

UNIVERSIDAD DEL ACONCAGUA
FACULTAD DE CIENCIAS ECONÓMICAS Y JURÍDICAS

Alumna: ROMERO GIL, Luciana Lorena
Directora de Tesis: Dra. CUARTARA, María Cristina
Tema: Incremento en la tarifa del Servicio Público del Gas
Universidad del Aconcagua, 13 de Octubre de 2010

**INCREMENTO EN LA TARIFA DEL SERVICIO
PÚBLICO DEL GAS**

Índice analítico

Capítulo I

Servicio Público

I-	Noción.....	6
	1. Servicio Público y función pública.....	6
	2. Servicio Público y prestación pública.....	7
II-	Principios jurídicos.....	7
	1. Accesibilidad.....	7
	2. Educación.....	8
	3. Competencia.....	8
	4. Proporcionalidad.....	8
	5. Vigencia Técnica.....	8
	6. Regulación.....	8
	7. Fiscalización y protección.....	9
III-	Caracteres jurídicos.....	9
	1. Continuidad.....	9
	2. Regularidad.....	9
	3. Uniformidad.....	9
	4. Generalidad.....	9
	5. Obligatoriedad.....	10
	6. Calidad y eficiencia.....	10
	7. Subsidiariedad.....	10
IV-	Régimen jurídico constitucional.....	10
	1. Derechos de los usuarios.....	10
	2. Protección.....	10

I- Prestador	11
1. Prestador particular o privado.....	11
2. Prestador público o estatal.....	12
II- Usuario	12
1. Relación jurídica.....	12
2. Situación jurídica.....	12
3. Derechos subjetivos.....	12

Capítulo II

Los Sistemas de Retribución de la Prestación de los Servicios Públicos

I- Las tarifas de los servicios públicos	13
II- Las tarifas en los servicios públicos de gestión estatal	14
III- Las tarifas en los servicios públicos de gestión privada	14
1. Caracteres de las tarifas de los servicios públicos.....	14
Aprobación estatal del cuadro tarifario.....	15
Principio de razonabilidad de las tarifas.....	15
Principio de Igualdad.....	15
Principio de proporcionalidad.....	16
Garantía de razonable rentabilidad.....	16

Capítulo III

Conflicto en el Servicio de Gas

I- Antecedentes de Gas del Estado	17
II- El servicio de gas en la Argentina	18
III- Regulación y control	18
IV- Protección	19
1. Protección de los prestadores.....	19
2. Protección de los usuarios.....	19
V- Decreto 2067/08 del PEN, su análisis	19

Capítulo IV**Poder Judicial de la Nación**

Fallo	23
Conclusión	47
Bibliografía	48

Capítulo I

Servicio Público

I- Noción.

Cuando hablamos de servicio público nos referimos a la prestación esencial que cubre necesidades públicas o de interés comunitario, que explicita las funciones-fines del Estado, de ejecución por terceros, mediando concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación, pero siempre bajo fiscalización estatal. Es decir, puede tratarse de la provisión de agua, luz, gas, teléfonos, como de la prestación de servicios de la educación, salud, transporte, seguridad.

La noción de servicio público está íntimamente ligada a la razón de ser del Estado: la prosecución del bien común.

Actualmente nuestro Estado no monopoliza la prestación de los servicios públicos. Estos pueden ser gestionados por otros sujetos, privados o públicos no estatales, como cooperativas, consorcios o administraciones concesionarias, pero siempre bajo control estatal.¹

1- Servicio público y función pública.

Los servicios públicos forman parte de las funciones públicas. El servicio público trata de las prestaciones públicas o cometidos estatales que explicitan las funciones-fines del Estado, de ejecución por terceros, bajo regulación o fiscalización estatales.

El servicio público es un medio para un fin próximo o para un fin mediato (el bien común), que se traduce en actividades públicas, con forma de obra, función o prestación de interés público y con un régimen jurídico de Derecho administrativo, común a todo el quehacer de la función pública.

Las únicas funciones públicas que tienen tal carácter son la legislativa y la de gobierno

¹ DROMI Roberto. Derecho Administrativo, pág.823, (Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2004) 1631 págs.

que son las funciones esenciales del Estado, y como tales resultan intransferibles e indelegables.²

2- Servicio público y prestación pública.

El Estado es y debe ser el principal gestor del bien común, pero no el único. Los entes públicos no estatales y aun los entes privados reciben por autorización o delegación estatal competencias, atribuciones y prerrogativas de poder público, para constituirse en gestores prioritarios del quehacer público.

El obrar público, sin distinción de sus ejecutantes, tiene inexorablemente que estar regido en todo o en parte por el Derecho público.³

II- Principios jurídicos.

Los principios rectores de los servicios públicos, constituyen su *razón de ser* y la *línea directriz* para la comprensión de todo el eje institucional, más allá de la regulación de cada prestación en particular.

Los adjetivamos *jurídicos* porque generan derechos y deberes para las partes, tanto para el Estado concedente, regulador y fiscalizador, como para los prestadores y los usuarios.

Por arraigo constitucional en el art. 42, CN, del cual deriva toda su legalidad, estos principios *son rectores y orientadores de la regulación jurídica* de los servicios públicos y prioritarios en la interpretación y aplicación normativa, de modo que, cuando las regulaciones se contradigan, prevalezca la que respete el principio jurídico.⁴

- 1. Accesibilidad.** En razón de su propia naturaleza, y por la necesidad pública a cubrir por medio de la prestación, es necesario que todos los miembros de la comunidad puedan acceder a los servicios. El art. 42, CN es la base de este principio por establecer el derecho al uso del servicio, al plantear que las autoridades deben proveer a su eficacia.

Por ello, asegurar el acceso y el uso de los servicios públicos esenciales a los ciudadanos es una cuestión de política pública, y las tarifas no pueden constituir un límite impidiendo. Entonces, si el valor de la tarifa se opone al acceso, por aplicación

² *Ibíd.*

³ *Ibíd.*

⁴ *Ibíd.*

de las garantías constitucionales de igualdad y solidaridad, se debe subsidiar a quienes no pueden abonarlas.

2. **Educación.** La educación para el consumo es una nueva carga obligatoria que surge del art. 42, CN, la que indica que las autoridades proveerán a la misma. Por delegación estatal, se trata de un deber que pesa sobre el prestador que brinda el servicio y que, una vez cumplimentado, va a redundar en su beneficio, aunque en su contabilidad signifique un costo que deba afrontar.
3. **Competencia.** Este principio se refiere a la libertad de elección, o la posibilidad de ejercer la opción de escoger entre diferentes prestadores, siempre que la gestión no implique un monopolio natural (como en el supuesto del agua corriente y los servicios sanitarios).
4. **Proporcionalidad.** Ésta refiere a la equivalencia que debe existir entre la prestación del servicio y la tarifa que abona el usuario. La ecuación de las tarifas es contemplada en la CN, que plantea la protección de los intereses económicos de los usuarios en condiciones de trato equitativo y con calidad y eficiencia (art. 42). Este equilibrio debe mantenerse a lo largo de todo el desarrollo de la prestación, por lo que es preciso controlar e forma permanente la franja de utilidad que permita obtener una renta razonable para el capital aportado por accionistas e inversores. Esta cuestión se verifica mediante los controles que competen a los Entes Reguladores respectivos y a la Auditoría General de la Nación (ley 24.156, art.17).
5. **Vigencia técnica.** El servicio público debe ser llevado a cabo con eficacia (art. 42, CN), por lo que es preciso mantener la factibilidad técnica, lo que se logra por la conservación, la modernización y la vigencia tecnológica de todos los bienes y equipos afectados a la operación material de la provisión en las condiciones técnicas más modernas y adecuadas, para asegurar su calidad.
6. **Regulación.** Este principio remite a las atribuciones del Estado, en tanto sin regulación no hay control. La regulación es una función indeclinable de la Autoridad, que fija la política oficial para cada sector y transparenta los derechos y obligaciones de las partes en el servicio. La CN dispone que la legislación establecerá los marcos regulatorios de los servicios públicos (art. 42).
7. **Fiscalización y protección.** Como un derivado de lo anterior, la fiscalización y la protección son obligaciones del Estado. El control estatal rígido e inflexible surge de

modo imperativo de la transferencia de la prestación del servicio a manos privadas, y la protección es u derivado del mismo; quien controla también protege. La función correspondiente a los entes reguladores de cada servicio debe ser establecida por ley en los marcos regulatorios (art. 42, CN). También coadyuvan en la fiscalización: la Auditoría General de la Nación y el Defensor del Pueblo (arts. 85 y 86), a los que se suma la Comisión Bicameral de Seguimiento de las Privatizaciones (leyes 23.696, art. 14 y 24.629, art. 14). La CN también prevé la fiscalización social –facultativa e informal-, a través de las asociaciones de usuarios y consumidores (arts. 42 y 43). Sin embargo es preciso que la ley determine los requisitos y formas de organización de estas organizaciones. Deben protegerse la calidad de las prestaciones, los bienes afectados a la gestión y el consumo (salud, seguridad e intereses económicos) de los usuarios (art. 42, CN).

III- Caracteres jurídicos.

El servicio público exhibe notas especificadas que definen la prestación en relación con el usuario, y ayudan a individualizar ésta forma de actividad.

- 1- **Continuidad.** Indica que el servicio público debe prestarse toda vez que la necesidad que cubre se hace presente, es decir, que se debe efectuar oportunamente y de manera ininterrumpida, sin paralizaciones ni suspensiones que cercenen los derechos de los usuarios.
- 2- **Regularidad.** Significa que el servicio debe prestarse conforme a reglas preestablecidas o a determinadas normas. La regularidad indica el ritmo y equilibrio con que se presta el servicio; se refiere, por ejemplo al horario e los transportes.
- 3- **Uniformidad.** Implica igualdad de trato en la prestación, esto es el derecho de exigir y recibir el servicio en igualdad o uniformidad de condiciones, sin discriminación, ni privilegios.
- 4- **Generalidad.** El servicio puede ser exigido y usado por todos los habitantes, sin exclusión alguna. Se establece para satisfacción de una necesidad general o colectiva. Se trata de prestaciones de interés comunitario.

- 5- **Obligatoriedad.** Es inherente al servicio, por su propia naturaleza, la obligatoriedad de la prestación, que se corresponde con el derecho subjetivo del usuario de exigirla.
- 6- **Calidad y eficiencia.** Los consumidores y usuarios tienen derecho a la calidad y eficiencia de los servicios públicos. El objetivo es lograr una mejor calidad de vida, de modo que tales niveles de prestación son exigibles a todos los prestadores.
- 7- **Subsidiariedad.** La empresa que presta el servicio es la sucesora del Estado en la gestión. Si la necesidad pública no es satisfecha, el usuario tiene derecho a que el Estado actúe en forma complementaria y subsidiaria, para que el servicio sea prestado.⁵

IV- Régimen jurídico constitucional

Como consecuencia del traspaso de la prestación de los servicios públicos a manos privadas, se ha dado jerarquía constitucional a los derechos de los consumidores y usuarios de bienes y servicios, así como a su protección y tutela.

1- Derechos de los usuarios.

- Salud
- Seguridad
- Intereses económicos
- Información
- Libertad de elección
- Trato equitativo y digno
- Educación para el consumo
- Calidad y eficiencia de los servicios públicos

2- **Protección.** Además de estos derechos de los usuarios, la CN impone a las autoridades obligaciones tendientes a garantizarlos.

- Vías procesales eficaces. La acción de amparo, con el vigor y la amplitud que le otorga su constitucionalización para la protección de todos los derechos, se predica específicamente respecto de los derechos de los usuarios.

⁵ Ibídem.

