso del Estado y el bienestar de sus habitantes, generando un derecho en éstos de un acceso digno, sin el cual se afectan derechos sustanciales como la salud, la educación y la cultura. Se ha dicho con razón que el tema de las tarifas de los servicios públicos -al igual que otras tantas cuestiones diarias pero trascendentes- ofrece la particularidad de presentar un punto de encuentro para consideraciones tanto económicas como jurídicas, y un punto de confluencia de tres juegos de intereses aparentemente divergentes: los del regulador, los de la empresa regulada prestadora del servicio público y los de los usuarios. En esta escena, el prestador puede aspirar a la mayor rentabilidad posible, pero el usuario desea sufragar la menor de las tarifas, y el regulador brega por proteger al usuario presente y futuro equilibrando los derechos de éste con los de la firma. A su vez, esos tres juegos de intereses se insertan en el plano del orden estatal, donde la tentación de utilización política de las tarifas puede aflorar en más de una agenda, y es allí donde cobran vida los intereses, no sólo del usuario, sino también del ciudadano común contribuyente? (Estela B. Sacristán, Régimen de las tarifas de los servicios públicos. Aspectos regulatorios, constitucionales y procesales, Ábaco, Bs. As., 2007, p. 43). En ese complejo entramado económico y jurídico tienen su génesis las tarifas de los servicios públicos que deben tener en consideración principios tales como los de equidad, eficiencia, proporcionalidad, equilibrio, irretroactividad, juridicidad, participación y racionalidad; todos los cuales derivan del análisis de variables económicas y jurídicas. He de observar, asimismo, que las normas reglamentarias vinculadas a la fijación y regulación de las tarifas de los servicios públicos no son ajenas al principio de legitimidad que emerge de todo acto estatal al que ha de reconocérsele, además, dotado de un marco de discrecionalidad relevante. Así, tiene expresado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ¿las razones de oportunidad, mérito o conveniencia tenidas en cuenta por los otros poderes del Estado para adoptar decisiones que le son propias no están sujetas a control judicial? y que ¿el control de legalidad respecto del procedimiento seguido y las bases normativas que deben ser tenidas en cuenta para la fijación de tarifas no pueden tener lugar en el marco limitado de un amparo? (Fallos 321:1252). También el cintero tribunal de la República ha sostenido que ¿resulta ilegítima la pretensión de que un régimen tarifario se mantenga inalterado a lo largo del tiempo si las circunstancias imponen su modificación, ya que ello implicaría que la Administración renunciara ilegítimamente a su prerrogativa de control de la evolución de las tarifas y, en su caso, de la necesidad de su modificación? (Fallos 321:1784). Sin perjuicio de entender este judicante que aún en estas circunstancias debe ejercerse un control de legalidad por parte del Poder Judicial; ese control ha de ejercerse con extrema prudencia evitando que una decisión apresurada y carente de una sólida información técnica pueda tener la disvaliosa consecuencia, no sólo de obstaculizar la solución de la crisis, sino, incluso de agravarla. Respecto al análisis de razonabilidad que pretenden los accionantes estimo que en atención a la índole de la materia no corresponde realizarlo en el estricto y restringido marco de una medida cautelar y con el alcance general que deriva de la pretensión de los amparistas. Al respecto tiene expresado el más alto tribunal de la República que ¿el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en el ejercicio de su poder jurisdiccional, no los faculta para sustituir a la administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad, y mucho menos ciertamente en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación de servicios? (Fallos 323:1825). Ello, empero, no sería óbice, para que ese control judicial de razonabilidad pudiera ejercerse en un caso específico en que se acredite una manifiesta arbitrariedad. En relación al eventual incumplimiento de los arts. 46 y 48 de la ley 24.065 que determinan la realización de una audiencia pública el tema aparece, según las constancias de autos, controvertido y no cabe resolverlo en esta instancia preliminar del proceso. La resolución del Ministerio de Energía y Minería de la Nación n° 7/2016 señala en uno de sus considerandos ¿que la realización de la audiencia pública posibilitó la participación y la expresión de opiniones de los usuarios y consumidores, así como también de distintos sectores y actores sociales, cuyos elementos de juicio fueron tenidos en cuenta en el análisis de la renegociación y motivaron modificaciones en las actas acuerdos firmadas por las empresas concesionarias y finalmente ratificadas por el Poder Ejecutivo Nacional? (párrafo 37). Dicha expresión, si bien controvertida, -porque informa de una audiencia pública que estaría mencionada en un acta-acuerdo suscripta varios años antes- está amparada ab initio por el principio de legitimidad y no se ha acompañado prueba relevante alguna que la invalide. He de recordar, asimismo, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha revocado pronunciamientos judiciales que habían establecido la invalidez de resoluciones del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y del Ente Regulador del Gas por haberse dictado sin que se hubiera convocado a audiencia pública (Fallos 337:877). Empero, estimo que la consideración del tema por su relevancia debe derivarse al momento de la sentencia. En relación al principio de progresividad alegado por los amparistas con fundamento en los tratados internacionales sobre derechos humanos jerarquizados por la reforma de la Constitución de 1994, corresponde recordar que su aplicación en materia de derechos sociales -según lo refieren esos instrumentos internacionales- es condicional. Al respecto la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) prevé en su art. 26 que ¿los Estados partes se comprometen a adoptar

providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados?. A su vez, el art. 1° del Pacto de San Salvador -ratificado por ley 24.658- dispone que los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo?. En similar sentido, se expresa el Pacto sobre Derechos Sociales, Culturales y Económicos en su art. 2.1. Por los motivos expuestos, lo dispuesto en el art. 230 del C.P.C.C.N.; los arts. 1, 13 y 15 de la ley 26.854 y teniendo en consideración prima facie la índole de la materia en debate, la preservación del principio de la división de poderes y la insuficiencia de la prueba acompañada a estos autos, considero que no corresponde hacer lugar a la medida de no innovar solicitada; ello sin perjuicio del criterio que se adopte en la sentencia definitiva de la instancia. Por ello RESUELVO: No hacer lugar a la medida cautelar solicitada. Regístrese- Notifíquese. ADOLFO GABINO ZIULU JUEZ DE 1RA INSTANCIA

Correlaciones: Ley 26854 - BO: 30/04/2013 Nota: (*) Nota de la Editorial: Se advierte al suscriptor que por tratarse de un fallo de primera instancia, el mismo podría no encontrarse firme al momento de su publicación. 008057E