

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

-I-

La Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata revocó la sentencia de primera instancia y, en consecuencia, hizo lugar a la medida cautelar que suspendió, por el término de tres meses, las resoluciones 6/2016 y 7/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y la resolución 1/2016 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad para el ámbito geográfico de la provincia de Buenos Aires (fs. 558/566).

Relató que un grupo de diputados de la provincia de Buenos Aires, en ese carácter y en calidad de usuarios e invocando la representación de los usuarios afectados de esa provincia, promovió una acción de amparo a fin de que se declare la nulidad de las resoluciones mencionadas bajo el argumento de que dispusieron incrementos exorbitantes en las facturas de electricidad sin celebrar audiencia pública. Señaló que el Defensor del Pueblo de la provincia de Buenos Aires, el Presidente, Vicepresidente y apoderado del Partido Justicialista de esa provincia y el Presidente del Club Social y Deportivo 12 de Octubre se presentaron como terceros y adhirieron a la demanda.

En primer lugar, en relación con los planteos de inhibitoria y de falta de legitimación activa, la cámara señaló que esas cuestiones no fueron tratadas en la decisión apelada y tampoco fueron cuestionadas por los recurrentes. Por lo tanto, entendió que no correspondía pronunciarse sobre estos aspectos, que no fueron planteados ante esa instancia.

En segundo lugar, consideró que se encontraban reunidos los presupuestos necesarios para la procedencia de la medida cautelar solicitada de conformidad con el artículo 230 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y el

artículo 13 de la ley 26.854.

Por un lado, explicó que estaba acreditada la verosimilitud en el derecho ya que en el caso no se celebró una audiencia pública previamente a que se dictaran las resoluciones impugnadas. Destacó que el artículo 42 de la Constitución Nacional y los tratados internacionales reconocen el derecho a la participación ciudadana. Asimismo, se remitió a los argumentos formulados por el mismo tribunal en la causa “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo” (FLP 8399/2016/CA1).

Por otro lado, consideró que también estaba acreditado el peligro en la demora en atención a la naturaleza del servicio afectado y la existencia de un riesgo cierto de interrupción del servicio de energía eléctrica ante la imposibilidad para los usuarios de abonar las facturas al vencimiento.

-II-

Contra ese pronunciamiento, el Ministerio de Energía y Minería de la Nación y el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) interpusieron recursos extraordinarios (fs. 603/623 y 625/644, respectivamente), que fueron concedidos por el *a quo* (fs. 721/722).

El Ministerio de Energía y Minería de la Nación argumenta que la sentencia recurrida es equiparable a definitiva pues causa un gravamen irreparable a los intereses del Estado Nacional. Además, alega que existe cuestión federal en tanto se discute la inteligencia del artículo 42 de la Constitución Nacional, las leyes 15.336, 24.065 y 26.854, el decreto 134/2015, las resoluciones 6/2016 y 7/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y la resolución 1/2016 del ENRE. Asimismo, sostiene que la sentencia incurrió en arbitrariedad y que el caso reviste gravedad institucional.

Con respecto a la legitimación del Defensor del Pueblo de la

Procuración General de la Nación

provincia de Buenos Aires, aduce que se encuentra imposibilitado para ejercer acciones judiciales contra las autoridades nacionales, por lo que no tiene legitimación para cuestionar las resoluciones dictadas por el Ministerio de Energía y Minería de la Nación y el ENRE.

En relación con los presupuestos necesarios para la procedencia de la medida cautelar, afirma que la sentencia impugnada incurrió en arbitrariedad pues tuvo por acreditada la configuración de la verosimilitud en el derecho y el peligro en la demora sin explicar cómo se habían probado esos supuestos en el presente caso. Además, asevera que esos requisitos deben analizarse estrictamente cuando la medida cautelar afecta el interés público. En ese marco, objeta que la cámara haya omitido analizar las consecuencias de la suspensión de las resoluciones sobre el abastecimiento y la continuidad del servicio público de transporte y distribución de electricidad. Agrega que la decisión apelada impide que los sectores más vulnerables accedan al beneficio de la tarifa social.