- Defensa de la competencia y control de monopolios. La CN se refiere al control de los monopolios naturales y legales. Debe tenerse en cuenta que la mayoría de los servicios públicos de distribución domiciliaria se prestan bajo esta situación(agua y saneamiento, gas y electricidad), por cuanto la complejidad técnica de las instalaciones no permiten la concurrencia de más de un prestador en una misma área. Por ello, la ley debe diferenciar el alcance del control a efectuar en aquellos servicios otorgados en situación de monopolio de los que se prestan en condiciones de competencia.
- Organización de asociaciones de usuarios. La CN reconoce la importancia que reviste la presencia de entidades intermedias como lo son las asociaciones de usuarios.
- Marcos regulatorios. A partir de la privatización de los servicios públicos el Estado se replanteó las funciones que debía cumplir en la satisfacción del interés público. Así, se privatizaron las actividades, los objetos, bienes o servicios en manos del Estado, pero no el derecho aplicable, de la regulación, del control. La Constitución reformada se hizo eco de esta realidad y articula el medio para legislar esta materia , es decir, los marcos regulatorios deben concretarse por ley en sentido formal, es decir dictada por el Congreso.
- Participación de los organismos de control. Consecuencia obligada de la privatización de los servicios públicos es que se instalen organismos técnicos de fiscalización, protección y control con autonomía técnica y profesional.⁶

V- Prestador

El prestador es el sujeto que asume la gestión del servicio público. Puede ser: a) el *Estado* (en cualquiera de sus formas), o b) un *particular* o empresa privada.

1. **Prestador particular o privado.** La prestación del servicio puede ser realizada por sujetos privados o entidades públicas no estatales. Ellos asumirán la ejecución del servicio público: 1) a través de una concesión, licencia, permiso, autorización o habilitación otorgada por el Estado; 2) cuando el Estado deja ejecutar a los particulares prestaciones y servicios públicos y 3) a través de la locación de servicios y obras.

⁶ *Ibíd.*

2. **Prestador público o estatal.** El Estado puede prestar un servicio público a través de los órganos de la Administración central o de entidades descentralizadas, autárquicas o empresas públicas desde la creación del servicio a través del proceso de estatización.⁷

VI- Usuario

El particular que utiliza un servicio público se denomina *usuario* o *cliente*. Es el sujeto que se beneficia con la prestación del servicio. Este posee un *derecho subjetivo* para usar el servicio público dentro de los límites que le imponen las normas reglamentarias pertinentes.

- 1- **Relación jurídica.** La relación jurídica entre el usuario y el prestatario del servicio puede ser reglamentaria (v.gr., la instrucción primaria pública), o contractual (v.gr., electricidad, gas, teléfono).
- 2- **Situación jurídica.** La situación jurídica del usuario se fundamenta en el principio de igualdad que caracteriza al servicio público.
- 3- **Derechos Subjetivos.**
 - Al uso del servicio.
 - A la mediación del uso.
 - A la reparación: a) por interrupción o falta de servicio; b) por daños físicos; c) por errores de facturación.
 - A la información.
 - A la participación en audiencias públicas.
 - A exigir cortesía, diligencia y corrección en el trato.
 - A participar y ser representado por asociaciones de usuarios.
 - Al carácter personal de las deudas tarifarias por prestación del servicio público.

⁷ *Ibíd.*

Capítulo II

Los Sistemas de Retribución de la Prestación de los Servicios Públicos

La retribución de la prestación de un servicio público es, indudablemente, el elemento de principal consideración de cualquier política regulatoria.

I- Las tarifas de los servicios públicos

A los efectos de despejar posibles ambigüedades, puede señalarse con cierto nivel de generalidad que la tarifa es el conjunto de tasas o precios que retribuyen la prestación del servicio público.

La tarifa o cuadro tarifario representa un catálogo de tasas o precios que se aplica según las distintas categorías de usuarios. Por su parte, la tasa o el precio es la contribución económica exigida individualmente a cada usuario por la prestación del servicio.

En este esquema, los conceptos de “tasa” y “precio” no son sinónimos, sino que se hallan vinculados respectivamente con la utilización obligatoria o facultativa del servicio por parte del usuario y con el carácter en que se presta el servicio según el caso.

En relación con este último criterio de clasificación, cuando existe un servicio público en condición de monopolio legal o natural, seguramente existirá la fijación de una tarifa por parte de la autoridad estatal. En este caso, corresponde la utilización del concepto de tasa para denominar la retribución exigible al usuario.

En contrapartida, la idea de precio debe reservarse para aquellos servicios que normalmente se prestan en competencia. Si bien es posible asociar el término precio a la retribución de un servicio público, en su formación intervienen factores de mercado aun cuando la regulación no siempre se encuentra ausente, a diferencia de la tasa, de estricto carácter reglamentario.

Puede ocurrir que, en aquellos servicios públicos prestados en competencia, la regulación no haya considerado conveniente establecer cuadros tarifarios y que la retribución del prestador se alcance a través del libre juego de la oferta y la demanda. En los casos en

donde la competencia sea óptima, la regulación de precios es perniciosa en tanto termina identificándose con un costo adicional que en definitiva asumen los usuarios del servicio.⁸

II- Las tarifas en los servicios públicos de gestión estatal

En los servicios públicos de gestión estatal, las tarifas son fijadas por el propio prestador, es decir, el Estado. Según lo que determine la regulación en cada caso, la autoridad pública que fija las tarifas puede ser la propia administración central o la entidad estatal que presta el servicio. No siempre los valores establecidos en las tarifas son representativos del costo de prestación del servicio. Existe, ciertamente, un alto grado de discrecionalidad en la fijación de las tarifas.

Sucede frecuentemente que la prestación del servicio público no se retribuye solamente con las tasas que abonan los usuarios, sino que una parte de los costos son directamente afrontados con impuestos generales. En otros casos, consideraciones de interés público determinan que no se exija el pago de tasas por la prestación del servicio que, en definitiva, se subvenciona con otros ingresos.

Es común también que las tarifas no sean fijadas con criterios económicos estrictos sino que respondan a objetivos políticos concretos. En algunos casos, la fijación de tarifas por parte del Estado persigue finalidades anti-inflacionarias o de redistribución de ingresos. También es usual observar subsidios cruzados entre las distintas categorías de usuarios.

Todos estos ejemplos en los cuales la fijación de las tarifas procede de criterios políticos no sólo determina que resulte discutible su criterio de justicia sino que puede ser sumamente perjudicial para el servicio en el largo plazo en la medida en que no estén asegurados los costos de prestación y de expansión.⁹

III- Las tarifas en los servicios públicos de gestión privada

1. Caracteres de las tarifas de los servicios públicos

Existen ciertos caracteres de las tarifas de los servicios públicos comúnmente respetados en todos los sistemas regulatorios basados en la gestión privada del servicio.

⁸ Dirección de Internet, www.bibliojuridica.org/ Federico Campolieti

⁹ *Ibidem*.

1.1. Aprobación estatal del cuadro tarifario

Las tarifas son aprobadas por la autoridad estatal competente a través del dictado de un acto administrativo de alcance general. De ello se deriva la naturaleza reglamentaria de la tarifa.

Dependiendo del sistema jurídico, la autoridad competente para la aprobación de la tarifa puede ser la propia administración central que otorgó la concesión o la licencia o la autoridad regulatoria (resulta conveniente que el sistema jurídico designe como autoridad competente para la aprobación de la tarifa a la autoridad regulatoria, en general, una entidad descentralizada de la administración central).

Es usual que los contratos de concesión o las licencias otorgadas para la prestación de los servicios públicos garanticen al prestador ciertas pautas relacionadas con las tarifas del servicio, por ejemplo, la neutralidad tributaria, los modos de actualización y ajuste, la cobertura de costos de prestación, etc. No obstante esta circunstancia no desnaturaliza el carácter reglamentario de la tarifa. Es decir, el nivel de precios del servicio dependerá de la fijación que realice la autoridad estatal aun cuando deba respetar los patrones establecidos en la licencia o en el contrato del prestador.

1.2. Principio de razonabilidad de las tarifas

Las tarifas deben ser justas y razonables, principio que vale tanto para el prestador del servicio como para el usuario.

En la retribución de un servicio público en donde los precios no se forman con la libertad propia de las reglas de mercado, existe un acto de autoridad que establece dicha retribución, que no debe ser ajeno al marco de razonabilidad exigido a toda la actividad estatal.

Toda vez que la tarifa es esencialmente el componente de la retribución de una actividad económica regulada, la autoridad estatal que la aprueba se encuentra vinculada por este principio de justicia y razonabilidad.

1.3. Principio de Igualdad

El principio de igualdad en materia tarifaria se deriva del principio de igualdad ante la ley. La regla general consiste en que la tarifa de un servicio público no puede discriminar injustamente a usuarios de la misma categoría o clase de servicios en similares condiciones.

1.4.Principio de proporcionalidad

El principio de proporcionalidad se vincula con el costo del servicio, que debe ser proporcional al precio o tasa que abona el usuario.

Siempre es más justo que un servicio sea costado económicamente por quienes efectivamente lo utilizan, en lugar de que lo sea por toda la comunidad indiscriminadamente. Por ello, cuando un servicio es retribuido total o parcialmente con impuestos o subsidios cruzados se atenta contra el principio de proporcionalidad.

Por el mismo motivo, un servicio que se remunera con un cargo fijo no respeta el principio de proporcionalidad, dado que no refleja la distinción entre usuarios de acuerdo con el grado de utilización efectiva del servicio.

1.5.Garantía de razonable rentabilidad

En actividades económicas reguladas es lógico que se garantice una tasa de rentabilidad razonable al prestador. Si una determinada actividad económica es sustraída del principio de libertad de ejercicio y cae en la órbita de la regulación, el único mecanismo que permite despejar los riesgos de explotación es garantizar una determinada rentabilidad.

En el caso de los servicios públicos, la tarifa fijada por una autoridad estatal debe permitir que el prestador obtenga una ganancia justa y razonable. La garantía de razonable rentabilidad del prestador se justifica por cuanto su actividad es regulada.

Esta garantía funciona simultáneamente como un mínimo y un máximo que integra la ecuación económica del prestador. Por tratarse de una actividad regulada, el prestador no tiene derecho a la ganancia que obtendría si ejerciera una actividad sujeta a leyes de mercado.¹⁰

¹⁰ *Ibídem.*

Capítulo III

Conflicto en el Servicio de Gas

I- Antecedentes de Gas del Estado.

Gas del Estado **Sociedad del Estado** fue una **empresa pública argentina** dedicada a la distribución y comercialización de **gas natural** en todo el territorio del país, existente entre **1946** y **1992**, cuando fue **privatizada**.

Los antecedentes de Gas del Estado se remontan al **1 de agosto de 1929**, cuando el director de los **Yacimientos Petrolíferos Fiscales** (YPF), dispuso la toma del mercado de combustibles líquidos y anunció que a partir de ese momento sus precios serían determinados por el Estado nacional y no por empresas extranjeras.

La cuestión gasífera fue ganando relevancia dentro de Yacimientos Petrolíferos Fiscales, llegando a convencer al gobierno de la necesidad de crear un organismo estatal que se encargara de la distribución del gas por redes, hasta entonces a cargo de empresas extranjeras. En **1945** se decretó la nacionalización del gas y en **1946** se creó la **Dirección Nacional de Gas del Estado** en forma independiente a la petrolera estatal.

Hasta el momento las necesidades gasíferas se satisfacían con **gas de alumbrado** obtenido en base a **carbón de hulla** importado del **Reino Unido**, hecho que derivaba en elevados costos. Se vió la necesidad de reemplazar las importaciones de gas por aquel que se venteaba en Comodoro Rivadavia. En **1947** se soldó el primer caño de gasoducto y fue inaugurado en **1949**. A partir de ese momento se aplicó una política tendiente a la baja sostenida de tarifas y la expansión del sistema de gas por redes.

