

30 MAY 2016

Hora: 11:20hs.

ffouy.



MINISTERIO PÚBLICO
FISCAL
PROCURACIÓN GENERAL DE LA NACIÓN
REPÚBLICA ARGENTINA

"Soloaga, Jorge Marcelo y otros c/Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional y otros s/Amparo Colectivo", Expediente N° FCR7026/2016

CONTESTA VISTA.-

Señora Jueza Federal:

Lucas Alberto Colla, Fiscal Federal Subrogante de Caleta Olivia, con domicilio en B. Rivadavia N° 22 de esta ciudad, en el expediente de referencia, ante el Tribunal me presento y digo:

I.- OBJETO

Vengo por el presente a contestar la vista conferida a este Ministerio Público Fiscal a fs. 96 en virtud del art. 2 de la ley 27.148 y 4 de la ley 26.854, y en adelante se tratarán los temas relativos a la habilitación de instancia conforme la acción de amparo intentada, la competencia del Tribunal y la medida cautelar solicitada.

II.- ANTECEDENTES

El presente sumario se inicia en virtud de la acción de amparo impetrada en la sede del Tribunal contra el Estado Nacional -Poder ejecutivo Nacional, Ministerio de Energía y Minería de la Nación-, y contra el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS); y subsidiariamente contra la Empresa DISTRIGAS en su calidad de distribuidora del servicio de distribución de gas, solicitando la declaración de inconstitucionalidad por ilegitimidad manifiesta de A).- Resolución N° 28/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, del 28/03/16; B).- Resolución N° 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, del 28/03/16; C).- Resolución N° I/3733 dictada por el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), del 31/03/16; D) y, subsidiariamente, toda otra norma dictada en concordancia con las citadas y que afecte los derechos de los usuarios de Cañadón Seco y la Provincia de Santa Cruz.

Funda el recurso procesal en la tutela de los derechos colectivos de los usuarios del servicio público de gas natural por redes de la localidad vecina de Cañadón Seco, por el perjuicio que les causa el incremento de los montos a pagar por el servicio conforme los aumentos que la normativa atacada estipula, en tanto arguye que el Poder Ejecutivo Nacional desconoció los derechos previstos en el art. 42 de la Carta Magna, en lo referente a la participación de los usuarios en los procesos de formación de precios de los servicios públicos.

Más específicamente refiere que los aumentos previstos en la normativa que se objeta adolecen de la realización de la audiencia pública previa, lo que conculca los derechos constitucionales inherentes al control por parte de los usuarios, ya sea personalmente o a través de las asociaciones de consumidores.

En el mismo líbello, los presentantes también requieren la suspensión de la normativa citada a fin de evitar que su aplicación automática incida de forma inminente e irreparable en los derechos de los consumidores.

LUCAS ALBERTO COLLA
FISCAL FEDERAL SUBROGANTE

III.- DE LA COMPETENCIA

En relación a la competencia del Tribunal para avocarse a los presentes actuados, entiende este Ministerio Público Fiscal que debe entender y resolver en la presente en razón de la materia y de la persona.

Al respecto, inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha expresado que el derecho federal está compuesto por todas las leyes sancionadas por el Congreso de la Nación, en uso de las facultades comprendidas por el art. 75 de la Constitución Nacional que no sean de derecho común ni locales, de lo que se colige que el carácter de las normas (federal/local) se definen por exclusión expresándose que son leyes federales las leyes que no son locales ni comunes.

La competencia federal en razón de la materia atribuye a los tribunales federales el conocimiento y decisión de todas las causas que versan sobre puntos regidos por la Constitución, por leyes del Congreso o por los tratados celebrados con las naciones extranjeras, de acuerdo a lo establecido por el art. 116 de la C.N. y art. 2, incisos 1 y 6 de la ley 48.

Por su parte y en relación al recurso procesal intentado, también se le asigna competencia federal al tema bajo análisis en virtud de los arts. 4 y 18 de la ley 16.986.

