

Poder Judicial de la Nación

“Defensoría del Pueblo de la Provincia de Río Negro c/
Estado Nacional y otros s/ acción de amparo s/ incidente de
apelación” (Expte. N° C13409) Juzgado Federal de General
Roca

General Roca, 7 de agosto de 2009.

VISTOS:

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas contra la resolución de fs.48/53 que despachó una medida cautelar innovativa;

Y CONSIDERANDO:

Que de acuerdo con lo establecido en el art.26 del decreto ley 1.285/58, es facultad de las cámaras de apelaciones dictar sus resoluciones interlocutorias por voto de los magistrados que las integran, por lo que en esta ocasión cada uno de los miembros del tribunal emitirá su opinión en la forma que sigue.

El doctor Ricardo Guido Barreiro dijo:

1. La pretensión cautelar incoada por la parte actora fue admitida en la interlocutoria recurrida y consistió en ordenar al Estado Nacional, al Ente Nacional Regulador del Gas (Enargas) y a Camuzzi Gas del Sur S.A. a aceptar el pago de las facturas del servicio de gas excluyendo de éstas el “Cargo Decreto 2067/08” e “IVA Decreto 2067/08”, con deber de abstenerse del corte o interrupción del servicio motivado en la falta de pago de dichos conceptos.

2. Fue concedido el recurso de Camuzzi Gas del Sur S.A. y denegados los de Enargas y el Estado Nacional por extemporáneos. No obstante estas circunstancias, el tribunal resolvió luego admitir las quejas presentadas por

estos últimos (sentencias interlocutorias N° 173/09 y 175/09, del 3 y 4 de agosto del corriente), de manera que será materia de análisis aquí el contenido de los tres remedios incoados.

3. La decisión que se apela entendió que los recaudos de la medida precautoria se encontraban reunidos. Para ello puntualizó en primer lugar que al ser coincidente la pretensión cautelar con la de fondo, debía acreditarse, además de los requisitos comunes del art.230 del CPCC, el carácter irreparable del daño a prevenir, exigencia impuesta, asimismo, por la circunstancia de que la medida estaba solicitada para inhibir los efectos de un acto de la Administración Pública.

Seguidamente justificó la verosimilitud del derecho señalando que ello surgía al confrontar el contenido y alcance de la norma con la gravosa situación que su observancia parecía colocar al usuario, todo ello examinando los casos testigo arrimados por la actora que mostraban la desproporción entre lo facturado por el servicio de gas y el incremento que éste sufría por aplicación del cargo impuesto por el decreto 2067/08 y sus adicionales.

Esta circunstancia -continuó la jueza- llevaba asimismo a acreditar el peligro en la demora en virtud del carácter de los destinatarios de la norma -usuarios del servicio de gas- y, por último, la irreparabilidad del daño estaba señalada por la consecuencia prevista para quien deja de abonar las facturas emitidas, es decir, el corte del suministro del fluido en una época de bajas temperaturas.

4. El recurso de Camuzzi Gas del Sur S.A.

Poder Judicial de la Nación

Corre agregado a fs.81/86 y planteó allí, primeramente, una inadmisibile cuestión sobre la competencia del juzgado -acertadamente resuelta en el segundo párrafo de la providencia que despachó el recurso- y luego expuso los argumentos para apelar.

Señaló en pos de ello cuáles eran las finalidades del decreto cuestionado -crear un fondo fiduciario para financiar la importación de gas y asegurar el abastecimiento interno- y añadió que su parte sólo llevaba adelante las acciones descriptas por cuenta y orden del fideicomiso, esto es facturar, percibir y depositar los importes de los usuarios. Si omitiese esas labores incurriría en incumplimiento de la norma vigente y quedaría expuesta a sanciones por parte de la autoridad de aplicación.

Luego señaló que no estaba en manos de los jueces el dictado de decisiones en "temas tan técnicos y específicos" y señaló que para ello estaba el Enargas, órgano con "facultades jurisdiccionales entre otras". En función de esta ineptitud de los magistrados requirió que se remitieran las actuaciones al Enargas.