En sus últimos años como empresa pública, Gas del Estado se dedicó a la construcción y estatización de gasoductos con el objetivo de elevar la capacidad de transporte de la red de distribución de gas.

La asunción de **Carlos Saúl Menem** en 1989 y la puesta en práctica del programa de su **ministro de Economía, Domingo Cavallo**, significaron la privatización o concesión de la mayoría de las empresas públicas argentinas, incluyendo a Gas del Estado. Así en 1992 se

creó el [Ente Nacional Regulador del Gas](#), ENARGAS. Dividiéndose Gas del Estado en once sociedades privadas con mayoría de capitales extranjeros.¹¹

II- El Servicio de Gas en la Argentina

En nuestro país participan del ciclo del gas natural: productores, captadores, procesadores –regulados por la Ley N° 17319–, transportistas, almacenadores, distribuidores, comercializadores y consumidores, quienes se rigen por la Ley de Privatización de Gas del Estado (N° 24076).

La norma, promulgada en 1992, estableció la división del ciclo del gas natural en todas las instancias, desde la producción hasta el consumo, definiendo a cada uno de sus actuantes: **Transportista:** es responsable del transporte del gas natural desde el punto de ingreso al sistema hasta el punto de recepción por los distribuidores o consumidores que contraten directamente con el productor y los almacenadores.

Distribuidor: es el prestador responsable, en el marco de una jurisdicción determinada, de recibir el gas del transportista y de abastecer a los usuarios a través de la red hasta el medidor de consumo.

Comercializador: es quien compra y vende gas natural por cuenta de terceros.

Según la norma, los sujetos activos de la industria del gas natural están obligados a operar y mantener sus instalaciones y equipos, los que estarán sujetos a inspecciones, revisiones y pruebas, a fin de garantizar el suministro y la protección de la seguridad pública. Asimismo, establece que no podrán realizar actos que impliquen competencia desleal ni abuso de su posición dominante en el mercado y que deberán tomar los recaudos necesarios para asegurar el suministro.

En cuanto a los servicios de distribución, la ley obligó a su privatización sobre la base de adjudicación de áreas que se corresponden con las divisiones políticas provinciales o regionales, excepto la Capital Federal y el conurbano bonaerense, considerados como una misma área susceptible de ser dividida a su vez.¹²

III- Regulación y control

¹¹ Dirección de Internet, www.argentina.gob.ar/serviciospublicos/gas.

¹² *Ibíd.*

El Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) regula, fiscaliza y resuelve las controversias suscitadas en relación con este servicio público. Sus principales objetivos son: proteger los derechos de los consumidores; promover la competitividad y alentar inversiones para asegurar el suministro; propender a una mejor operación y uso de los servicios; regular las actividades del transporte y distribución de gas natural asegurando tarifas justas y razonables y velar por la protección del medio ambiente.¹³

IV- Protección.

Una vez transferidas las empresas prestadoras de servicios públicos al sector privado, se producen múltiples interrelaciones que abarcan a todos los protagonistas del servicio: empresa prestadora, ente regulador, Estado concedente, consumidor, cliente o usuario; se entrelazan derechos y deberes.

- 1- Protección de los prestadores.** La regulación genera a favor del prestador privado (concesionario, licenciatario, autorizado o permisionario) derechos subjetivos, los que tienen amparo en la CN y en la norma vigente. No es posible que el poder administrador varíe las condiciones en que se otorgó la gestión del servicio en perjuicio del prestador particular, en tanto éste posee derechos subjetivos nacidos del vínculo contractual que lo une con el Estado para llevar adelante la prestación del servicio.
- 2- Protección de los usuarios.** La CN impone a las autoridades y a los organismos no gubernamentales una serie de obligaciones tendientes a resguardar los derechos de los usuarios. La protección de los usuarios se halla prevista en distintas regulaciones, y puede producirse por distintos medios: audiencias públicas, reglamentos de servicio, Ley de Defensa del Consumidor, acción de amparo, actuación del Defensor del Pueblo, asociaciones de usuarios.¹⁴

V- Decreto 2067/08 del PEN, su análisis.

Aumentos de gas – Decreto 2067/08

B.O. 03/12/08 – Decreto 2067/08 – GAS NATURAL – Crea Fondo Fiduciario para importaciones de gas natural y complementar inyección de gas natural que sean requeridas.

¹³ Ibídem.

¹⁴ DROMI Roberto. Derecho Administrativo, pag.874, (Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2004) 1631 págs.

LA PRESIDENTA DE LA NACIÓN ARGENTINA

DECRETA:

Artículo 1º — Créase el Fondo Fiduciario para 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.

Art. 2º — El Fondo Fiduciario estará integrado por los siguientes recursos: (i) cargos tarifarios a pagar por los usuarios de los servicios regulados de transporte y/o distribución, por los sujetos consumidores de gas que reciben directamente el gas de los productores sin hacer uso de los sistemas de transporte o distribución de gas natural y por las empresas que procesen gas natural; (ii) los recursos que se obtengan en el marco de programas especiales de crédito que se acuerden con los organismos o instituciones pertinentes, nacionales e internacionales; y (iii) a través de sistemas de aportes específicos, a realizar por los sujetos activos del sector. Los cargos referidos no constituirán ni se computarán como base imponible de ningún tributo de origen nacional, con excepción del Impuesto al Valor Agregado (IVA).

Art. 3º — El MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS reglamentará el alcance, la constitución y el funcionamiento del Fondo Fiduciario creado en el artículo 1º.

Art. 4º — Las importaciones de gas natural a realizarse al amparo del régimen creado por el presente, serán definidas en forma previa por el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS.

Art. 5º — En el acto de constitución del Fondo Fiduciario, el MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS podrá suscribir los acuerdos y/o convenios que estime pertinentes con entidades públicas y/o privadas, teniendo en cuenta para ello el objeto de creación del Fondo, tendiendo a lograr procedimientos de operatoria ágiles, simples, transparentes y de máxima eficiencia en el funcionamiento del mismo.

Art. 6º — Facúltese al MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, con la asistencia técnica de la SECRETARIA DE ENERGIA bajo su dependencia y del ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS (ENARGAS), a fijar el valor de los cargos y a ajustarlos, en la medida que resulte necesario, a fin de atender el pago y/o repago de las importaciones de gas natural.

Art. 7° — El MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS podrá exceptuar a las categorías de usuarios que determine del pago de los cargos para el pago y/o repago de las importaciones de gas natural.

Art. 8° — El MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS, en el marco de su competencia, podrá autorizar a la UNIDAD DE AUDITORIA INTERNA de esa Jurisdicción a efectuar controles permanentes sobre los fondos recaudados por los cargos, así como sobre su imputación y aplicación, compatibilizándola con lo prescrito en la Ley 24.156 y sus normas complementarias. En igual sentido podrá requerirse la colaboración de la SINDICATURA GENERAL DE LA NACION, sin perjuicio de las facultades que le son propias de conformidad a la Ley citada.

Art. 9° — Comuníquese, publíquese, dése a la Dirección Nacional del Registro Oficial y archívese.

— FERNANDEZ DE KIRCHNER. — Sergio T. Massa. — Julio M. De Vido

Resumidamente, el Poder Ejecutivo Nacional, a través del decreto transcrito, decidió modificar el modo en que se financiaba la importación de gas, imponiendo un supuesto “cargo tarifario” que deberán abonar los usuarios residenciales de mayor consumo y los usuarios industriales y comerciales.

Según lo trascendido en algunos medios de comunicación, esos aumentos se aplicarían a usuarios residenciales que consumen anualmente mas de 800 m³, lo que equivale al consumo de cualquier familia tipo que utilice una cocina, un calefón, y al uso de un calefactor solo en los días más fríos de invierno, y conllevaría un reajuste de entre 50 y 200%.

Por otra parte, la crisis económica ha provocado la disminución de la actividad industrial, y el aumento en los costos en dicho sector generaría grandes pérdidas de fuentes de trabajo.

Durante los años en los cuales la economía nacional se vio en mejores condiciones, lográndose los mayores niveles de crecimiento sostenido y disminución del desempleo, el gobierno nacional congeló las tarifas de los servicios públicos y los precios de la producción nacional de gas en la boca de los pozos.

Con la aparición de la actual crisis económica mundial, el gobierno nacional decidió modificar tal política, comenzando por sincerar el problema en materia energética, como así también que no había un manejo claro en materia de subsidios a las importaciones de gas.

Desde septiembre de 2008 se sucedieron aumentos consecutivos de gas, uno de ellos se impuso por el decreto 2067/08 que creó un fondo fiduciario para pagar las importaciones de gas, que pagarán los usuarios residenciales afectados, las pequeñas y medianas empresas, el comercio y las industrias.¹⁵

¹⁵ Nuevo Diario, (15 de Abril de 2009)

Capítulo IV

Poder Judicial de la Nación

Río Cuarto, 28 de octubre de 2009.

VISTOS: Estos autos caratulados: **“MUGNAINI FIAD, Eduardo Julio por derecho propio y en calidad de DEFENSOR DEL PUEBLO de la Ciudad de RIO CUARTO c/ ESTADO NACIONAL (PODER EJECUTIVO NACIONAL), ENTE REGULADOR DEL GAS (ENARGAS) y DISTRIBUIDORA DE GAS DEL CENTRO S.A., Sucursal Río Cuarto- AMPARO LEY 16.986”**, (Expte. N° 15-M-09), y

DE LO QUE RESULTA:

I. Que a fs. 3/26 vta. comparece **Eduardo Julio MUGNAINI FIAD**, con el patrocinio letrado del Dr. Marcelo A. BRESSAN y promueve, a **título personal** invocando representación del colectivo local de usuarios del servicio de gas natural alcanzados por el Decreto 2067/08- y **en calidad de Defensor del Pueblo de la ciudad de Río Cuarto**, acción de amparo en contra del **ESTADO NACIONAL**, el **ENTE REGULADOR DEL GAS NATURAL** y **ECOGAS (Distribuidora de Gas del Centro S.A)**, en los términos del art. 43 de la Constitución Nacional. Alega que tanto la Carta Magna Nacional cuanto Provincial consagran la facultad del Ombudsman para accionar en representación de aquellas personas cuyos derechos pudieran lesionarse producto de acciones y omisiones de terceros. Invoca concretamente legitimación para presentarse en juicio en protección de los derechos de incidencia colectiva. Argumenta acerca del modo en que se regula en la Ordenanza Municipal su facultad. Cita profusa doctrina y jurisprudencia en abono de su postulación. Respecto de su presentación a título personal, pero representando al colectivo afectado por el Decreto que cuestiona invoca el art. 43 de la Constitución Nacional. En lo que respecta al objeto de su presentación solicita la declaración de inconstitucionalidad del Decreto del Poder Ejecutivo Nacional N° 2067 del 27 de noviembre de 2008, de la Resolución 1451/2008 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y Resolución ENARGAS 563/08 y subsidiariamente de toda otra norma dictada en concordancia con la citada que afecte derechos de los usuarios de la ciudad y región. Aclara que la acción se promueve en tutela de los