Sentado ello, podemos decir que el contorno jurídico-material está constituido por la Constitución Nacional en el vértice, por los tratados internacionales y por las demás normas inferiores o infraconstitucionales, todo lo que regula materias que hacen a la actividad propia de la Nación, de sus organismos, de la administración centralizada y descentralizada y de las empresas privatizadas donde existan intereses nacionales en juego; disponiéndose la competencia de excepción para causas cuyo demandado resulte el Estado Nacional -en el caso el Ministerio de Energía y Minería de la Nación perteneciente al Poder Ejecutivo Nacional-.

De lo expuesto se advierte la competencia federal en la cuestión de autos. Ello así porque la distribución de gas natural está regulada por una serie de normas nacionales (Ley 24076 y Decretos reglamentarios), y en tal sentido la Corte Suprema de Justicia ha sostenido, en los autos "Camuzzi Gas del Sur S.A. s/inhibitoria en autos caratulados Decovi s/ amparo Expte. 21.684/06 STJ - Sec. 4", del 08/04/2008, que "...si la solución de la causa depende esencialmente de la aplicación e interpretación de normas de derecho federal debe tramitar en la justicia federal (cfr. Doctrina de Fallos: 313:98; 318:992; 322:1470; 323:798) y que cuando la competencia de ésta surge *ratione materiae* es improrrogable, privativa y excluyente de los tribunales provinciales, sin que el consentimiento ni el silencio de las partes sean hábiles para derogar esos principios (Fallos: 311:1821; 324:2078) ...".

En dicho sumario, el Supremo Tribunal de la República hizo suyo el dictamen de la Procuradora Fiscal y decidió que es competente la justicia federal para entender en la acción de amparo tendiente a obtener que se declare la inconstitucionalidad de la aplicación del Programa de Uso Racional de la Energía (PURE) y la devolución de lo cobrado por la empresa distribuidora del servicio de gas en aplicación de dicho programa, por cuanto la cuestión debatida se relaciona con la aplicación de normas de naturaleza federal, como son -en el caso- la ley 24.076, el decreto 181/2004, las resoluciones 624/2005 y 881/2005 de la Secretaría de Energía de la Nación y las resoluciones 3245/2005 y 3538/2006 del ENARGAS.-



Asimismo, ha dicho en los autos "Ministerio de Trabajo c/ Asociación Sindical de Obreros y Empleados Municipales de Santa Fé" S.C.M. n° 2998, L. XL., de fecha 23 de marzo de 2010, que "... Por tratarse de una acción en la cual un órgano del Estado Nacional es parte, el de autos es uno de los asuntos cuyo conocimiento y decisión incumbe a los tribunales de la Nación según el artículo 116 de la Constitución Nacional (Fallos: 292:227 y sus citas)".

En lo que respecta a la competencia en razón del territorio, tanto los domicilios declarados por los presentantes y los efectos del acto administrativo criticado – conforme la normativa aplicable al caso- repercuten en la jurisdicción territorial del Juzgado Federal de Caleta Olivia (ley 26.261), por lo que considero que el Tribunal resulta competente también en razón del territorio.

IV.- DE LA PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN

Respecto de la procedencia de la vía intentada, la actora incoa la acción de amparo según las previsiones de los arts. 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional, con el fin de que se declare la inconstitucionalidad de las Resoluciones N° 28/2016 y 31/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, del 28/03/16, de la Resolución N° I/3733 dictada por el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) y de toda otra normativa que, en concordancia con las citadas, afecte los derechos de los usuarios de la localidad de Cañadón Seco y la Provincia de Santa Cruz.