5. El contenido del memorial de este recurrente que he reseñado no se asienta -como se aprecia con toda nitidez- en cuestionar si los requisitos de la medida cautelar están presentes o no, de modo que son de una notoria insuficiencia para cuestionar los argumentos de la decisión por la cual vino a esta instancia con su queja. Nada dijo de la verosimilitud del derecho, ni del peligro en la demora ni de la irreparabilidad del daño. Y aún cuando es destinatario determinante de la medida cautelar pues es

encargado de recaudar los importes facturados que se impugnan, tanto como de interrumpir la provisión del servicio de gas en caso de falta de pago, debe desecharse sin más su intento.

Ello me releva de la antipática labor de examinar sus expresiones acerca de supuestas facultades "jurisdiccionales" de funcionarios administrativos, tanto como de la insólita aserción acerca de que los magistrados no ostentan atribuciones para resolver estos asuntos.

6. El recurso del Enargas.

Éste planteó a fs.91/105 una cuestión preliminar arguyendo -sin rotularla como tal- una litispendencia de la que podrían derivar sentencias contradictorias pues en los autos "Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional", expediente N° 1188/09 radicado ante el Juzgado Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal N° 9 se trataba una cuestión similar. Mas en el proceso de amparo este tipo de incidencias se encuentran vedadas en el art.16 de la ley 16.986, lo que estimo suficiente para desestimar la propuesta.

7. Señaló -ya en lo medular de la queja- que la decisión era infundada puesto que los argumentos expuestos por la sentenciadora no revelaban las razones por las cuales había despachado la cautela, que además había sido otorgada sin prueba mínima. Esto último fue afirmado arguyendo que las pocas facturas agregadas con la demanda representaban un porcentaje ínfimo de los habitantes de la provincia.

Indicó que la medida atacaba un acto de gobierno del Poder Ejecutivo dictado en ejercicio de sus facultades propias y modificaba la política energética que

Poder Judicial de la Nación

era una responsabilidad del Estado Nacional, vulnerando así la división de poderes.

Tras repasar con conceptos generales el contorno legal y jurisprudencial de las medidas cautelares encaminadas a obstar decisiones administrativas dijo que la *a-quo* se había limitado a numerar recaudos sin analizarlos en el caso concreto, lo que no bastaba para disponer la tutela anticipada. Agregó que había omitido considerar la incidencia de ella sobre la comunidad toda y cómo repercutiría en el desarrollo de las políticas públicas en materia energética.

Agregó luego que la verosimilitud del derecho no podía entenderse acreditada con los dichos de la actora y la exhibición de unas pocas facturas, máxime al no estar probada la insuficiencia de recursos para afrontar el pago. Con reflujo de los mismos argumentos prosiguió el embate y recordó que para enervar los efectos de un acto administrativo se requería un examen restrictivo, así como que de la sentencia recurrida no surgía cuál era el derecho que se consideraba afectado.

Luego dio repaso a las categorías tributarias para explicar que el cargo del decreto 2067/08 no era un impuesto ni una tasa ni una contribución, razón por la cual tenía un régimen propio y estaba basado en necesidades generales, con una finalidad específica a fin de enfrentar futuros desabastecimientos. Reforzó su argumentación destacando que se cobraba el IVA sobre el aludido cargo, lo que indicaba que éste no era un tributo ya que no puede un concepto de esta naturaleza constituir la base imponible de otro.

Continuó detallando la integración del fondo fiduciario del decreto 2067/08 y dijo que había sido creado en ejercicio de atribuciones previstas en la ley 25.561 de emergencia económica.

Prosiguió refiriendo que el fondo fiduciario perseguía una finalidad que comprendía a todos los habitantes de la Nación y no podía frustrarse ese propósito en función del interés de un sector que resultaba ser una porción ínfima de la población del país.