derechos colectivos de los usuarios del servicio público de gas natural por redes de la ciudad de Río Cuarto, Provincia de Córdoba perjudicados por el incremento de los montos que deberán pagar en sus facturas correspondientes a dicho servicio domiciliario de gas, a raíz de la aplicación de los “CARGOS” o “CARGOS TARIFARIOS”. Señala que, sin desconocer su calidad de Defensor del Pueblo Local, atento la influencia de la ciudad e institución que representa en la región, pide para el supuesto de hacerse lugar al presente se dicte en relación a la totalidad de los usuarios del servicio de gas dentro de los límites de competencia del tribunal. En dicho marco postula el dictado de una medida cautelar. En el desarrollo de la tacha de inconstitucionalidad, que sobre la referida normativa efectúa, señala que el precitado “cargo tarifario” resulta ser en los hechos un tributo, creado ilegítima e ilegalmente por un Órgano (P.E.N.) que de acuerdo a la Constitución Nacional carece de potestad tributaria para hacerlo ya que sólo el Congreso de la Nación impone las contribuciones (art. 17 CN), resultando consecuentemente contrario al principio de legalidad tributaria. Alega igualmente que en razón de que la relación entre el usuario y la empresa ingresa dentro de la categoría de una típica “relación de consumo”, el referido “cargo tarifario” afecta gravemente diversos derechos de los consumidores y usuarios entre ellos los intereses económicos, el acceso al consumo, el derecho a una información adecuada y veraz, a los que expresamente refiere el art. 42 de la CN, afectando asimismo el derecho de propiedad. Finalmente acusa que el cargo resulta totalmente desproporcionado y en definitiva irrazonable, ya que en la mayoría de los casos supera el costo de la tarifa del mismo servicio. Seguidamente desarrolla acerca de la presentación temporánea de la acción. En el relato de los hechos destaca que con fecha 27/11/08 en virtud del Decreto 2067 fue creado un Fondo Fiduciario con el objeto de atender las importaciones de gas natural y toda aquélla que resulte necesaria para complementar la inyección de este elemento que sea requerida para satisfacer las necesidades nacionales. Que dicho Fondo Fiduciario se integra entre otras cosas por cargos tarifarios a pagar por los usuarios de los servicios regulados del transporte y/o distribución, por los sujetos consumidores de gas que reciben directamente el mismo de los productores, sin hacer uso de los sistemas de transportes o distribución de gas natural y por las empresas que procesen gas natural. Resalta por último que dicho decreto faculta al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con la asistencia técnica de la Secretaría de Energía bajo su dependencia y del Enargas, a fijar el valor de los cargos y a ajustarlos “en la medida que resulte necesario” a fin de atender al pago y o repago de las importaciones de gas natural. Que

la Resolución 1451/08, dictada por el Ministerio citado, reglamentó el fondo fiduciario estableciendo que el patrimonio del referido fideicomiso estará constituido por los recursos provenientes de los cargos, entre otros. Que asimismo instruye a la Secretaría de Energía de la Nación y al Ente Regulador del Gas para que dentro del ámbito de sus respectivas competencias determinen el valor de los cargos y los agentes de percepción de los mismos. A su turno la Resolución 563/08 del Enargas dispone implementar con vigencia a partir del 1° de Noviembre de 2008 los cargos aprobados por el Ministerio. El presentante señala en su libelo que se ha dispuesto de este modo aplicar un adicional a las tarifas que los usuarios deben abonar que tiene por finalidad la capitalización del Fondo Fiduciario creado con el objeto de hacer frente a las eventuales necesidades de importación de gas natural. Da cuenta de las numerosas gestiones institucionales llevadas a cabo en el seno de la institución que representa citando antecedentes jurisprudenciales que ordenaran la suspensión de la normativa aquí atacada. Desarrolla argumentalmente sobre el fundamento del derecho que invoca enfatizando acerca de la naturaleza jurídica del “cargo tarifario” el que, a su juicio, reviste tal como está expuesto en las normas impugnadas, las características propias de un tributo, es decir una prestación en dinero exigida por el Estado en su ejercicio de poder de imperio, con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines. Seguidamente distingue los conceptos “tributo” y “precio”, reiterando la sujeción al principio de legalidad o reserva de ley en materia tributaria del primero de los conceptos referidos. También desarrolla acerca de las contribuciones especiales, concluyendo que más allá de la discusión acerca del encuadre en una u otra de estas categorías es evidente que la naturaleza jurídica es tributaria, y en consecuencia estará siempre sometida a los principios antes señalados. Refiere que frente a la arbitrariedad denunciada, y como si esto fuera poco, el Decreto 2067/08 autoriza que el cargo sea gravado con IVA, aspecto este último que aumenta aún más los costos que debe irrogar el consumidor o usuario a causa del ya por sí elevado “tributo encubierto”. Pide que judicialmente se reestablezca la vigencia de nuestra Constitución Nacional, declarando la inconstitucionalidad de los actos impugnados. Argumentalmente expone afectación a los consumidores y usuarios como parte más débil de la relación de consumo, destacando los principios básicos de los derechos del consumidor que establecen en caso de duda la interpretación más favorable a éste. Refiere que el estado de debilidad de éste se agrava en el caso de los servicios públicos privatizados de características monopólicas, donde el consumidor se halla “cautivo” de la empresa que le provee un servicio tan esencial,

impidiéndoseles en los hechos ejercitar su derecho a la “libertad de elección”. Dato no menor es el derecho a la información que el Estado en su carácter de poder concedente de ese servicio público y los Entes de control deben brindar a los usuarios, derecho éste que adquiere el alcance de un principio general. Acusa falta de proporcionalidad e irrazonabilidad del cargo desarrollando de manera extensa estos conceptos. En lo concerniente a los criterios interpretativos, desarrolla los principios que deberán observarse para su aplicación por los argumentos que expone. Ofrece prueba documental. Formula reserva del caso federal. Cita la Ley de Defensa del Consumidor en atención a la cual solicita el servicio de justicia gratuito (art. 55).

II. Conferida a fs. 27 vista a la señora Fiscal Federal subrogante la misma dictamina a fs. 28/vta. en favor de la competencia de este tribunal.

III. A fs. 29 obra escrito mediante el cual el señor Defensor del Pueblo local amplía su presentación cautelar requiriendo se ordene a la empresa ECOGAS S.A. (DISTRIBUIDORA DE GAS DEL CENTRO S.A.), se abstenga de proceder a interrumpir el suministro de gas domiciliario a los vecinos que a la fecha no hayan pagado de manera total el importe contenido en la factura.

IV. Declarada a fs. 30/33 vta. la competencia del Tribunal se admite la intervención del Sr. Defensor del Pueblo de la ciudad de Río Cuarto impetrando acción de amparo colectivo a favor de los ciudadanos de Río Cuarto, definiéndose de manera favorable la medida cautelar innovativa postulada en los términos que da cuenta dicha resolución.

V. A fs. 60/78 comparece el Dr. César Augusto LOPEZ en representación del **ESTADO NACIONAL ARGENTINO (PEN) MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL, INVERSION PUBLICA Y SERVICIOS**, apelando y fundando recurso en el mismo acto. Seguidamente a fs. 81/101 vta. hace lo propio en representación del **ENARGAS**.

VI. A fs. 128/136 vta. se presenta Leonardo F. MASSIMINO en representación de **DISTRIBUIDORA DE GAS DEL CENTRO S.A.**, a tenor del poder general que acompaña a fs. 106/110, y produce el informe circunstanciado que prescribe el art. 8 de la Ley 16.986. Como cuestión previa se opone a la legitimación conferida en favor del Defensor del Pueblo aduciendo imposibilidad del actor para intervenir en cuestiones atinentes al poder federal. Requiere manifestación preliminar en tal sentido. Seguidamente expone que su parte concurre a esta instancia judicial en calidad de sociedad titular de la licencia del servicio público de distribución de gas natural en las provincias de Córdoba, Catamarca y La Rioja, la que le

fuera otorgada por el Poder Ejecutivo Nacional a través del Decreto 2454/92, complementario de la Ley Nacional 24.076. En relación al cargo fiduciario creado por Decreto 2067/08 da cuenta que Distribuidora actúa exclusivamente como agente de cobranzas de los cargos mencionados, no percibiendo ningún beneficio económico por la aplicación de los mismos. Transcribe los artículos 1 y 2 del Decreto 2067/08, 7 y 8 de la Resolución 1451/08 y 3 de la Resolución del ENARGAS 563/08, en las que se apoya esta afirmación. Señala que la única actitud atacada como ilegal por la parte actora de este proceso radica en el dictado de las normas que crean y reglan el cargo específico. Que los actos desarrollados por su parte vienen dados por la ejecución de la imposición normal que pesa sobre sí, constituyendo la simple prestación de una obligación legalmente adquirida dentro de los límites establecidos para ella, conforme art. 1071 del Código Civil, de lo cual gravamen ninguno puede ser extraído y esgrimido en contra de Distribuidora. Invoca excepción de falta de acción por ausencia de legitimación pasiva, destacando que la instancia intentada no determina una conducta lesiva por parte de Distribuidora que actúa por cuenta y orden de Nación Fideicomiso. Que su parte no tiene capacidad suficiente para revestir la calidad de reclamado en este proceso, limitándose a percibir el cargo por cuenta y orden de terceros sin absolutamente ningún beneficio particular por la ejecución de la encomienda cuyos efectos deben resultarles neutros. Postula el rechazo de la acción instalada en contra de Distribuidora con expresa imposición de costas a la parte actora. Ofrece y acompaña prueba documental y en los términos del art. 94 del C.P.C.C.N. requiere la citación a este proceso de Nación Fideicomiso S.A. en calidad de tercero obligado. Indica que su presencia aparece ineludible por cuanto la razón que determina la acción la percepción de los cargos específicos- se realiza a su nombre y por su cuenta y orden. Que los fondos efectivamente percibidos por ella son depositados en cuenta que resultan administradas por el fiduciario y que los importes percibidos bajo el concepto de “cargo fideicomiso” son depositados por Distribuidora en las cuentas indicadas por la autoridad competente. Agrega que sin la presencia de la fiduciaria en el presente proceso, se tornará vacua la resolución a dictarse. Ello importará hacerles extensivos los efectos de la resolución que aquí recaiga, afirmando, que la citada posee en definitiva intereses jurídicos legítimos, ciertos y concretos en la tramitación y resolución de esta causa. Precisa que las decisiones jurisdiccionales a dictarse harán respecto de la misma cosa juzgada resguardándose asimismo su derecho de defensa evitando futuras e hipotéticas acciones reversivas. Formula reserva del caso federal.

VII. A fs. 139/166 y 168/195 en representación del **ENARGAS** y **ESTADO NACIONAL**, respectivamente, se presenta el Dr. César Augusto LOPEZ y produce los informes circunstanciados previstos en el art. 8 de la Ley 16.986. En el primero de los nombrados cuestiona la legitimación del accionante citando normativa y jurisprudencia en que fundamenta dicho aserto. Pone de manifiesto la existencia de acción idéntica tramitada ante el fuero federal por el Defensor del Pueblo de la Nación con la posibilidad del dictado de sentencias contradictorias. Acusa inadmisibilidad de la vía intentada destacando la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Da cuenta de la excepcionalidad de la vía de amparo con profusa cita doctrinaria. Invoca que el análisis constitucional de las normas aquí cuestionadas debe hacerse como un todo integral siguiendo así doctrina de hermenéutica que establece como principio de recta interpretación que las leyes deben analizarse consultando la totalidad de las disposiciones que las integran y que se debe indagar lo que ellas jurídicamente dicen. Desde esta perspectiva y analizado el plexo normativo cuestionado su parte sostiene la existencia de una cuestión política de discrecionalidad técnica que no es susceptible de revisión judicial. Por consiguiente, intentar que por conducto de una acción judicial el Poder Judicial de la Nación legisle y derogue normas constituye una clara e inconstitucional invasión a la zona de reserva que violentaría el principio republicano de división de poderes consagrado en el art. 1 de la CN. En la producción de su informe da cuenta que conforme a la Ley 25.561 que declaró la emergencia pública se autorizó al Poder Ejecutivo Nacional a renegociar entre otros los contratos de prestación de servicios públicos para lo cual se establecieron determinados criterios rectores. Posteriormente dice que el P.E.N., actuando dentro del marco de la emergencia declarada dictó diversos actos por los que se establecieron medidas tendientes a reestructurar un conjunto heterogéneo de relaciones de intercambio de la economía doméstica regida por el derecho público y por el derecho privado. Que dichas medidas han incidido en los servicios públicos vinculados al abastecimiento de gas natural y de energía eléctrica cuyos segmentos han sido definidos como tales por las Leyes 24.076 y 24.065. Detalla particularmente el caso de la industria de gas natural llegando así al dictado del Decreto 2067/08 que crea un fondo fiduciario para atender a las importaciones de gas natural que sean requeridas para satisfacer las necesidades de dicho hidrocarburo con el fin de garantizar la continuidad del crecimiento económico nacional y la prestación del servicio a todas aquellas industrias que lo demanden. De cuenta que en virtud del art. 3 de dicho decreto será el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y