Sin perjuicio de las deficiencias técnicas del escrito inicial, lo cierto es que mediante la presentación bajo análisis, se arguye la ilegalidad de los actos administrativos que afectan los derechos colectivos de los usuarios del servicio público de gas natural por redes de la localidad vecina de Cañadón Seco, ello como correlato de la ausencia de participación de los usuarios en los procesos de formación de precios de los servicios públicos mediante la realización de la audiencia pública previa.

Ahora bien, en cuanto a los requisitos de viabilidad de la acción intentada, el artículo 43 de la Constitución Nacional establece que "toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro remedio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidas por esta Constitución, un tratado o una ley".

La acción de amparo reglada en la ley 16.986, conforme fuera ratificado por la normativa constitucional que se transcribe, es un proceso excepcional, que sólo es admisible ante situaciones extremas en las que peligren los derechos fundamentales consagrados por la Constitución Nacional.

En tal sentido, se entienden reunidas tales condiciones de excepcionalidad, cuando, debidamente legitimados, se presenten en el caso circunstancias que puedan ser descriptas como de arbitrarias, irrazonables e ilegítimamente manifiestas, y la comprobación de un daño concreto y grave que no pueda ser remediado por otra vía.

No cabe duda respecto de la legitimación pasiva del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, dependiente del Poder Ejecutivo Nacional y del Ente Nacional

LUCAS ALBERTO COLLA
FISCAL FEDERAL SUBROGANTE

Regulador del Gas (ENARGAS) por cuanto los mismos resultan los sujetos autores de los actos jurídicos que se tachan de inconstitucionales.

En cuanto a la legitimación activa invocada, conforme lo proveído por el Tribunal a fs. 96 y la pretensión procesal, claro es que la actuación de los requirentes resulta de actores a título personal, pero con efectos colectivos; por lo que resulta de aplicación la doctrina del caso in re "Halabi" de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo a "derechos individuales homogéneos".

Ello por cuanto estamos en presencia del reclamo de un grupo de particulares que, en su carácter de usuarios, requieren tanto una respuesta para su caso particular, como así también, con una visión social y de protección de la comunidad de usuarios alcanzados por la normativa reprochada.

En este sentido, en el precedente "Halabi", el Máximo Tribunal sostuvo: "12) Que la Constitución Nacional admite en el segundo párrafo del art. 43 una tercera categoría conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos. Tal sería el caso de los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de los usuarios y consumidores como de los derechos de sujetos discriminados. En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con efectos expansivos de la cosa juzgada que en él se dicte, salvo en lo que hace a la prueba del daño".

Conforme ello, en el presente caso se está en presencia de los recaudos exigidos por el precedente invocado, ya que existe una pretensión única y que la misma impacta en todos y cada uno de los usuarios del servicio público de gas natural, sin que ello implique avanzar sobre los daños que cada uno pudiere reclamar, lo que satisface la exigencia de "homogeneidad fáctica y normativa" que lleva a considerar razonable la realización de un solo juicio con los alcances señalados por Corte Suprema en los autos "Halabi" (considerando 20), como por la ley 24.240.

Más aún en este caso, donde se critican los procedimientos llevados a cabo para la formación de cuadros tarifarios en el servicio público vinculado con el transporte y distribución gas natural, ya que las características territoriales y climáticas de esta zona difieren de los restantes puntos del país, razón por la cual resulta conveniente el tratamiento del marco normativo circunscripto al grupo de usuarios servidos por la firma Camuzzi Gas del Sur S.A. y Distrigas SE.

Claramente, la acción de amparo intentada, a criterio de Este Ministerio Público, cumple con los requisitos de legitimidad de acuerdo a los argumentos expuestos.

Resta analizar las restantes exigencias de admisibilidad de la acción de amparo, esto es, circunstancias que puedan ser descriptas como de arbitrarias, irrazonables e



ilegítimamente manifiestas, y la comprobación de un daño concreto y grave que no pueda ser remediado por otra vía.

A simple vista, estos extremos se dan de forma evidente en el presente caso, por lo que la habilitación de la vía, prima facie, resulta idónea.