Con relación al peligro en la demora se explayó frondosamente también, minimizando las consecuencias previstas en la sentencia porque -dijo- el riesgo era únicamente la imposibilidad de pago por parte de algún usuario y la posibilidad de que por ello le fuera cortado el suministro, lo que no estaba probado en autos. Dijo, en esta dirección, que no estaba explicado en la sentencia cuál era la incidencia generada por el cargo en la facturación del gas a los usuarios.

Destacó más adelante que la procedencia de medidas como la requerida estaba sujeta a la existencia de riesgo cierto de daño irreparable y no bastaba con la mera urgencia invocada por el peticionario, añadiendo que la eventual interrupción del servicio que ocasionase un daño injustificado podía repararse por "otra vías".

Como cuarto agravio adujo que no se había tenido en cuenta la presunción de legitimidad de los actos administrativos, por lo que no podía presumirse su irregularidad, desproporcionalidad o irrazonabilidad, razón por la cual no podían ser suspendidos judicialmente, salvo que surgiera de modo patente la verosimilitud del derecho.

Poder Judicial de la Nación

El quinto consistió en esgrimir que no se había tenido en cuenta el interés público comprometido, insistiendo con conceptos antes vertidos.

El sexto y último radicó en la invocación de un caso de gravedad institucional, explicando por qué así se consideraba.

8. El recurso del Estado Nacional

De la copia agregada a fs.113/132 se desprende que éste introdujo como planteo inicial una excepción de falta de legitimación procesal activa que, de acuerdo a lo establecido en el art.16 de la ley 16.986, no es admisible como planteo previo y debe ser desestimada liminarmente.

9. Se adentró después en lo sustancial de lo recurrido con el segundo agravio, que consistió en quejarse de la insuficiencia o carencia de profundidad de las razones empleadas por la *a-quo*, quien no relacionó -dijo- ninguno de los recaudos de las medidas precautorias con los antecedentes de la causa, lo que afectaba gravemente su derecho de defensa.

En esta dirección se quejó de que la prueba en que se basó era insuficiente y que no había tenido en cuenta otros requisitos, ajenos al art.230 del CPCC, que se exigen para enervar los efectos de un acto de la administración, sobre lo que se explayó copiosamente.

Añadió a ello que no se había tenido en cuenta el interés público comprometido y el impacto de la decisión cautelar en la comunidad toda.

Como tercer agravio adujo la ausencia de

verosimilitud del derecho, en términos análogos a los que expuso su litisconsorte Enargas, a los que añadió que, para establecer esa verosimilitud, la jueza debió adentrarse en la materia de fondo para indagar si las normas cuestionadas transgredían el contenido constitucional.

Añadió, en este mismo tramo, una cuestión ajena a la materia cautelar, cual es la insuficiencia de este trámite abreviado para tratar cuestiones de hecho y prueba que requieren un marco de conocimiento más amplio.

El cuarto agravio consistió en alegar la ausencia de un "caso" que autorice la intervención jurisdiccional, aspecto éste que, al igual que el anterior, debe remitirse a la decisión de fondo por cuanto excede el limitado conocimiento asumido aquí por el tribunal que, cabe insistir, sólo debe revisar lo que concierne a la medida provisional y no a aquellas defensas o excepciones que deban ser decididas para una declaración material o sustantiva sobre el derecho esgrimido.

Retoma el quinto agravio la cuestión cautelar y asevera la inexistencia de peligro en la demora y de daño irreparable. Dijo en este aspecto que la finalidad de toda precautoria -asegurar el cumplimiento de una eventual sentencia estimatoria de la pretensión- no se ponía en riesgo por tratarse éste de un trámite abreviado que auguraba una rápida conclusión del diferendo. En autos -agregó- no se había acreditado ninguna intimación de pago bajo apercibimiento de corte del suministro y si bien la sentencia atacada había mencionado este recaudo, no hacía ninguna referencia a su configuración en el caso. Adicionó que el daño no debía provenir de una sospecha del accionante sino de

Poder Judicial de la Nación

hechos y circunstancias objetivamente previsibles por el tribunal.