Servicios quien deberá reglamentar el alcance, la constitución y el funcionamiento del referido fondo. Invoca la Resolución 1451 conforme la cual se debe instruir al Enargas para que determine el valor de los cargos y los agentes de percepción dentro de los lineamientos que al respecto determine el respectivo Ministerio. Consecuentemente el citado Ministerio ha fijado los cargos mediante la providencia N° 3061 instruyendo a este Organismo para que proceda a instrumentar y aplicar los mismos, estableciendo el procedimiento para su percepción y posterior integración al fideicomiso de conformidad con lo previsto en el art. 8 de la resolución reglamentaria. Seguidamente el Ente Nacional Regulador del Gas, por Resolución 563/08 y 615/09, ha implementado los cargos impuestos por el Ministerio de Planificación. Afirma así que, la determinación del cargo reviste complejidad técnica y es el resultado de la participación de distintos actores del sistema. Niega que el cargo creado por Decreto 2067/08 constituya un tributo, ya que no depende de la capacidad contributiva del sujeto pasivo, afirmando que es un instituto que surge de la coyuntura propia de la emergencia pública, con un fin específico y determinado. Agrega que son afectados por el IVA por lo que mal podría tratarse de un tributo que constituya el hecho imponible de otro. Alude al impacto del mentado decreto en la Provincia de Córdoba de cuyo análisis observa que el porcentaje de usuarios residenciales que pagan el cargo durante el período invernal asciende al 17% del total de la categoría verificándose que el mencionado grupo de usuarios concentra el 39% del total de los volúmenes consumidos de gas por los residenciales. Invoca que mediante Resolución 828/09 del ENARGAS se resolvió instruir a las licenciatarias del servicio a adoptar las medidas tendientes a efectuar refacturaciones y reintegros del cargo, desarrollando de manera extensa sobre dicha normativa, a tenor de lo que colige que ha cesado la situación de incertidumbre respecto de la continuidad del servicio de gas no existiendo ya la del recaudo de peligro en la demora. Alega que por ello la medida precautoria debe cesar en sus efectos. Cita fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en alusión al tópico que nomina “segmentación de usuarios”, exponiendo acerca del principio de igualdad. Dice que la decisión encarada por el P.E.N. hace a una política energética que no puede ser cuestionada ya que fue realizada en beneficio de toda la población de la Nación interfiriendo la petición de la accionante en el desarrollo de un servicio público esencial y de carácter federal como es la distribución y transporte del gas natural. Invoca como basamento de la medida cuestionada las Leyes 25.561, 24.076 y 26.095. Defiende en constitucionalidad la normativa atacada, destacando ausencia de violación a los derechos protegidos por la Ley 24.240. Ofrece y

acompaña prueba documental. Formula reserva del caso federal. Pide rechazo de la demanda, con especial imposición de costas.

Con respecto al restante informe, producido por el **ESTADO NACIONAL** cuestiona por el mismo igualmente la pretensión del amparista analizando la inexistencia de legitimación del Defensor del Pueblo de la ciudad de Río Cuarto a tenor de la normativa que consigna en su libelo. Niega que se cuestionen en autos derechos de incidencia colectiva, que la normativa sea inconstitucional, que la acción de amparo sea procedente, que la aplicación de las disposiciones atacadas provoque un daño irreparable, que el cargo tarifario sea confiscatorio, que concurren los requisitos de fondo y forma que hacen a la procedencia de la acción de amparo. Desecha el carácter tributario de los cargos tarifarios como asimismo que éstos vulneren el principio de reserva de ley. Extensamente desarrolla acerca de estos puntos, enfatizando que la cuestión sometida a análisis exige una mayor amplitud de debate y prueba, remitiéndome en lo demás a los argumentos expuestos en su libelo, los que, en honor a la brevedad, puedo sintetizar en que, desde el año 2001 a la fecha se han producido aumentos en los costos en el suministro de gas que no se han trasladado a la tarifa que abonan los usuarios finales, es decir que mientras los efectivos costos de suministro energético de gas han ido en aumento, los mismos no se fueron trasladando al valor de la tarifa final. El decreto cuestionado responde entonces, al interés general de adoptar políticas eficaces tendientes a asegurar el abastecimiento interno de gas natural, corrigiendo las consecuencias generadas a raíz de la emergencia económica declarada por la Ley 25.561 y con el fin último de viabilizar la continuidad del crecimiento económico del país. Defiende igualmente en constitucionalidad el Decreto 2067/08 acusando afectación al principio de división de poderes. Formula reserva del caso federal y pide rechazo de la acción, con especial imposición de costas.

VIII. A fs. 198/203 el representante del Estado Nacional denuncia el dictado de la Resolución 828 del 14 de agosto de 2009 en virtud de la cual peticiona se deje sin efecto de modo inmediato y urgente la resolución cautelar definida en autos, petición que es denegada a fs. 204 a tenor de las consideraciones allí efectuadas. A fs. 209 se presenta nuevamente y da cuenta de la interposición de recurso de queja en relación al decreto de fecha 14 de agosto de 2009 en que se concedió el recurso de apelación en relación y con efecto devolutivo.

IX. A fs. 258 se ordena la formación del Incidente de apelación de la medida cautelar, materializado y elevado a la Excm. Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba con fecha 25/09/2009 conforme da cuenta la certificación actuarial de fs. 260 vta.

X. A fs. 265/268 el Señor Defensor del Pueblo de la ciudad de Río Cuarto responde el traslado de la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por Distribuidora del Gas del Centro S.A., solicitando se disponga su rechazo. Alega que si bien esa parte ya se expidió sobre el tema en ocasión de evacuar el traslado de la apelación de la medida cautelar, reitera que esta articulación esgrimida por la contraria no está prevista en la Ley 16.986, norma que veda el planteo de excepciones previas. Invoca que Distribuidora no era bajo ningún punto de vista un mero agente de percepción, ya que ejercía antes del dictado de la medida cautelar dictada en autos, una especie de autoridad con facultades sancionatorias y graves, consistente en el corte del suministro de un servicio público como es el gas. Que tan es así que no existían dos facturas, una conteniendo el precio del gas y otra el cargo, cuya naturaleza tributaria siguen afirmando, no teniendo opción alguna el consumidor en el sentido de abonar sólo el servicio. Dice que, si presentamos el escenario donde Ecogas necesariamente es actor principal en la relación del consumo con los usuarios advertiremos que los caracteres que la doctrina le atribuyó a la prestación de esta clase de servicios se verían seriamente afectados. En este cauce ilustra que la regularidad obliga al prestador del servicio a que cumpla las condiciones preestablecidas. Del carácter de igualdad dimana que el servicio debe ser prestado a todo el que lo solicite en igualdad de condiciones. Por último, en relación a la obligatoriedad, señala el deber ineludible de prestarlo por parte del Estado, concesionario, licenciataria o particular, de modo que la falta o negativa de quien tiene a su cargo el servicio ha de considerarse falta gravísima. Esto último es a lo que se somete Distribuidora ante el eventual corte del suministro por falta de pago del cargo tarifario, lo que la coloca en la situación ineludible de participar y hacerse responsable por su cuota participativa en la aplicación del Decreto 2067/08 y la normativa complementaria y concordante derivada del mismo. Pide por ello el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva articulada por Distribuidora del Gas del Centro S.A., con costas, difiriéndose a fs. 268 bis el tratamiento de dicha cuestión para el fondo.

XI. A fs. 276/280 obra nota suscripta por los Dres. María Soledad RAMOS y Edgardo SPENGLER quienes responden tardíamente al requerimiento judicial de citación a Nación Fideicomiso S.A. en su rol de fiduciario del fideicomiso de gas. Informan acerca de la vinculación de la normativa cuestionada afirmando la inexactitud de las alegaciones de la actora. A fs. 280 se dispone pasar los autos a despacho para resolver.

Y CONSIDERANDO:

1º) Previo ingresar a la materia propia de la litis es menester atender a la acusación de ineptitud de la vía elegida que se alega en autos. En este orden de ideas, acude a la instancia el **actor, en calidad de Defensor del Pueblo de la ciudad de Río Cuarto representando al colectivo que invoca, en procura de que se declare la inconstitucionalidad del Decreto 2067/2008 que establece el denominado “Cargo Tarifario” y demás normativa vinculada a dicha imposición.**

Vale destacar, que es doctrina constante y reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que *“...el amparo es un proceso excepcional sólo utilizable en las delicadas y extremas situaciones en las que por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales, y exige para su apertura circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva...”* (CSJN Fallo 299:185; 301:1061, entre muchos otros). Aún luego de la reforma constitucional, ésta continúa siendo una vía excepcional de la que quedan excluidas aquellas cuestiones donde no surge con total nitidez la arbitrariedad o ilegalidad que se le arguye, siendo inviable la pretensión de utilizarla como un medio susceptible de reemplazar a las vías procedimentales ordinarias para la solución de la controversia. *“La acción de amparo sigue constituyendo un remedio de excepción, cuya utilización está reservada para aquellos casos en que la carencia de otras vías legales aptas para resolverlas pueda afectar derechos constitucionales, máxime cuando su apertura requiere circunstancias muy particulares, caracterizadas por la existencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la demostración, por añadidura, de que el daño concreto y grave ocasionado sólo puede eventualmente ser reparado acudiendo a la vía urgente y expedita del citado proceso constitucional”* (C.S.J.N. 4 de octubre de 1994 in re “BALLESTEROS, José s. acción de amparo” citado en “El derecho de Amparo”, Osvaldo Alfredo GOZAINI, Pág. 36, Ed. DEPALMA).

En este aspecto, al incorporarse la acción de amparo al articulado de la Constitución Nacional sancionada en 1994, gran parte de la doctrina sostuvo que dejó de ser una vía subsidiaria para convertirse por expresa disposición constitucional en una alternativa directa y principal ya que sólo se encuentra condicionada -en este aspecto- a que *no exista otro medio judicial más idóneo* (art. 43 de la Constitución Nacional; **MORELLO, Augusto Mario**; *EL AMPARO DESPUES DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL*, en *Revista de Derecho*

Privado y Comunitario, Ed. Rubinzal-Culzoni, N° 7 , pág. 221 y sig.; VALLEFIN, Carlos A., *EL AMPARO: DESDE LA CONSTITUCION A LA JURISPRUDENCIA*, J.A. Semanario N° 6042 del 18 de junio de 1997, pág. 45 y sgtes.), mientras que **para la Corte Suprema de Justicia de la Nación y jurisprudencia mayoritaria la acción de amparo es una acción excepcional, y siguen aún después de la reforma de 1994, imponiéndose idénticos requisitos para su procedencia formal** (C.S.J.N. “SERVOTRON” del 10/12/96 considerando 4°, “PRODELCO” 7/5/98 considerando 30 del voto mayoritario y en los votos concurrentes de los jueces Boggiano consid. 15, Belluscio y Bossert considerando 10- Fayt cons. 9° y Petracchi consid. 12), entre muchos otros).