Así, conforme surge de las resoluciones criticadas, los usuarios se ven compelidos a abonar un incremento en el valor del m³ de entre 1000% y 2400% según la categoría que se trate (conforme cuadros del Anexo I de la Resolución Enargas 3733/16), lo que claramente da cuenta del requisito de daño concreto y grave, máxime si se tiene en cuenta la inminencia del aumento, aplicado -conforme los actos administrativos y la prueba arrimada- lo que ocurrió partir del primer día del mes de abril del corriente año.

En cuanto al punto de "agotar las vías legales aptas", habida cuenta de la inminencia del "daño concreto y grave" señalado, claro está que la acción de amparo se impone como la protección judicial adecuada, no siendo necesaria la acreditación de la inexistencia o inoperancia de las vías legales, administrativas o procesales ordinarias a fin de reparar el perjuicio invocado, toda vez que aplicación de la normativa en crisis resultaría efectivamente en un gravamen serio insusceptible de reparación ulterior. (conforme C.S.J.N., "Villar, Carlos A. v. BCRA. s/amparo" 23/2/95, JA 1996-I, síntesis; "Ballesteros, José", 4/10/94 JA 1996-I, síntesis; "Compañía de Perforaciones Río Colorado S.A. v. Dirección General Impositiva", 24/8/93, JA 1995-II, síntesis.).

Consecuentemente, es válido concluir que en el presente caso la vía prevista constitucionalmente se encuentra habilitada en atención al riesgo latente que pesa sobre los usuarios ante el incumplimiento de pago del servicio, dada la época del año y la esencialidad del suministro de gas natural.

En suma, dados los pretensos derechos afectados y, no advirtiéndose a criterio de esta Fiscalía Federal otra herramienta con mayor grado de idoneidad para su tutela, a los fines de poder revertir en debido tiempo y forma en caso de corresponder la conducta denunciada, considerando que se encuentra debidamente habilitada esta instancia judicial, con los alcances y por la vía optada (art. 43 y concordantes de la Constitución Nacional y arts. 1 y 2, Ley 16.986).

Evacuadas estas cuestiones, y conforme el criterio expuesto, este Ministerio Público Fiscal entiende que se ha cumplido con los requisitos normativos exigidos para la vía intentada por la accionante.

Sin perjuicio de lo expuesto en lo referente a la viabilidad de la acción este Ministerio Público Fiscal entiende pertinente proceder a informar al Registro Público de Procesos Colectivos conforme la Acordada N° 32/2014 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación -y su modificatoria N°12/16-, habida cuenta que el máximo órgano judicial puso de manifiesto en las mentadas acordadas la necesidad de evitar graves consecuencias que la reproducción de actuaciones y la existencia de sentencias contradictorias de distintos estrados, o de decisiones de un tribunal puedan ocasionar (considerando 1° Acordada N° 32/2014).

Asimismo, se entiende pertinente la notificación de todas aquellas personas que pudieran tener un interés en el resultado del litigio, de manera de asegurarles

LUCAS ALBERTO COLLA
SECRETARÍA FEDERAL

tanto la alternativa de optar por quedar fuera del pleito como la de comparecer en él como parte o contraparte.

V.- DE LA MEDIDA CAUTELAR

Respecto a este punto, cabe manifestar que a criterio de este Ministerio Público Fiscal se encuentran reunidos todos los requisitos exigibles previstos por la normativa procesal, toda vez que se ha acreditado mínimamente la existencia del peligro en la demora y la existencia de un daño y verosimilitud en el derecho que habilitan al Tribunal a hacer lugar a la medida solicitada en torno a la suspensión de la aplicación de las tarifas establecidas por la Resolución N° 28/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación

Así, en relación a los requisitos de procedencia debemos decir que la medida del alza de las tarifas controvertida por los usuarios en su calidad de titulares de derechos de incidencia colectiva vulnera con manifiesta arbitrariedad e ilegitimidad el plexo de sus derechos consagrados constitucionalmente. (arts. 42 y 43 Constitución Nacional).