El agravio siguiente -sexto- aludió a la omisión de la sentenciadora en valorar la presunción de legitimidad de los actos administrativos prevista en el art.12 de la ley 19.549, que impide tener a éstos *prima facie* irregulares, irrazonables o desproporcionados. De estas características derivaba -prosiguió- la necesidad de acreditar de modo liminar una manifiesta ilegalidad, arbitrariedad o nulidad del acto, aspecto éste omitido en el análisis de la sentencia apelada.

El séptimo agravio consistió en reeditar el asunto, antes introducido, del interés público comprometido en autos, pues la medida atacada atentaba -aseguró- contra el normal desarrollo de un servicio público esencial y de carácter federal, frustrando el cumplimiento de los objetivos fijados en las leyes 25.561, 24.076 y 26.095

Agregó además un capítulo final en el que invocó la existencia de gravedad institucional.

10. Toca ingresar, ahora, al análisis de las piezas reseñadas en los puntos 7 y 8 de este voto.

Para no fragmentar esa labor dedicaré sucesivos capítulos a evaluar los requisitos de la medida atacada según las constancias de autos y lo argüido en la sentencia, a la luz de los agravios vertidos que, en una amplísima medida, resultan análogos.

11. La verosimilitud del derecho

Debo admitir que resulta atinada la queja de Enargas y el Estado Nacional cuando critican cómo fue tratada

la existencia de este recaudo, pues el pretorio exhibe cierto déficit en punto a la verosimilitud del derecho esgrimido.

Es oportuno entonces despejar aquí la mixtura del fallo.

Este primer requisito no puede rastrearse en la confrontación entre el contenido y alcance de las normas atacadas y la gravosa situación en que colocan al usuario (propuesta ensayada en la sentencia), sino que debe surgir -tal como acertadamente propuso el Estado Nacional a fs.124 *in fine*/125- de un examen -provisional de acuerdo al estadio procesal de la causa- que permita avizorar si las normas cuestionadas son, o no, contrarias a la Constitución Nacional. Es una obviedad señalar -ruego entonces se me dispense referirme a obviedades- que ese análisis jamás puede ostentar una profundidad tal que derive en un juicio definitivo sobre este aspecto, pues ello incumbe de manera exclusiva al fallo definitivo. Se trata únicamente a esta altura de establecer una probabilidad razonable de que el derecho en que se asienta el reclamo exista, que no es ni más ni menos que elaborar un juicio sobre cierta probabilidad de que las normas atacadas sean, a fin de cuentas, inconstitucionales. La medida del daño que ello pudiera irrogar no forma parte de este tramo del estudio ya que tiene su ámbito específico en lo que se da en llamar "peligro en la demora", que es el restante requisito de los dos que se exigen, genéricamente, para el dictado de las medidas cautelares.

En tren de arribar a una conclusión mere provisional sobre el alegado desajuste entre las normas administrativas impugnadas y la Constitución Nacional

Poder Judicial de la Nación

entiendo que debo partir de lo alegado por quien articuló la tacha pues en mi criterio no es atributo judicial -salvo contadas excepciones que aquí no vienen la caso- examinar oficiosamente las causales de inconstitucionalidad de las normas.

Explicó en este sentido la actora que el decreto 2067/08, la resolución 1451/08 del Ministerio de Planificación General y las resoluciones 563 y 570, ambas de 2008, del Enargas, imponían un cargo tarifario destinado a capitalizar el fondo fiduciario creado por el decreto con la finalidad de afrontar eventuales necesidades de importación de gas natural. Como resultado de todo ello, se arribó a la facturación de importes desmesurados y confiscatorios para la categoría de consumidores detallada en el Anexo I de la resolución 563/08 del Enargas que, por ser contrarios a la lógica, resultaban inconstitucionales. Esta tacha, además, se asentó en la vulneración del principio de reserva de la ley, ya que por medio de esta norma del P.E. se estaba creando un verdadero impuesto, asunto que concernía en forma exclusiva al Congreso de la Nación.