Por otra parte, cuestiona que la cámara haya suspendido las resoluciones con fundamento en que no se celebró una audiencia pública y sin explicar de qué norma surge esa obligación.

Por un lado, indica que la resolución 6/2016 no se refiere a la tarifa de un servicio público, sino a precios de referencia estacionales de la potencia y la energía en el mercado eléctrico mayorista, los cuales son establecidos por la autoridad de aplicación de la ley 24.065, según los procedimientos de la resolución 61/92 de la ex Secretaría de Energía Eléctrica, que no contempla la celebración de audiencias públicas.

Por otro lado, en relación con la resolución 7/2016, señala que la obligación de implementar ese instrumento de participación está prevista únicamente para la Revisión Tarifaria Integral y no para el procedimiento de Adecuaciones

Transitorias de Tarifas, en el que se inscribe dicha resolución. Afirma que esa resolución efectuó el reajuste semestral del cuadro tarifario existente en los términos de las actas acuerdo de renegociación contractual, que fueron ratificadas por los decretos 1957/2006 y 1959/2006. Sostiene que esas renegociaciones fueron sometidas a audiencia pública en el año 2005. Añade que la ley 25.790 eximió transitoriamente al Poder Ejecutivo Nacional de ciertas pautas que imponía la ley 24.065.

El ENRE objeta la resolución recurrida en términos similares. En lo sustancial, cuestiona que la cámara haya tenido por acreditados los requisitos necesarios para la procedencia de la medida cautelar ordenada sin fundar su decisión y sin considerar el interés público involucrado.

-III-

A mi modo de ver, el recurso extraordinario fue correctamente concedido.

Es doctrina de la Corte Suprema que las resoluciones que ordenan, modifican o levantan medidas cautelares no revisten el carácter de sentencias definitivas en los términos que exige el artículo 14 de la ley 48 para la procedencia del recurso extraordinario; sin embargo, ese principio admite excepciones. La decisión aquí recurrida debe ser equiparada a una sentencia definitiva en cuanto suspende la aplicación de normas de carácter general que regulan las condiciones de prestación del servicio de energía eléctrica (doctr. Fallos: 321:1187 y 323:3075). Ello justifica la necesidad de que la Corte Suprema se expida en el presente caso, máxime cuando los apelantes traen una cuestión federal suficiente vinculada a la interpretación y aplicación de normas federales (art. 14, inc. 3, ley 48; Fallos: 318:814 y 338:830).

-IV-

Con relación al fondo de la cuestión planteada, corresponde

Procuración General de la Nación

destacar las circunstancias relevantes del presente caso.

El 25 y 27 de enero de 2016, el Ministerio de Energía y Minería de la Nación dictó las resoluciones 6/2016 y 7/2016 respectivamente, por las que dispuso un incremento de la tarifa de energía eléctrica que deben afrontar los usuarios para acceder a ese servicio básico. Esos incrementos comenzarían a regir a partir del 1 de febrero del presente año.

En primer lugar, la resolución 6/2016 incrementó los precios de referencia estacionales de la potencia y energía en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM). Además, incluyó diversas regulaciones que impactan en el acceso de los usuarios y consumidores al servicio eléctrico. En este sentido, estableció el Plan Estímulo, a través del cual fijó precios bonificados para los usuarios residenciales que registren ahorro en el consumo de energía (arts. 5 y 6), y creó la Tarifa Social, que implica una bonificación del cien por ciento (100%) del precio de la electricidad hasta un consumo mensual de ciento cincuenta kilovatios hora (150 kWh/mes) y precios bonificados para los consumos excedentes (art. 7).

En segundo lugar, la resolución 7/2016 encomendó al ENRE efectuar un ajuste del valor agregado de distribución (VAD) en los cuadros tarifarios de Edenor SA y Edesur SA (art. 1) y llevar adelante el procedimiento de Revisión Tarifaria Integral (art. 5).