Ello por cuanto en materia de revisión de las tarifas de servicios públicos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha considerado que la presencia de limitaciones al control judicial – determinación de las políticas tarifarias, fijación de tarifas- no es óbice a que pueda ejercerse control de legalidad respecto del procedimiento seguido y de las bases normativas que deben ser tenidas en cuenta para la fijación de las tarifas (CSJN “Prodelco c/ Poder Ejecutivo Nacional s/ Amparo” Fallos 321:1252).

Así, el Máximo Tribunal ha destacado que las tarifas son fijadas, aprobadas o verificadas por el poder público conforme lo disponen la ley o el contrato, atribución que tiene en mira consideraciones de interés público, tales como asegurar la prestación del servicio en condiciones regulares y la protección del usuario (CSJN causas “Maruba S.C.A” del año 1998, Fallos 321: 1252 “Fernández” del mismo año).

De esta manera, conforme tales pautas se veda la posibilidad de adoptar ajustes tarifarios unilateralmente con el objeto de mitigar el impacto económico que aquellos pudiesen ocasionar.

En ese sentido, sostuvo la Corte que la suspensión del aumento tarifario acordado sin participación alguna de los usuarios era propio del control de legalidad y constitucionalidad de los jueces, toda vez que “ no se desconoce el ejercicio de atribuciones y la aplicación de criterios que son resorte exclusivo de la administración, sí se repara en el hecho que la suspensión del ajuste fue ponderada como razonable en tanto no fuera convocada una audiencia pública (CSJN “Defensor del Pueblo de la Nación- incidente cautelar c/ Poder Ejecutivo Nacional y otro, sent del 24-5-2005).

Por su parte, se está en presencia de un caso vinculado al servicio público de distribución de gas natural el cual se encuentra regido por normas de derecho administrativo.

En ese sentido, el aumento del cuadro tarifario dispuesto por la Resolución 28/16 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación, carece prima facie de legitimidad, pues la alteración sustancial del cuadro tarifario se dispuso sin haber tenido



oportunidad de ser oídos y participar en la determinación y/o modalidades de implementación del aumento, lo que afecta los derechos constitucionales invocados.

Por otra parte, el requisito de la audiencia pública previa a la modificación de las tarifas se encuentra previsto el artículo 46 de la ley 24.076, en tanto dispone: “Los transportistas, distribuidores y consumidores podrán solicitar al Ente Nacional Regulador del Gas las modificaciones de tarifas, cargos, precios máximos, clasificaciones o servicios establecidos de acuerdo con los términos de la habilitación que consideren necesarias si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas. 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.”

Por su parte, el Decreto 367/2016, que regula el procedimiento de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos del art.9 de la ley 25.561, también prevé a los efectos de las revisiones de las tarifas la celebración de un procedimiento de audiencia pública, pues en su artículo 5 la norma indica: “Dispónese que en el proceso de realización de la Revisión Tarifaria Integral que surja de los acuerdos integrales de renegociación contractual, mediante el cual se fijará el nuevo régimen tarifario del servicio de que se trate, deberá instrumentarse el mecanismo de audiencia pública que posibilite la participación ciudadana, la que se llevará a cabo contemplando las previsiones del “Reglamento General de Audiencias Públicas para el Poder Ejecutivo Nacional” aprobado por el Decreto N° 1172 de fecha 3 de diciembre de 2003”.

Dicho cuanto antecede, se encuentra configurada la verosimilitud del derecho de usuarios y consumidores en torno a la medida cautelar.

En relación a los restantes requisitos de viabilidad de la cautelar solicitada, resulta de las constancias de autos que el peligro en la demora ya que se advierte la inminencia en los efectos de la aplicación del cuadro tarifario de la Resolución del ENARGAS en lo que respecta al impacto que tienen los aumentos en los patrimonios de los usuarios.