Creo que es meridianamente claro que la iniciadora de este amparo asentó así la inconstitucionalidad en dos aspectos: a) la irrazonabilidad del precepto, es decir, la desproporción entre el objetivo que pretende alcanzarse mediante ese instrumento jurídico y las consecuencias que ello irroga sobre cierto segmento de la población, que juzga desproporcionadas; b) la inconstitucionalidad por el origen de la norma.

En lo que concierne a este segundo aspecto

del planteo, dijo el Enargas que el cargo creado por el decreto 2067/08 no encajaba en ninguna categoría tributaria ya que no era impuesto, tasa ni contribución. Mal podría serlo, añadió, cuando ese concepto constituía la base imponible para un impuesto (el IVA), indicando además que tenía un régimen propio ajeno a los tributos y su establecimiento derivaba del ejercicio de atribuciones delegadas en el PEN por la Ley de Emergencia Económica 25.561.

Ahora bien, el Poder Ejecutivo, mediante el decreto 2067/09, creó un "fondo fiduciario" con el propósito de *"atender las importaciones de gas natural y toda aquella necesaria para complementar la inyección de gas natural que sean requeridas para satisfacer las necesidades nacionales de dicho hidrocarburo, con el fin de garantizar el abastecimiento interno y la continuidad del crecimiento del país y sus industrias"*.

De acuerdo con las normas del derecho nacional (ley 24.441 y art.2662 del Código Civil), no cabe entender por "fondo fiduciario" otra cosa que un conjunto de bienes determinados que, por una disposición contractual o de última voluntad, una persona (fiduciante) transmite la propiedad fiduciaria a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de un tercero y a transmitirlo a quien corresponda al finalizar el fideicomiso, según lo expresamente convenido en el contrato, en el testamento o en la ley.

Esta aproximación a la figura del fideicomiso permite advertir que el decreto "crea" un fondo al que llama, sin mayor fundamento, "fiduciario", sin remitir a ninguna

Poder Judicial de la Nación

norma general o residual relativa a este tipo de dominio imperfecto.

Aceptemos sin embargo por ahora que un decreto puede crear, a su arbitrio, esta categoría jurídica con el plumazo de su sello. Supongamos, aún, que es facultad incuestionable la de crear tal fondo de afectación especial. La pregunta que aún así corresponde formular es: ¿cómo se llena ese envase? Es decir, ¿cómo se capitaliza el fondo? Encuentro en este interrogante el punto álgido del debate que enfrenta a las partes. Porque lo que dice la actora es que ese flujo de dinero se asegura mediante una imposición general que tiene naturaleza impositiva, mientras que el Enargas, que niega esa cualidad, señala que no lo es porque "tiene un régimen propio" (afirmación que no remite a ninguno en especial), destinado a cubrir necesidades generales y una finalidad específica.

Si estas aserciones -las del Enargas- son suficientes, o no, para enervar las de su contraria en orden a qué clase de instrumento es el creado por el decreto en cuestión, es asunto que aquí no puede decidirse porque no estamos en la etapa procesal definitiva. Pero de lo que no tengo la menor duda es que las de la actora, que enarbolan esa cualidad tributaria del cargo creado, ostentan virtualidad suficiente para -cuanto menos- provocar una razonable duda acerca de esa sustancia. Y si se acepta ello, forzosamente ha de concluirse en que si, a la postre, el análisis más profundo del asunto llevase a coincidir con la tesis de la reclamante, la inconstitucionalidad de la norma quedaría de manifiesto. Entiéndase a esta última

reflexión no como un anticipo de mi pensamiento sino, apenas, como una hipótesis más o menos probable que viene a demostrar la estrecha vinculación que, para decidir en definitiva este amparo, exhibe el asunto referido a si el cargo es, o no, una especie tributaria.

La incertidumbre sobre la naturaleza del cargo, que se despejará en su hora, exhibe de momento peso suficiente para abonar el primer requisito referido al "humo del buen derecho" que, así, estimo acreditado.

12. El peligro en la demora

Ingresamos aquí al campo fáctico y probatorio bien que -desde luego- acotado a este estadio liminar del desarrollo del proceso.