En tercer lugar, la resolución 1/2016 dictada por el ENRE determinó los valores de los nuevos cuadros tarifarios de Edenor SA y Edesur SA.

Asimismo, estas medidas dispusieron un cambio en el financiamiento del esquema tarifario del servicio de energía eléctrica (cf. considerandos resoluciones 6/2016 y 7/2016). De modo similar a lo decidido en el ámbito del servicio básico de gas, se puso en marcha un cambio de un sistema en el cual el Estado asumía

un rol central al sostener la generación, distribución e inversión a través de subsidios, a un régimen donde estos conceptos se trasladan sustancialmente, en forma directa, a los usuarios y consumidores.

La implementación de esa nueva política —en oportunidad de fijar el precio estacional de la potencia y energía en el mercado mayorista y el de la distribución— trajo aparejado un aumento extraordinario de la tarifa final que deberían abonar los usuarios y consumidores. En su demanda, la parte actora sostuvo que los hogares que consumen hasta 300 kWh por bimestre deben afrontar aumentos cercanos al quinientos cuarenta por ciento (540%); los que consumen hasta 1.000 kWh, incrementos superiores al setecientos por ciento (700%); y los que consumen más de 1.000 kWh, aumentos de menos del quinientos por ciento (500%) (fs. 6 vta.). Además, afirmó que los usuarios comerciales e industriales deben afrontar aumentos que rondan entre el seiscientos por ciento (600%) y el setecientos cincuenta por ciento (750 %) (fs. 7). A los efectos cautelares, resulta relevante ponderar que la cuantía de tales aumentos no fue controvertida por el Estado Nacional ni por el ENRE, quienes tampoco proporcionaron información sobre el impacto de las medidas en las facturas finales de los usuarios y consumidores.

-V-

En vista de las circunstancias anteriormente descriptas, entiendo que la resolución recurrida es ajustada a derecho en cuanto entendió que se encuentran reunidos los presupuestos para suspender cautelarmente las mencionadas resoluciones porque fueron adoptadas sin la previa celebración de una audiencia pública.

Cabe aclarar que, no obstante el carácter cautelar del pronunciamiento, en el presente caso procede efectuar un análisis exhaustivo sobre la configuración de los recaudos de verosimilitud en el derecho y peligro en la demora atento a que se encuentra en juego el interés general de la sociedad —cuya defensa

Procuración General de la Nación

incumbe a este Ministerio Público Fiscal por mandato constitucional (art. 120, Constitución Nacional)— vinculado a la continuidad y a la accesibilidad al servicio de energía eléctrica.

Con relación a la verosimilitud del derecho invocada, es pertinente destacar que el artículo 42 de la Constitución Nacional, incorporado en la reforma de 1994, otorgó máxima jerarquía a los derechos de información, consulta y participación de los usuarios y consumidores como así también a la protección de sus intereses económicos.

En alusión a esa norma constitucional, la Corte Suprema expuso recientemente que “en materia tarifaria la participación de los usuarios de un servicio público no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida. (...) [E]s imperativo constitucional garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio” (“Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c/ Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, FLP 8399/2016/CS1, sentencia del 18 de agosto de 2016, considerando 18°, voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco y considerando 14°, voto del juez Maqueda; en adelante, “CEPIS”).

Agregó que “la participación de los usuarios con carácter previo a la determinación de la tarifa constituye un factor de previsibilidad, integrativo del derecho constitucional a una información ‘adecuada y veraz’ (artículo 42, Constitución Nacional) y un elemento de legitimidad para el poder administrador, responsable en el caso de garantizar el derecho a la información pública, estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno (artículo 1, Constitución Nacional). Asimismo, otorga una garantía de razonabilidad para el usuario y disminuye las estadísticas de litigación judicial sobre las medidas que se adoptan” (considerandos citados).

En el ámbito del servicio básico de la electricidad, el derecho constitucional a la información, consulta y participación es implementado por la Ley 24.065 de Energía Eléctrica mediante el mecanismo de audiencias públicas (arts. 46 y 48).