Siguiendo la orientación que trazara el Máximo Tribunal en los albores mismos del instituto analizado, *“los jueces deben extremar la ponderación y la prudencia lo mismo que en muchas otras cuestiones propias de su alto ministerio- a fin de no decidir, por el sumarísimo procedimiento de esta garantía constitucional, cuestiones susceptibles de mayor debate y que corresponda resolver de acuerdo con los procedimientos ordinarios. Pero, guardadas la ponderación y la prudencia debidas, ningún obstáculo de hecho o de derecho debe retardar al amparo constitucional”* (caso KOT Fallos Tomo 241, Pág. 302).

En el caso de autos la admisibilidad formal de la acción de amparo resulta incuestionable, desde que la discusión se centra en la restricción a derechos constitucionales por el dictado de una norma que se dice contraria al plexo legal supremo, extremo que no requiere de mayores probanzas, constituyendo a mi criterio la vía rápida y expedita a que alude el texto constitucional con la reforma introducida al art. 43.

Concurren igualmente los recaudos de admisibilidad sustancial del amparo, esto es existencia de vicios de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y que la lesión de los derechos o garantías constitucionales resulte del acto u omisión de manera clara e inequívoca, sin necesidad de un largo y profundo estudio de los hechos y de amplio debate o prueba (Fallos 306:1253; 307:747). El concepto de ilegalidad se circunscribe a *“... que se haya vulnerado un derecho o garantía constitucional, sea actuando de manera manifiestamente contraria a la ley o a un decreto, a una ordenanza, etc...”* (SAGUES, Néstor Pedro “Ley de Amparo-comentada, anotada y concordada con las normas provinciales”, Pág. 96, ed. Astrea). La ilicitud puede provenir de una acción tanto como de una omisión que en forma notoria sea opuesta a la ley. En la especie, concretamente, la decisión versará sobre la constitucionalidad

o no de la norma atacada, ergo sobre la arbitrariedad a que se refiere el art. 1 de la Ley 16.986.

A su vez y con referencia a la temporaneidad de la presentación, en los términos del art. 2 inc. e) de la Ley 16.986, puede señalarse que en autos se enjuicia una ilegalidad continuada, mantenida al presente, siendo por tanto temporánea la presentación. Sobre el tópico, el Procurador General Subrogante en Fallos: 307:2180, considerando 9) destaca que: ***“El escollo que se deduce de la prescripción del art. 2º inc. e) de la Ley 16.986, necesidad de presentar la demanda de amparo dentro de los quince días hábiles a partir de la fecha en que el acto fue ejecutado debió producirse, no es insalvable en la medida en que con la acción incoada se enjuicia una arbitrariedad o ilegalidad continuada, sin solución de continuidad, originada tiempo antes de recurrir a la justicia pero mantenida al momento de accionar y también en el tiempo siguiente...”***

Ello así, la acción de amparo constituye a mi criterio la vía idónea para la protección efectiva de los derechos, presentándose en autos las condiciones que hacen viable el remedio excepcional de que se trata.

2º) En relación a la especie de amparo que nos convoca y la legitimación del señor Defensor del Pueblo de la ciudad de Río Cuarto, vale remitir a los argumentos ya expuestos en ocasión de la medida cautelar (vide Resolución 316 fs. 30/33 vta.) a lo que agregó que, nos encontramos en la especie frente a la protección de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individualmente homogéneos. Este es el caso de los derechos de los usuarios y consumidores, en los que si bien no existe un bien colectivo (ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles), sí existe un hecho único o continuo que provoca la lesión en todos ellos y es por tanto identificable una causa fáctica homogénea común a todos los interesados (excepto esto en lo que concierne al daño que individualmente que cada uno sufra). Lo dicho conduce a sostener como razonable la realización de un solo juicio con efecto de cosa juzgada frente al colectivo aquí representado. Recientemente, el Máximo Tribunal de la Nación in re **“HALABI”** ha señalado expresamente que el art. 43 de la CN es operativo y es obligación de los jueces darle eficacia. “La procedencia de las acciones tendientes a la tutela de derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos acciones de clase- requiere la verificación de una causa fáctica común, una pretensión procesal enfocada en el aspecto colectivo de los efectos de ese hecho y la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado, sin perjuicio de lo cual también

procede cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados (Sent. De fecha 24/02/09).

Doctrinariamente se aporta al tema afirmando que, además de los derechos sobre bienes jurídicos individuales, divisibles y no homogéneos (ejercidos por sus titulares) y los derechos de incidencia colectiva (no divisibles), “...*la mayoría de la Corte Suprema en “Halabi”, estableció, en tercer lugar, otra categoría de derechos de incidencia colectiva: los derivados de intereses individuales homogéneos, entre los que incluyó a “los derechos personales o patrimoniales derivados de afectaciones al ambiente y a la competencia, de los derechos de usuarios y consumidores, como de los derechos de sujetos discriminados”. En estos casos no hay un daño a un bien colectivo, sino enteramente individual pero, la causa generadora “fáctica o normativa” es una, lo 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”. Dicho en otras palabras, afirma la autora, “esos intereses homogéneos pueden dar lugar a la interposición de una demanda única a favor de la clase o colectivo de personas afectadas...”. Concluye diciendo que “En el caso de los intereses individuales, la legitimación corresponde, también, al Defensor del Pueblo, a las asociaciones que defiendan esos intereses y al afectado”. (María Angélica GELLI, “La Acción Colectiva de Protección de Derechos Individuales Homogéneos y los límites al Poder en el Caso “HALABI””, La Ley, Suplemento Constitucional del 30 de marzo de 2009, pág. 29)*

En comentario al mismo precedente se apunta que “*Las acciones de grupo importan un cambio revolucionario, profundo, en el estilo y molde del litigio. Van más allá de una acumulación de acciones por economía procesal; se trata de brindar respuesta a una gama de intereses que hasta ahora no tenían cabida en nuestro sistema; como los de cualquier ciudadano cuyas comunicaciones se pretende interceptar (hipótesis planteada en el caso bajo comentario) o cualquier usuario de servicios públicos, o cualquier consumidor de productos seriados de las grandes empresas. Paralelamente se pone un límite a afectaciones hasta ahora impunes, y se afianzan los controles a la Administración y a los grandes grupos económicos y de poder, por parte de un sujeto que gana cada vez mayor terreno en la vida pública moderna: la sociedad civil” (Mariana CATALANO y Lorena GONZALEZ*

RODRIGUEZ, “Los litigios masivos según el prisma de la Corte Suprema”, en La Ley 30 de marzo de 2009).

En línea conteste **Humberto QUIROGA LAVIE** ha dicho que la Constitución Nacional se hizo cargo no sólo de la tutela de los intereses difusos, sino también de los intereses de incidencia colectiva en general, ya que si únicamente hubiese amparado a los primeros, los pequeños usuarios no podrían considerarse formando parte del colectivo de derechos afectado, y por lo tanto, ni el Defensor del Pueblo ni las asociaciones reconocidas se encontrarían legitimadas para interponer acciones en su defensa (“Constitución de la Nación Argentina comentada”, Zavalía, Bs. As. 1996., pag. 248, citado por **Martín MAZZUCO CANEPA**, en: “La irrazonabilidad en los aumentos Tarifarios de servicios públicos: un nuevo fallo”, LLNO septiembre de 2009,707).

En la esfera del Derecho Administrativo, **Agustín GORDILLO** señala que “*El art. 43 de la Constitución Nacional establece que la acción de amparo para los “derechos de incidencia colectiva en general” tiene tres tipos de legitimados activos: a) el afectado: usuario, vecino,... b) el Defensor del Pueblo, c) “las asociaciones...”*” (“Tratado de Derecho Administrativo”, Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As. 2006, Tomo II, pag, II-16). Traídos dichos conceptos al caso que nos ocupa se corrobora palmaria la presencia de los recaudos anunciados, habida cuenta que el debate ha sido planteado en términos genéricos, sin referencia a situación alguna individualizada, constituyendo la base del mismo la inconstitucionalidad por ilegitimidad que el Decreto 2067/2008 del Poder Ejecutivo Nacional lleva insito. **Así, aprecio que se configura la existencia de cuestiones de hecho y derecho comunes al colectivo representado, razón por la que la presente decisión tendrá alcance erga omnes a su respecto.** Lo dicho conduce a concluir que dado el encuadre de la acción bajo esta modalidad colectiva, la representación en la instancia que ejerce el Sr. Defensor del Pueblo de la ciudad de Río Cuarto, comisionado para la defensa y protección de los intereses difusos y los derechos colectivos de los habitantes del municipio homónimo, se encuentra cabalmente acordada por el art. 103 de la Carta Orgánica Municipal. Agrego a lo dicho que una correcta hermenéutica del art. 43 de la Constitución Nacional conduce a corroborar su legitimación.

3º) Efectuada tal reseña y en aras de dilucidar acerca de la correcta integración del presente proceso corresponde -a título inicial- dar tratamiento a la defensa de falta de acción por ausencia de legitimación pasiva que esgrime **DISTRIBUIDORA DE GAS DEL**

CENTRO S.A., adelantando criterio favorable a dicha postulación. Debo señalar que la defensa de que se trata procede cuando el demandado no es el titular de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión, de tal modo que no concurre la identidad que debe existir entre la “parte” en la relación procesal, y la parte en la relación sustancial. En la especie, se advierte que conforme lo dispuesto por DECRETO del P.E.N. 2067/08, Resolución del Ministerio de Planificación Federal 1451 y Resolución del ENARGAS 563/08, le ha sido impuesta a la nombrada distribuidora una actuación tal sólo como agente de percepción de los cargos cuestionados, por cuenta y orden de un tercero sin beneficio económico para su parte. En tal sentido el art. 3° de la norma citada en último término consigna que el Ente “establecerá” el procedimiento a aplicar para la facturación, percepción y depósito de los cargos lo que denota palmaria la ausencia de decisión sobre el tópico de parte de la excepcionante, habiendo sido su actuación conforme al marco legal vigente, motivo por el que propicio el acogimiento de la defensa de falta de legitimación pasiva invocada.

4°) Para una mejor comprensión del núcleo de la cuestión a resolver, corresponde efectuar un breve racconto del plexo normativo que regula la materia y que ha sido tachado de inconstitucional por la amparista.

En este cauce, mediante el dictado del *Decreto 2067/08* el Poder Ejecutivo Nacional resolvió crear “el Fondo Fiduciario para 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” (art. 1°) y dispuso que “el Fondo Fiduciario estará integrado por los siguientes recursos: (i) cargos tarifarios a pagar por los usuarios de los servicios regulados de transporte y/o distribución, por los sujetos consumidores de gas que reciben directamente el gas de los productores sin hacer uso de los sistemas de transporte o distribución de gas natural y por las empresas que procesen gas natural; (ii) los recursos que se obtengan en el marco de programas especiales de crédito que se acuerden con los organismos o instituciones pertinentes, nacionales e internacionales; y (iii) a través de sistemas de aportes específicos, a realizar por los sujetos activos del sector” (art. 2°).

Asimismo se facultó al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con la asistencia técnica de la Secretaría de Energía bajo su dependencia y del

ENARGAS, “a fijar el valor de los cargos y a ajustarlos, en la medida que resulte necesario, a fin de atender el pago y/o repago de las importaciones de gas natural” (art. 5°).

Que por **Resolución N° 1451/08** del Ministerio mencionado se instruyó “a la Secretaría de Energía y al Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) para que, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, determinen el valor de los cargos y los agentes de percepción de los mismos, dentro de los lineamientos que al respecto determine este Ministerio” (art. 7°) y también para que una vez aprobado por el Ministerio “el valor de los cargos establecidos conforme el artículo anterior, procedan a instrumentar y aplicar los cargos, estableciendo asimismo el procedimiento para su percepción y posterior integración en el Fideicomiso” (art. 8°). El régimen entraría en vigencia el día 1° de noviembre de 2008 (art. 9°).