Así, fácil se advierte que el peligro en la demora está dado, en el presente caso, por la existencia de un interés jurídico que justifica la admisibilidad de la medida, y que se traduce en el estado de peligro en que se encuentra el derecho principal, o la posibilidad o certidumbre de que la actuación normal del derecho llegará tarde (CCAFed, Sala II, in re: “Goodbar Pablo -Incidente III- y otros”, del 28-03-06, entre muchos otros).

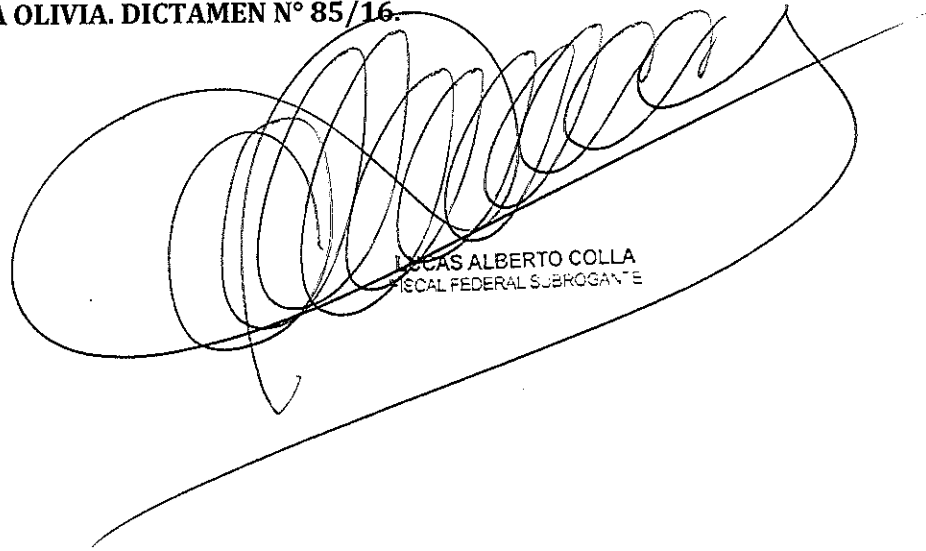
En cuanto a la exigencia establecida en el art. 4 relacionada con el “informe previo”, estimo pertinente, salvo más elevado criterio del Tribunal, que corresponde la aplicación del inciso 3 del mismo articulado, toda vez que a criterio de esta Fiscalía Federal la posibilidad de corte del suministro ante una eventual falta de pago por el aumento tarifario, afecta indefectiblemente los derechos de la salud, máxime si tenemos en cuenta la época invernal en la que toca dirimir la cuestión y el hecho de que el mismo Ministerio de Salud de Nación reconoce los efectos nocivos de las bajas temperaturas en lo referente, principalmente, a enfermedades vinculadas con las vías respiratorias (ver <http://www.msal.gob.ar/salud-y-desastres/index.php/riesgos-de-desastres-en-argentina/principales-amenazas/tormentas-de-nieve-y-heladas>).

En síntesis, con relación a la medida cautelar requerida, atento la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora invocados, en atención a las consideraciones vertidas, entiendo que la misma resulta procedente.

Asimismo, y sin perjuicio de lo expuesto en relación a los motivos de la vista conferida, entiendo pertinente también certificar si en el Juzgado Federal de Río Gallegos existe causa relacionada con el objeto de la presente, toda vez que la resolución del amparo incoado ante vuestro Tribunal, tendrá efectos sobre toda la provincia de Santa Cruz. Es mi opinión.

FISCALIA FEDERAL DE CALETA OLIVIA. DICTAMEN N° 85/16.

Mayo, 27 de 2016.



LUCAS ALBERTO COLLA
FISCAL FEDERAL SUBROGANTE