Así, el artículo 46 dispone que “[l]os transportistas y distribuidores aplicarán estrictamente las tarifas aprobadas por el ente. Podrán, sin embargo, solicitar a este último las modificaciones que consideren necesarias, si su pedido se basa en circunstancias objetivas y justificadas. Recibida la solicitud de modificación, el ente dará inmediata difusión pública a la misma por un plazo de treinta (30) días y convocará a una audiencia pública para el siguiente día hábil a fin de determinar si el cambio solicitado se ajusta a las disposiciones de esta ley y al interés público”. Por su parte, el artículo 48 dice que “[c]uando, como consecuencia de procedimientos iniciados de oficio o por denuncia de particulares, el ente considere que existen motivos razonables para alegar que la tarifa de un transportista o distribuidor es injusta, irrazonable, indebidamente discriminatoria o preferencial, notificará tal circunstancia al transportista o distribuidor, la dará a publicidad, y convocará a una audiencia pública con no menos de treinta (30) días de anticipación...”.

En el marco de la ley 24.065, la audiencia pública es, en definitiva, uno de los mecanismos establecidos a fin de proteger los intereses económicos de los usuarios y consumidores (art. 42, Constitución Nacional). La tutela de esos intereses económicos se encuentra asimismo receptada en el deber de fijar tarifas justas y razonables (arts. 2, inc. d y 40, inc. d, ley 24.065), esto es, que observen los principios de transparencia, certeza, previsibilidad, gradualidad y razonabilidad (“CEPIS”, considerando 32º, voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco y considerando 32º, voto del juez Maqueda).

Procuración General de la Nación

En tal sentido, no puede obviarse que la fijación de tarifas irrazonables puede afectar el acceso de usuarios y consumidores al servicio básico de energía eléctrica, comprometiendo el goce de derechos humanos y fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales.

En efecto, por un lado, se halla involucrada la protección del techo de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, que comprende alimentación y vivienda adecuados, así como una mejora continua de las condiciones de existencia (arts. 14 *bis* y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y art. 11, Protocolo de San Salvador). En particular, el servicio público domiciliario de energía eléctrica es un servicio indispensable para la salud y la vida digna, que está expresamente comprendido dentro de la noción de vivienda adecuada desarrollada por el sistema de protección de derechos humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General nro. 4, párr. 8).

Por otro lado, se encuentra en juego la protección del derecho a trabajar, a comerciar y ejercer toda industria lícita, entre otros derechos fundamentales (arts. 14, 14 *bis* y 75, inc. 22, Constitución Nacional). El acceso al servicio básico de electricidad es indispensable para la continuidad de la actividad económica de los comerciantes, las empresas —en especial, las pequeñas y medianas—, las fábricas recuperadas y las cooperativas, de las cuales depende en gran medida la conservación de las fuentes de trabajo.

En este contexto y en el ámbito de conocimiento propio de las decisiones cautelares, los artículos 46 y 48 de la ley 24.065, interpretados a la luz de los derechos constitucionales previstos en el artículo 42 de la Constitución Nacional dan sostén a la exigencia de celebrar la audiencia pública en forma previa a implementar el

aumento tarifario dispuesto a través de las resoluciones 6/2016 y 7/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y 1/2016 del ENRE. De este modo, entiendo qué la sentencia apelada valoró adecuadamente la configuración del requisito de verosimilitud en el derecho.

Esta conclusión no es commovida por los argumentos de los recurrentes tendientes a excluir de la audiencia pública el precio de la electricidad fijado por la resolución 6/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación. En el caso, es intrascendente que se trate de un aumento de los precios de referencia estacionales de la potencia y energía en el mercado mayorista porque lo determinante es el impacto extraordinario que los aumentos han causado, *prima facie*, en el acceso de los usuarios y consumidores al servicio como resultado del cambio sustancial en el régimen de financiamiento del esquema de la energía eléctrica.