Por su parte el ENARGAS resolvió, por **Resolución 563/08**, “implementar, con vigencia a partir del 1° de noviembre de 2008, los cargos aprobados por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios por medio de la providencia MPFIPyS N° 3061 de fecha 12 de diciembre de 2008, que se encuentran detallados en el Anexo I adjunto, que forma parte integrante de la presente” (art. 1°). Y por resolución 615/08 aprobó “con vigencia a partir del 1° de Noviembre de 2008, la Metodología para la Facturación, Percepción, Información y Depósito de los cargos Decreto 2067/08, que obra en el Anexo I”.

Finalmente, con fecha 14 de agosto de 2009 fue dictada la **Resolución 828/09** que en nada ha modificado la situación inicialmente acusada por la actora. Repárese que mediante ella el ENARGAS resolvió instruir a las licenciatarias del servicio público de Distribución a adoptar las medidas tendientes a efectuar las refacturaciones y reintegro a sus usuarios del cargo Dcto. 2067/08. Expresamente se dispuso: 1) extender hasta el 30 de setiembre del corriente el período establecido en el art. 2 de la Res. ENRG N° 768/09; 2) dejar sin efecto el cargo aplicado a los usuarios residenciales durante el período comprendido entre los meses de junio y julio del corriente año, debiendo, en consecuencia, implementar los mecanismos y procedimientos que resulten necesarios para la devolución de los montos abonados por dicho concepto; 3) establecer una bonificación equivalente al setenta por ciento del cargo a aplicar a los usuarios residenciales, durante el período comprendido entre los meses de agosto y setiembre del presente año.

Desde el punto de vista fáctico, la situación de los afectados por el Decreto 2067 en nada cambia, con el dictado de esta última norma, puesto que la resolución mencionada tuvo

una duración acotada en el tiempo. Es decir que, al momento de emitirse el presente pronunciamiento, las decisiones temporarias que ha tomado el Estado Nacional para supuestamente solucionar el problema del gas ya no están vigentes.

5º) En lo concerniente al tratamiento concreto de la inconstitucionalidad del plexo normativo transcrito, destaco el inveterado principio del Máximo Tribunal de la Nación en cuanto a que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como “última ratio” del orden jurídico (Fallos: 307:862, entre muchos). El análisis del tema exige liminarmente precisar la naturaleza jurídica del denominado “CARGO TARIFARIO” que el Decreto 2067/2008 regulara. Para ello debemos remontarnos al dictado de la Ley 26.095, que allá por el año 2006 instituyó un régimen sobre obras de infraestructura energética y expansión del sistema de generación, transporte y distribución del servicio de gas natural, gas licuado y/o electricidad para lo que contemplo Cargos Específicos, asignables a Fondos Fiduciarios, detracciones éstas, a mi juicio, de clara naturaleza tributaria, para cuyo desenvolvimiento concreto se formalizo una delegación en blanco a favor del Poder Ejecutivo Nacional, autoridad ésta de quien dependerá la fijación de los montos imposables y la decisión de cómo gastar lo recaudado.

Se observa así que, bajo el ropaje de un concepto ambiguo, y apelando a una nueva denominación, se crea, encubiertamente bajo la nominación de “CARGO” un nuevo tributo, pretendiendo con ello soslayar la aplicación a su respecto de los principios y reglas que rigen para éste, en especial el principio de LEGALIDAD.

Me encuentro en condiciones de afirmar que el cargo así creado constituye un adicional a las tarifas que se destina a capitalizar el Fondo Fiduciario creado con el objeto de afrontar las necesidades de importación de gas natural.

Sobre el tema que nos convoca se ha calificado al “Cargo” como tributo, analogando la situación al antecedente vinculado con los impuestos sobre las transferencias o importación del gas-oil u otros combustibles líquidos (creado por ley 26.028 que antes de ser derogado fue pasible de pronunciamientos judiciales adversos en cuanto a su constitucionalidad), afirmándose “...*que es posible definirlo como un "impuesto específico al consumo de gas natural por redes"*, sin que el hecho de que su producido se halle asignado a un fideicomiso pueda cambiar dicha categorización...” (Javier PICO TERRERO, “Las tarifas de los servicios públicos”, LA LEY 21/08/2009, 1)

En sentido análogo, coincido con lo sostenido en relación a que “...*dado que los cargos creados por el decreto 2067/2008, tal como lo expresan en sus considerandos, procuran (a través del Fondo Fiduciario que crean) "atender las importaciones de gas natural que sean requeridas para satisfacer las necesidades de dicho hidrocarburo, con el fin de garantizar la continuidad del crecimiento económico nacional y la prestación del servicio a todas aquellas industrias que lo demandan"*, tienen naturaleza tributaria y no son otra cosa que contribuciones. Sin perjuicio de ello debe señalarse que, al autorizarse un cobro de carácter general por el Poder Ejecutivo de manera indeterminada, no se cumple el requisito que define a las contribuciones especiales, asimilando dichos cargos a un impuesto con afectación específica. No obstante, dentro del campo de las atribuciones tributarias estatales, no pareciera haber mayores diferencias, en lo que a validez constitucional se refiere, si se trata de una "contribución especial" o de un "impuesto con afectación específica", ya que en ambos casos se debe cumplir el principio de legalidad tributaria y la necesaria reserva de ley, lo cual no se cumple en el caso bajo análisis” (Pablo A. PIROVANO, “Las Tarifas de los Servicios Públicos”, La Ley 21/8/2009, 1).

En sentido conteste con la naturaleza tributaria del cargo en cuestión, se ha pronunciado el Juzgado Federal de Río Gallegos en sentencia dictada con fecha 9 de setiembre del cte. año en autos “**CRUZ, Jorge Fernando y Otro c/Estado Nacional y Otros s/amparo-medida cautelar**”; el Juzgado Federal N° 1 de Rosario en autos “**UNION DE USUARIOS y CONS. c/PEN y/o ENARGAS Y/U OT. s/Amparo**” dictada el 24 de setiembre del cte. año; y el Juzgado Federal N°2 de San Salvador de Jujuy, en autos “**DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE JUJUY contra ESTADO NACIONAL Y OTRO por ACCION DE AMPARO COLECTIVO Y MEDIDA CAUTELAR**” de fecha 14 de octubre de 2009.

Fijada entonces la naturaleza tributaria del “cargo tarifario” creado por Decreto 2067/2008, se exige un segundo nivel de análisis de la cuestión que se vincula con la necesidad de su imposición por Ley del Congreso.

Debe señalarse en este cauce que el primer principio fundamental del Derecho Tributario Constitucional es el principio de **Legalidad**. La base constitucional de este principio radica en que los tributos representan invasiones del poder público en las riquezas particulares, invasiones que en un Estado de Derecho deben hacerse únicamente a través de la ley, constituyendo en definitiva una forma de limitación del poder público. Conforme ello

solo una ley puede establecer la obligación tributaria definiendo los supuestos y elementos de dicha relación. La intervención del órgano genuinamente representativo de la voluntad general constituye la garantía de una acción legislativa comprometida en la búsqueda del bienestar general, siendo el principio de reserva de ley una de las facultades del Poder Legislativo que más ha resguardado la doctrina de la Corte, invalidando tributos establecidos en trasgresión a este principio (Fallos 155:293; 182:412; 198:267; 211:942; 218:231; 294:155, entre tantos).

Desde una concepción democrática del Estado de derecho, el principio de legalidad encuentra apoyatura en la exigencia de que sean los representantes del pueblo quienes intervengan en el dictado de los actos del poder público tendientes a obtener recursos para el cumplimiento de los fines del estado; es igualmente una exigencia tendiente a garantizar el derecho de propiedad que consagra el art. 17 de la Constitución Nacional, toda vez que el tributo importa una restricción a ese derecho.

Finalmente, el principio de legalidad evita la concentración del poder.

La doctrina realiza su importante aporte sobre el tema. En tal línea, **José Osvaldo CASAS** sostiene en su *Estudio Preliminar sobre aspectos introductorias al principio de reserva de ley en materia tributaria* que “El principio de legalidad o de reserva de ley tributaria según se resuelva denominarlo- ha venido a convertirse en una regla común del derecho constitucional tributario universalmente adoptada en los ordenamientos jurídicos contemporáneos”. En lo concerniente a nuestro orden interno, da cuenta que la doctrina jurídica argentina identifica bajo la denominación principio de legalidad tributaria la inveterada regla que se expresa en el aforismo “*nullum tributum sine lege*”. El constitucionalista Segundo **LINARES QUINTANA** ubica el principio de legalidad dentro de los límites del poder impositivo, y como condición esencial del Estado constitucional. Cita asimismo al Profesor **Dino JARACH** quien señala que el axioma fundamental en esta rama jurídica que bien se podía llamar la *partida de nacimiento del derecho tributario*, es el principio de legalidad, agregando seguidamente, luego de marcar las analogías y diferencias con el que rige en el derecho penal, que también se lo denomina principio de reserva de ley. (“**Estudios de Derecho Constitucional Tributario**”, Coordinador **Horacio GARCIA BELSUNCE**, Ediciones Depalma 1994, pag. 111 y sig.)

A su turno **Roberto SPISSO** señala, citando a **BIDART CAMPOS** que “El principio de legalidad, consagrado en nuestra constitución en el art. 19, en cuanto expresa que “nadie

puede ser obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe”, responde al concepto de despersonalización y al de legitimidad racional. Esto significa que todo poder ejercido por un funcionario u órgano de gobierno debe derivarse del orden jurídico establecido por las normas legales, y ajustarse a lo que ellas disponen. Expresamente consigna que “El paso del gobierno autoritario, en el cual predomina la voluntad omnímoda del gobernante, al de la república democrática, basada en el respeto a la ley, ha dado origen y desarrollo al constitucionalismo moderno caracterizado por el reconocimiento de los derechos individuales y el establecimiento de garantías para su plena vigencia”. La finalidad del principio, dice, es afianzar la seguridad jurídica mediante la pregerminación de las conductas debidas, de modo que tanto gobernados como gobernantes sepan a qué atenerse al conocer de antemano que es lo que tienen que hacer u omitir. El principio de legalidad no se agota en una mera legitimidad formal, sino que debe nutrirse de los principios de certeza y de irretroactividad de las normas jurídicas a fin de propender a la consecución de su finalidad. Asertivamente señala el autor en análisis que, el principio de legalidad se enlaza necesariamente con el de razonabilidad, ya que no toda regulación de los derechos individuales por una ley formal, cualquiera sea su contenido, se adecuará a la Constitución. En este sentido, el art. 28 de la Constitución Nacional, dice que los principios, derechos y garantías no podrán ser alterados por las leyes que reglamentan su ejercicio. La razonabilidad exige que exista una adecuada proporción y aptitud entre el medio escogido por la ley y la finalidad que persigue, que debe preservar el valor “justicia”, a cuyos efectos la norma jurídica debe conformarse con los principios filosóficos, políticos, sociales y religiosos a los cuales se considera ligada la existencia de la sociedad. En relación al principio de legalidad tributaria se dice que “...cuando despliega su eficacia normativa sobre las fuentes de derecho, recibe el nombre de principio de reserva de ley, pues reserva un determinado espacio de la realidad social en nuestro caso, la parcela tributaria-, al ámbito exclusivo de la ley.” (**Rodolfo SPISSO**, “Derecho Constitucional Tributario”, LexisNexis, tercera Edición, pag.259 y sig.)