Se quejaron las apelantes cuyos recursos estoy aquí atendiendo de la insuficiencia del material acompañado con la demanda para acreditar el perjuicio y, además, una de ellas -el Enargas- dijo que el que pudiera ocasionarse debía ser reparado acudiendo a otras vías. Se dijo incluso que no se había acompañado ninguna intimación de pago recibida por los usuarios bajo apercibimiento de corte del servicio.

Para lo primero veo que no está negado que el cargo ocasiona aumentos que en las facturas acompañadas superan varias veces el importe abonado en el mismo período del año anterior. Lo que se alega al recurrir, para desmerecer ese ingrediente, es que no son representativas sino de un ínfimo número de usuarios de la provincia de Río Negro.

Entiendo desacertado refugiarse en ese repliegue del asunto si es que se trata de una demanda

Poder Judicial de la Nación

iniciada mediante en representación del universo completo de las personas afectadas según la representatividad reconocida -aún liminarmente- al organismo demandante. La Defensoría del Pueblo acciona en función de un estado de cosas que acredita *prima facie* con boletas que son *representativas* de un número mayor. Esta metodología, que sigue la regla del *muestreo*, no puede ser descalificada porque sería imposible generar procesos para la defensa de intereses de incidencia colectiva si, para ello, hubiera de acreditarse, puntualmente, la situación particular de cada uno de los afectados. Ello equivaldría a negar el derecho de representación colectiva previsto en el art.43, párrafo segundo, de la Constitución Nacional, vaciando de contenido la norma que garantiza la defensa de intereses que afectan a un universo indeterminado de sujetos dentro de la comunidad.

Concluyo, entonces, que el daño patrimonial que el cargo del decreto ocasiona a ese universo de individuos -según su categoría de consumidor de gas dentro del territorio en donde ostenta jurisdicción el Juzgado Federal de General Roca -que, de paso, no es *toda* la provincia, como se amplifica en el recurso- adquiere una importancia relevante a los fines de la medida que se cuestiona, porque resulta varias veces superior, según los casos, a la facturación del mismo período del año precedente.

El perjuicio existe entonces. Ahora bien, ¿es irreparable? El interrogante es valedero porque en caso de que lo fuera la cautelar debería revocarse ya mismo.

No debería ser así, pienso.

Aclaro de antemano que bien puede esperarse o

suponerse que muchos de los afectados tengan la capacidad económica doméstica suficiente para hacer frente a la factura y conservar el vital servicio. Es más, me animo a decir que esto es, estrictamente, así. Sin embargo, "muchos" no son, ni por asomo, todos. Ni siquiera puede arriesgarse una proporción mayoritaria. Pero, con independencia de esa mayor o menor cantidad de la parte frente al todo, nótese que arriba subrayé "todos" porque, desde el mismo Preámbulo, nuestra Constitución Nacional asegura sus beneficios empleando ese vocablo antes de "los hombres del mundo que quieran habitar en el suelo argentino", denotando la pretensión de universalidad del goce de la totalidad de los derechos que el texto constitucional desgrana luego, en especial los del art.14, los llamados derechos sociales del tercer párrafo del 14 bis, la garantía de igualdad del art.16, así como el aseguramiento de los derechos patrimoniales y garantías personales de los arts.17 y 18, que no pueden ser impedidos a ningún habitante.

Para el goce de los derechos constitucionales primarios "todos" no son muchos, ni casi todos: son todos. De manera que la existencia de un número indeterminado de afectados -en la medida arriba señalada- por el cargo facturado conjuntamente con el gas natural consumido en el período -factor de hecho que entiendo justificado suficientemente mediante el método de "muestreo" por tratarse de una acción entablada en defensa de derechos de incidencia colectiva- autoriza a estimar que, al menos para una parte del universo descrito, no resulta posible afrontar el pago de la factura.