En las circunstancias descriptas, debe primar el derecho de los usuarios y consumidores a participar en la determinación de la tarifa final, ya sea para recibir información adecuada y veraz sobre los aumentos, como para peticionar que la implementación de una nueva política pública no afecte sus derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Nacional vinculados a la accesibilidad a un servicio básico.

Además, tal como lo resolvió la Corte Suprema en el caso “CEPIS”, el derecho constitucional a la participación no puede ser negado sobre la base de que se trata de una tarifa transitoria y que, en esa circunstancia, la normativa de emergencia —en especial la ley 25.790— habría desplazado la exigencia de audiencia pública. Según surge del acotado marco cognoscitivo de esta instancia cautelar, las resoluciones aquí controvertidas dispusieron un aumento significativo que impacta, de manera inmediata e irreversible, en el acceso de los usuarios y consumidores a un servicio

Procuración General de la Nación

básico y en la planificación de gastos familiares y costos empresariales. Desde el punto de vista de los usuarios, ello descarta el carácter transitorio que le atribuyen los recurrentes a las medidas cuestionadas.

Por lo demás, las audiencias celebradas en el año 2005 no constituyen una instancia de información, consulta y participación suficiente puesto que allí no se informó, deliberó ni se oyó a los usuarios y consumidores sobre las medidas adoptadas por las resoluciones 6/2016 y 7/2016 del Ministerio de Energía y Minería de la Nación y dado que su situación económica y social se modificó sustancialmente desde ese entonces.

Finalmente, entiendo que se encuentra configurado el presupuesto de peligro en la demora en atención a la relevancia de los aumentos descriptos por los actores y a su aptitud para comprometer el acceso de los usuarios y consumidores a un servicio básico. Como expuse, ello puede afectar el goce de derechos humanos reconocidos en la Constitución Nacional y en los instrumentos internacionales. En este contexto, entiendo que el tribunal *a quo* estimó adecuadamente que la duración del litigio podría tornar ilusorios los derechos invocados por los accionantes, lo que demandaba adoptar una decisión cautelar.

-VI-

Por último, resta precisar el alcance de la protección cautelar. La resolución recurrida otorgó alcance colectivo a la medida sobre la base de la legitimación del Defensor del Pueblo de la provincia de Buenos Aires. Al respecto, estimo que asiste razón a los recurrentes en cuanto a que tal organismo carece de legitimación de acuerdo con la doctrina de Fallos: 326:663 y 329:4542, dado que se trata de una acción cuyo objeto es controvertir actos de autoridades nacionales.

Por el contrario, el Club Social y Deportivo 12 de Octubre acreditó su carácter de afectado —sin que surja de la causa que reciba un tratamiento tarifario especial— (fs. 70/73). En vista de las circunstancias que pasó a exponer, estimo que ese carácter le otorga, *prima facie*, legitimación para peticionar una protección provisoria en el marco de un caso o causa en los términos del artículo 116 de la Constitución Nacional con el alcance decretado por el *a quo*.

En efecto, en esta instancia preliminar y urgente, donde aún no se han adoptado medidas ordenatorias del reclamo colectivo vinculado al aumento tarifario de la energía eléctrica y donde todavía el universo de accionantes del *sub lite* podría ser alterado —ver presentación de la asociación Unión de Usuarios y Consumidores de fojas 567/600—, entiendo que corresponde mantener los efectos colectivos otorgados por el tribunal *a quo* a la medida cautelar, dado que lo que se encuentra en juego es la tutela cautelar del acceso de los usuarios y consumidores al servicio básico de electricidad y, en definitiva, a derechos fundamentales (arts. 14, 14 *bis*, 42 y 75, inc. 22, Constitución Nacional; art. 11, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y art. 11, Protocolo de San Salvador). Sobre todo debe tenerse en consideración que se trata de una medida provisoria por el plazo de tres meses.

Recientemente, en el caso “CEPIS”, la Corte Suprema recordó las pautas esenciales a fin de ordenar la tramitación de los procesos colectivos, que adquieren especial importancia en el presente caso puesto que del Registro Público de Procesos Colectivos surge que, con relación al aumento tarifario aquí controvertido, se han iniciado otras acciones por parte de actores de diversa índole: organismos públicos, asociaciones de consumidores, otras asociaciones y afectados.