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene anotado que “Entre los principios generales que predominan en el régimen representativo republicano de gobierno, ninguno existe más esencial a su naturaleza y objeto, que la facultad atribuida a los representantes del pueblo para crear contribuciones necesarias a la existencia del Estado. Nada exterioriza más la posesión de la plena soberanía que el ejercicio de aquella facultad, ya que la libre disposición de lo propio, tanto en lo particular como en lo público, es el rasgo más saliente de la libertad

civil. Todas las Constituciones se ajustan a este régimen, entregando a los Congresos o legislaturas este privilegio exclusivo, pues, como lo enseña Cooley: “En todo Estado Soberano el Poder Legislativo es el depositario de la mayor suma de poder y es, a la vez, el representante más inmediato de la soberanía” (C.S.J.N. Fallos 155:290). En el precedente “*KUPCHIK*”, se dijo que, “Los principios y preceptos constitucionales son categóricos en cuanto prohíben a otro poder que el Legislativo el establecimiento de impuestos, contribuciones y tasas” (Fallos 321:366 (1998)). Además, que “surge con nitidez que ni un decreto del Poder Ejecutivo, ni una decisión del Jefe de Gabinete de Ministros pueden crear validamente una carga tributaria, ni definir o modificar, sin sustento legal, los elementos esenciales de un tributo” (*SELCRO S.A. c. Jefatura de Gabinete de Ministros, del 21/10/2003*)

Se colige de lo expuesto que: el principio de legalidad goza de carácter absoluto, no admite excepción alguna y alcanza tanto a la creación de impuestos, tasas y contribuciones cuanto a la modificación de los elementos esenciales que los componen siendo de competencia exclusiva del Congreso, con veda de ejercicio de los otros dos poderes, aún en situación de emergencia.

Conforme la ley fundamental, el ejercicio de la potestad tributaria es conferido de manera excluyente al Congreso Nacional (arts. 4, 17, 52, y 75 inc. 1° y 2°) vedando el art. 76 la delegación legislativa, con las excepciones que allí se consagran. Integrándose el análisis de dicha norma con el art. 99 inc. 3°, surge que, si bien la “emergencia pública” autorizaría la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo en determinadas materias, la misma posee carácter excepcional y debe ser objeto de interpretación restrictiva.

Por lo dicho debo concluir que de dicha facultad se encuentra excluida la materia tributaria, máxime cuando como en el caso de autos- se ha pretendido a través de la misma delinear los aspectos estructurales de la hipótesis de incidencia, ello conforme el carácter absoluto que reviste el principio de legalidad en dicha materia, razón por la que, la emergencia invocada por el Representante Legal del Estado, carece sobre el tópico de asidero. De este modo, requiriendo el Estado contar con recursos para el cumplimiento de sus fines, debe ejercitar su poder público observando los principios constitucionales que se exigen para legitimar su avance sobre el patrimonio particular. El aforismo no hay tributo sin ley conduce inexorablemente a la intervención del Poder Legislativo para su imposición.

Consecuencia de lo dicho, y habiéndose afirmado el carácter tributario del cargo tarifario que se cuestiona, a la luz del principio de legalidad en materia tributaria, el Decreto 2067/2008 resulta inconstitucional, correspondiendo consecuentemente el acogimiento de la presente acción de amparo declarando en consecuencia la **inconstitucionalidad** del Decreto 2067/2008 dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, Resolución 1451/08 del Ministerio de Planificación Federal, Resolución 563/08 del ENARGAS y toda otra normativa mediante la cual se creara y/o reglamentaria el cargo adicional destinado a la capitalización del Fondo Fiduciario, en relación a los usuarios de la ciudad de Río Cuarto que resultan alcanzados por la imposición del Decreto 2067/08.

A título de colofón señalo que, nuestra Constitución ha acogido el sistema clásico de “división de poderes”, que fue propuesto en forma clara y concreta por MONTESQUIEU en el siglo XVIII para proyectarlo como garantía de libertad y seguridad de los habitantes del Estado. La decisión judicial que por el presente se adopta, descalificando un acto contrario a la Constitución Nacional no importa en modo alguno apartamiento del principio axil señalado sino precisamente el ejercicio del rol que en el sistema de controles le ha sido asignado al Poder Judicial. Verificar la concordancia de los actos y normas de los poderes constituidos con la Constitución Nacional, en el marco de un proceso judicial, constituye la misión primordial en la administración de justicia. **TOCQUEVILLE**, refiriéndose a la función judicial en la sociedad política, ha dicho que “es justo, pues, que los tribunales obedezcan a la constitución, con preferencia a todas las leyes. Esto afecta a la esencia misma del Poder Judicial, elegir entre las disposiciones legales aquellas que le encadenen más estrechamente es, en cierta manera, el derecho natural del magistrado” (citado por **Ricardo HARO**, en *Perspectivas del Control de oficio de Constitucionalidad*, con remisión a su obra *La Democracia en América*, Ed. Guadarrama, Madrid, 1969, pag.69)

Las costas se imponen a las demandadas vencidas conforme principio objetivo de la derrota en juicio (art. 14 de la ley 16.986). En relación a la excepción de Falta de Legitimación pasiva opuesta por **DISTRIBUIDORA de GAS DEL CENTRO S.A.**, y sin perjuicio del resultado a que se arriba, encuentro razones suficientes para eximir de costas a la parte actora toda vez que considero pudo creerse con derecho a litigar contra dicha parte. Debo aclarar, que en tales motivos radica la eximición y no en la disposición del 55 de la Ley 24.240 modif. por 26.361, que la accionante alega en cuanto dispone que “las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de

justicia gratuita”, ello debe ser entendido en su justo alcance, esto es permitir el acceso a la la justicia sin pago de tasas, sellados u otros cargos, pero una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluido el pago de costas. En igual sentido véase CNCom. Sala D, “ADECUA c/Banco BNP Paribas S.A. y otro s/beneficio de litigar sin gastos” del 4/12/2008; y CNCom Sala B en elDial AAFFA “Damnificados Financieros Asoc. Civil p/su defensa y otro c/Banco Macro S.A. s/beneficio de litigar sin gastos”, del 22/4/2009, en elDial AA52EA

A fin de regular los honorarios profesionales de los letrados intervinientes se observarán los arts. 6, 7, 8, 19, y 36 de la Ley 21.839, no regulándose a los letrados de las demandadas (Cfme. art. 2º ley citada).

Por lo expuesto y normas legales citadas,

RESUELVO: 1) ACOGER FAVORABLEMENTE la presente acción de amparo colectivo postulada por el señor Defensor del Pueblo de la ciudad de Río Cuarto en contra del **ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE PLANIFICACION FEDERAL) - ENARGAS, y NACION FIDECOMISO S.A.** declarando en consecuencia la inconstitucionalidad del **Decreto 2067/2008** dictado por el Poder Ejecutivo Nacional, **Resolución 1451/08** del Ministerio de Planificación Federal, **Resolución 563/08** del ENARGAS y toda otra normativa mediante la cual se creara y/o reglamentara el cargo adicional destinado a la capitalización del Fondo Fiduciario, en relación a los usuarios de la ciudad de Río Cuarto que resultan alcanzados por la mencionada imposición, debiendo las costas del presente proceso ser soportadas por las demandadas vencidas (art. 14 Ley 16.986). Regular los honorarios profesionales del Dr. Marcelo BRESSAN en la suma de PESOS DOS MIL (\$ 2.000.-) no correspondiendo regulación alguna a los letrados de las demandadas (art. 2º Ley 21.839). **2) ACOGER** la defensa de falta de legitimación pasiva invocada por **DISTRIBUIDORA DE GAS DEL CENTRO S.A.**, rechazando a su respecto la acción de amparo impetrada, sin costas, a tenor de las consideraciones efectuadas en el considerando pertinente. **3) Ordenar a DISTRIBUIDORA DE GAS DEL CENTRO S.A.** que se abstenga de incluir el “Cargo Tarifario” e IVA instituido por Decreto 2067/008 en la facturación mensual de los usuarios del servicio de gas natural por red de la ciudad de Río Cuarto, inhibiéndose de realizar corte o interrupción del suministro motivado en el referido cargo, procediéndose a la devolución y/o acreditación en forma integra de las sumas que hubieren sido percibidas por tal concepto en anteriores facturaciones en el término de 30 (treinta) días, de quedar firme este decisorio, bajo

apercibimiento. En este cauce, se ordena al **ESTADO NACIONAL** y **NACION FIDEICOMISO S.A.** para que, en el término de DIEZ (10) días de quedar firme el presente proceda, por intermedio del Organismo que corresponda, a transferir a dicha Distribuidora los fondos pertinentes para el cumplimiento de dicho cometido en tiempo y forma, bajo apercibimiento de Ley. **4)** Emplazar a las accionadas vencidas para que en el término de cinco días ingresen la Tasa de Justicia cuyo monto asciende a la suma de \$ **69,70,.** y los aportes previsionales correspondientes, bajo apercibimiento de ley. Hágase saber a los letrados intervinientes la obligación de dar cumplimiento al pago de los aportes colegiales previstos por Ley 5805 y sus modif. **5)** Protocolícese y hágase saber personalmente o por cédula.¹⁶

¹⁶ Dirección de Internet, www.defensoriariocuarto.org.ar/descargas/AMPARO/GAS

Conclusión

Tanto desde el punto de vista legal como jurisprudencial, antes expuesto, la necesidad de exigir el cumplimiento del principio de legalidad en materia tributaria se hace evidente.

En efecto, la constitucionalidad de la norma en estudio es muy dudosa, lo que se ve materializado en la gran cantidad de amparos presentados en la justicia, donde se hace hincapié en que se trata de un impuesto más que de una modificación tarifaria.

Teniendo en cuenta el principio de legalidad en materia tributaria, el Decreto N° 2067/08 del PEN y sus normas complementarias y modificatorias, resulta notoriamente inconstitucional, puesto que la facultad de imponer, eliminar y modificar cualquiera de los elementos de los tributos corresponde exclusivamente al Poder Legislativo y es indelegable.

En segundo término con el Decreto 2067/08, el Poder Ejecutivo no solo creó un impuesto sino que también facultó al Ministerio de Planificación Federal, a fijar el valor de los cargos y a ajustarlos, como así también a exceptuar de los mismos a las categorías de usuarios que determine.

Además, no se condice con la ley 24.076 que fija el marco regulatorio del gas en donde se define que la tarifa se compone de la suma de: a) precio del gas en el punto de ingreso al sistema de transporte; b) tarifa de transporte; c) tarifa de distribución.

En definitiva, este nuevo `cargo tarifario` que se crea por decreto constituye un tributo ilícito, agravado además por el hecho de que sobre éste tributo, ya de por sí ilícito, se aplica el Impuesto al Valor Agregado (I.V.A.), según se desprende del segundo párrafo del art. 2° del Decreto N° 2067/2008.

Bibliografía

- 1- ARGENTINA, **Ley N° 17319.**
- 2- ARGENTINA, **Ley N° 24076.**
- 3- ARGENTINA, **Decreto N° 2067/08.**
- 4- Constitución Nacional, **arts. 14, 16, 28, 42, 43.**
- 5- Dirección de Internet, [www.argentina.gob.ar /servicios públicos/gas](http://www.argentina.gob.ar/servicios_p%C3%BAblicos/gas).
- 6- Dirección de Internet, www.bibliojuridica.org
- 7- Dirección de Internet, [www.defensoriariocuarto.org.ar /descargas/AMPARO/GAS](http://www.defensoriariocuarto.org.ar/descargas/AMPARO/GAS)
- 8- DROMI Roberto. **Derecho Administrativo**, pág. 823, (Buenos Aires, Editorial Ciudad Argentina, 2004) 1631 págs.
- 9- FARRANDO Ismael. **Manual de Derecho Administrativo**, (Buenos Aires, Editorial De Palma, 1996) 703 págs.
- 10- **“En el Senado Nacional buscan derogar el aumento de hasta 200% en la tarifa de gas”** en Nuevo Diario (15 de Abril de 2009)