Es así que la existencia de una fracción de

Poder Judicial de la Nación

la población que se ve impedida, entonces, de acceder al servicio esencial de provisión de gas natural -se sabe que a la falta de pago sigue el corte del suministro, asunto sobre el que volveré- autoriza a concluir en que ese perjuicio resulta irreparable.

Esa calidad de irreparabilidad la entiendo manifiesta, no ya por las bajas temperaturas propias de la época y región geográfica -lo que es correcto ponderar, tal como señaló el juzgado al resolver- sino por la naturaleza misma de las prestaciones esenciales que satisface el combustible en cuestión. Remitir a las bajas temperaturas hace más patente la urgencia para disponer la tutela, sin dudas; mas no por transitar época veraniega variaría mi perspectiva sobre el tema porque estos servicios esenciales, que así se califican por ser absolutamente primarios -agua potable, desagües cloacales, electricidad y gas- no reconocen temporada alta o baja, pues la dignidad de la vida hogareña es un bien que no es posible afectar so capa de más o menos calor, frío, humedad o cualquier otra contingencia estacional.

No inhibe esta conclusión la remisión que pretende Enargas a "otras vías", ya que en cualquier hipótesis de aquellas a las que podría remitirse al usuario del servicio, tal postulación asume como punto de partida la reparabilidad del corte mismo del suministro del fluido, aserto que, de acuerdo a lo que expuse en los párrafos precedentes, resulta inaceptable.

Por último, en lo que atañe a la ausencia de intimaciones bajo apercibimiento de corte -lo que se esgrime

para explicar la inexistencia de perjuicio- sólo diré que tal género de argumentos bien podría resultar una burla para el lego.

Se exige con frecuencia, de los jueces, sentido común. No sé si poseo tanpreciado atributo, razón por la cual prefiero remitir al *saber común*: si un cliente de Camuzzi Gas del Sur S.A. no paga religiosamente su factura, quedará cortado el suministro más temprano que tarde. Y ello es inexorablemente así, obviamente porque hay normas que lo establecen especialmente -que podría, naturalmente, exponer aquí para dar detalles sobre esa reglamentación que no sólo obliga a pagar por el volumen de gas consumido sino que además habilita al concesionario a interrumpir el suministro del hidrocarburo- y que el usuario no necesita leer en el boletín oficial. Porque ya *lo sabe*. Ante la simplificación que importa este alegado agravio no se requiere, estimo, de otra consideración para desecharlo.

13. Acreditados a mi juicio los recaudos generales de toda medida precautoria, resta establecer si alguna de las alegaciones expuestas -ajenas a ellos- inhiben su dictado.

14. **La extralimitación del Poder Judicial**

Se dijo que la decisión vulneraba la división republicana de los poderes dentro del Estado porque las decisiones en política energética no incumbían a la magistratura -que no debía modificarlas- sino al poder político.

No se aprecia, sin embargo, que tal género de asuntos esté considerado por la decisión apelada y, consecuentemente, tampoco por ésta. La medida solicitada y el

Poder Judicial de la Nación

modo en que ha sido decidida no juzga sobre la oportunidad, mérito o conveniencia de tal o cual medida administrativa; mucho menos sobre su acierto o error en orden al abigarrado cúmulo de propósitos que se enumeran en los considerandos del decreto cuestionado.

Y mal podría ser así porque la resolución en crisis sólo tiene por efecto, sencillamente, diferir el pago del cargo del decreto y sus adicionales hasta tanto se expida esta judicatura sobre el fondo del asunto, lo que puede avizorarse no insumirá un lapso prolongado. El propio Estado Nacional en su quinto agravio justamente destacó el carácter abreviado de este juicio (ver fs.126). Mal hablaría de la política energética delineada por el poder administrador si ésta colapsara porque ocho meses después de dictado el decreto 2067/08 se demorase unos días la capitalización del "fondo" creado a través suyo, aserto cuya obviedad pone en evidencia la demasía argumentativa en que se incurre invocando calamidades en ciernes.

15. La presunción de legalidad del acto

Poco agrega al debate este clásico que los organismos del Estado articulan para revertir medidas cautelares.