A modo de ejemplo, cabe advertir que las asociaciones Consumidores Argentinos y Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la

Procuración General de la Nación

Solidaridad (CEPIS) promovieron una acción en representación de todos los usuarios de energía eléctrica del territorio nacional (FSM 33645/2016); la Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores (ADDUC) inició una causa invocando la representación de los usuarios de energía de Edesur SA (FLP 24877/2016); el Defensor del Pueblo del partido de Pilar, junto con otros actores no identificados en el registro, promovió una acción invocando la representación de los usuarios del servicio de energía eléctrica del municipio de Pilar (FSM 34143/2016); la Defensoría del Pueblo del municipio de Escobar promovió una acción invocando la representación de los usuarios del servicio de energía eléctrica del municipio de Escobar (FSM 34658/2016); la empresa Frigorífico y Matadero Chivilcoy SA promovió una acción en representación de los usuarios del servicio de energía eléctrica del territorio nacional (FSM 32215/2016); el Intendente de la municipalidad de General San Martín junto con una asociación de consumidores accionaron en representación de los usuarios del servicio de energía eléctrica de ese municipio; entre otros.

En el marco de esa proliferación de juicios, entiendo que la adecuada atención del reclamo colectivo requiere el dictado de medidas ordenatorias, tal como advirtió la Corte Suprema en el caso “CEPIS”. A fin de eludir el dispendio jurisdiccional y la inseguridad jurídica que surgirían de la existencia de múltiples juicios con idénticos y similares objetos y del dictado de sentencias contradictorias, el tribunal destacó la importancia de dar adecuada publicidad de los procesos a través de la inscripción en el registro y de radicar ante el mismo tribunal las causas con objetos idénticos y similares. Con esos mismos fines y en aras de asegurar el derecho de defensa en juicio, enfatizó la necesidad de definir en forma precisa la clase representada y sus subcategorías si las hubiere, determinar la representación adecuada de quienes se arrogan la legitimación grupal, y adoptar medidas para notificar la existencia del proceso a los restantes integrantes del colectivo (considerando 40°, voto de los jueces Lorenzetti y

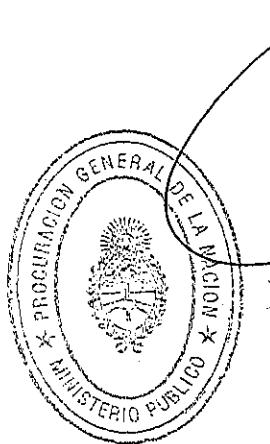
Highton de Nolasco; considerando 40º, voto del juez Maqueda). En el ámbito de los procesos colectivos, las facultades del juez para organizar —incluso subsanando omisiones de las partes— se acrecientan (acordadas 32/2014 y 12/2016) a fin de asegurar que el proceso sea una herramienta eficaz de acceso a la justicia que, a la vez, resguarde el principio del debido proceso.

Esos recaudos, que no fueron cumplidos en el *sub lite*, son esenciales para ordenar el reclamo promovido por diversos aforados —individuales y colectivos—, así como para decidir, con carácter definitivo, la conformación del colectivo involucrado y su adecuado representante. De modo que, a fin de evitar la frustración de los derechos fundamentales invocados en la presente acción y de otorgar un tratamiento igualitario a los usuarios en materia tarifaria, estimo que corresponde mantener la decisión cautelar con los alcances otorgados por el tribunal *a quo*.

—VII—

Por las razones expuestas, corresponde rechazar los recursos interpuestos y confirmar la decisión apelada.

Buenos Aires, 5 de septiembre de 2016.



ALEJANDRA GILS CARBÓ
PROCURADORA GENERAL DE LA NACIÓN

MARÍA GUADALUPE VASQUEZ
Secretaría
Secretaría de Asuntos Judiciales ante la C.S.J.N.
Procuración General de la Nación