Es que no se pone en crisis, aquí, el principio de legalidad y ejecutoriedad del acto administrativo porque ese reconocido -y respetado además por el tribunal- dogma normativo no es absoluto, como no los son, en general, los derechos que el soporte constitucional brinda a los actores jurídicos de cualquier categoría. Que los efectos del acto pueden ser suspendidos es algo que hasta en

el mismo art.12 -que sienta el principio-, la propia ley 19.549 contempla por razones de interés público o **para evitar perjuicios graves al interesado**, entre otras razones, y faculta para ello a la administración, quien hasta puede proceder de oficio para suspender efectos de un acto.

Lo dicho revela que la ejecutoriedad inmediata del acto administrativo en razón de la presunción de su legalidad no es obstáculo para que, en un caso concreto planteado a la magistratura, pueda enervarse su aplicación precautoriamente hasta tanto se examine la alegada inconstitucionalidad.

16. El interés público comprometido

Es éste un argumento más efectista que efectivo, porque no se dice cuál es el interés público que se lesiona. Es, seguramente, una manera diferente de renovar el agravio que se enancó sobre la amenaza de crisis energética si no se recauda el cargo, en cuyo caso remito a lo dicho antes. Sólo interesa agregar, aquí, que bien podría señalarse que, justamente, el universo de individuos que vería afectado el suministro de gas en sus hogares resulta un segmento de la población rionegrina en cuyo interés, que es público, se decide asegurarles la continuidad de un servicio básico y esencial mientras se decida este litigio.

17. La gravedad institucional

Mediante esta doctrina, que alumbró a principios de los años sesenta (casos "Penjerek" y "Jorge Antonio"), la Corte Suprema de Justicia de la Nación modeló nuevos límites para la procedencia del recurso extraordinario federal. Por este motivo la invocación de un caso de esa naturaleza sólo suele verse cuando se interpone el remedio

Poder Judicial de la Nación

federal de excepción con la finalidad de franquear obstáculos de índole formal a su admisibilidad. Por razón de todo ello no asigno a este aspecto de la apelación un valor especial que pueda poner en crisis la procedencia de la precautoria y, a todo evento, podrán las recurrentes, llegado el caso, invocar esta causal de procedencia del recurso extraordinario federal ante el tribunal correspondiente.

18. Postulo al fin, con arreglo a los fundamentos vertidos, desestimar los recursos de las tres co-demandadas, imponiendo las costas en la instancia por su orden en mérito a la ausencia de sustanciación que es propia del diseño recursivo de la ley 16.986.

El doctor Carlos A. Müller dijo:

A las razones que expone el señor juez de primer voto, que comparto en su totalidad, estimo pertinente añadir que si el art.37 de la ley 24.076 dispone expresamente cuales son los requisitos que el ENARGAS debe evaluar para fijar la tarifa a los consumidores de gas natural -a) precio del fluido en el punto de ingreso al sistema de transporte; b) tarifa del transporte y c) tarifa de distribución-, no me parece que el poder administrador, por mayores que sean sus potestades, pueda no tenerlos en cuenta al establecer un cargo tarifario como el creado por el decreto 2067/08, motivo por el que considero que efectivamente existe una probabilidad razonable de que el derecho en que se asienta el reclamo resulte verosímil.

En consecuencia y como el tribunal tiene reiteradamente dicho que cuando se acredita la existencia de ese recaudo, para la procedencia de las medidas cautelares,

no es necesario ser tan exigente en la apreciación del restante -peligro en la demora-, que ha merecido expreso tratamiento por el señor juez que inicia la encuesta en el capítulo doce de la propuesta que formula al acuerdo, al estimar satisfechos ambos requisitos me pronuncio de la manera anticipada.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL RESUELVE:**

I. Desestimar los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, con costas en el orden causado;

II. Registrar, notificar y devolver.

Fdo. Barreiro - Müller. La restante vocalía se encuentra vacante.

Reg. N° 186 F° 269/79 Año 2009 PSI.