

Organismo:	Contencioso Administrativo 1 La Plata
Carátula:	COLECTIVO DE ACCION EN LA SUBALTERNIDAD C/ EDELAP Y OTRAS S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA -- INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR PETIC -
Nro de causa:	35932
Fecha:	16/06/2016
Descripción:	RESOLUCION REGISTRABLE
Estado:	A Despacho

35932 - "COLECTIVO DE ACCION EN LA SUBALTERNIDAD C/ EDELAP Y OTRAS S/ MEDIDA AUTOSATISFACTIVA -- INCIDENTE DE MEDIDA CAUTELAR PETICIONADA POR EDELAP S.A."

La Plata, 16 de Junio de 2016.-

AUTOS Y VISTOS: La medida cautelar peticionada por EDELAP S.A., a fs. 357 vta. y 358 de los autos principales, en los que se ordenó la formación del presente incidente.-

CONSIDERANDO:-

1. Que la citada compañía distribuidora de energía eléctrica, alcanzada por la medida cautelar dictada el día 31-V-2016 (fs. 36/42 de los autos principales) solicita, para el caso en que la apelación se conceda al solo efecto devolutivo, la suspensión de la Resolución N° 6/16 dictada por el Sr. Ministro de Energía y Minería de la Nación, en virtud de la cual se aprueba el nuevo cuadro tarifario para el MERCADO ELÉCTRICO MAYORISTA (MEM), a requerimiento de la COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO (CAMMESA). –

Sostiene, a esos efectos, que debido a la suspensión vía cautelar del cuadro tarifario aprobado por el Ministro de Infraestructura y Servicios Públicos de la Provincia de Buenos Aires (Res. N° 22/16), y al mantenimiento de los nuevos precios en el MEM, debe pagar un precio mayor por la compra de energía a CAMMESA, que no puede trasladar al precio final que abona el usuario de la Provincia de Buenos Aires. Requiere un pronunciamiento que le permita al Distribuidor de la energía pagar el precio de acuerdo a la tarifa anterior. Destaca que de lo contrario, se pone en riesgo la normal prestación del servicio público concesionado, al no poder afrontar los costos que implica la generación de energía para el año en curso.-

En función de ello, solicita el dictado de una medida cautelar que suspenda la vigencia del nuevo cuadro tarifario en el MEM, como única alternativa que permita garantizar la continuidad en la prestación del servicio.-

2. Sentado lo anterior, corresponde analizar la competencia del infrascripto respecto de la pretensión cautelar introducida en esta instancia por EDELAP S.A.-

2.1. Competencia federal de la cuestión planteada.-

En primer lugar, corresponde afirmar que toda determinación de competencia debe efectuarse atendiendo especialmente a la exposición de los hechos y al derecho que se invoca en la demanda (CSJN: "Fallos" 310:2842; 310: 2918, entre otros).-

Que en el marco de competencias que confiere el art. 116 de la Constitución Nacional, corresponde a la Justicia Federal entender en las causas en las que la Nación o una entidad nacional sea parte por aplicación del principio que establece que en presencia de un interés nacional incumbe en términos generales la competencia del citado fuero.-

Siendo ello así, surge con claridad la naturaleza federal de la pretensión deducida, no sólo ya en razón de la persona demandada, sino también en virtud de la naturaleza del planteo efectuado, que involucra aspectos del servicio eléctrico que desbordan al ámbito provincial analizado en los autos principales, ingresando en cuestiones propias del comercio interjurisdiccional, vinculadas al precio de la energía eléctrica que se debe aplicar en todo el territorio nacional (conf. art. 75 inc. 13 de la Const. Nac.). En consecuencia, el conocimiento y decisión de la controversia corresponde a la justicia federal (arts. 75 inc. 13 y 116 de la Constitución Nacional; y art. 2 inc. 1 y 6 de la Ley 48).-

A ello aduno que la competencia federal en razón de la materia es improrrogable, por lo que procede la declaración de incompetencia de oficio y en cualquier estado del proceso (Conf. SCBA: Ac. 85.644 "*Ferrari de Rivera*" y sus citas, sent. del 14-IV-2004).-

2.2. De la competencia jurisdiccional vinculada a la pretensión cautelar.-

No obstante lo expuesto acerca de la competencia material asignada a la pretensión deducida en éste incidente, es preciso destacar que en el sistema de control constitucional difuso todos los jueces están llamados a defender la vigencia irrestricta de la Constitución nacional frente a los embates por parte de las autoridades públicas que detentan el poder político. Por ello, es necesario garantizar la eficacia de las normas de mayor jerarquía, las que deben prevalecer por sobre los ápices formales que obstan a la protección de los derechos fundamentales. Sobre esta cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "*las garantías individuales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar consagrados en la Constitución, con independencia de las leyes reglamentarias*" (Causa "*Siri, Angel*"; Fallos 239:459).-

En función de ello, deviene razonable la posibilidad de los jueces de disponer medidas cautelares aún en causas ajenas a su competencia, cuando la urgencia y gravedad del caso requiera de un pronto remedio jurisdiccional, a fin de asegurar la tutela judicial continua y efectiva (art. 15 de la Const. Prov. y art. 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), en el caso, de los usuarios del servicio de energía eléctrica, sin perjuicio de su análisis por parte del magistrado que en definitiva resulte competente.-

Por su parte, tal potestad se encuentra prevista en los ordenamientos procesales, tanto de la Nación como de la provincia de Buenos Aires (art. 196), dispositivo que ha sido empleado reiteradamente por la propia Corte Federal (art. 196 del CPCN; conf. CSJN, Causa "*Rodríguez, Karina V. c. Estado Nacional y otros*", Res. del 07-III-2006, LL Sup. Adm. de julio de 2006, 11, con nota de Inés A. D' Argenio).-

Asimismo, el citado Tribunal estableció que *"...atañe a los jueces buscar soluciones que se avengan con la urgencia que conlleva este tipo de pretensiones, para lo cual deben encauzar los trámites por vías expeditivas y evitar que el rigor de las formas pueda conducir a la frustración de derechos que cuentan con tutela de orden constitucional, lo cual se produciría si los actores tuviesen que aguardar al inicio de un nuevo proceso, y en ese lapso quedarán desprotegidos los intereses cuya satisfacción se requiere"* (v. Fallos: 324:122 y sus citas).-

Por su parte, el art. 2 de la Ley 26.854 admite expresamente la posibilidad de que un juez incompetente dicte medidas cautelares contra el Estado Nacional cuando la controversia se vincule –entre otros casos- a derechos de sectores socialmente vulnerables, o bien cuando se encuentre comprometida la vida digna, la salud o un derecho de naturaleza alimentaria. En la especie, habida cuenta del riesgo –denunciado por las compañías distribuidoras- de interrupción del servicio eléctrico a los usuarios radicados en territorio bonaerense, se hallan reunidos los recaudos exigidos por la citada norma, puesto que resulta un hecho incontrovertible que la interrupción del servicio eléctrico puede aparejar un daño irreparable en la salud e integridad física de las personas.-

Así, cuando exista un interés público prevalente y digno de protección (que consiste en la protección jurídica del usuario orientada fundamentalmente a tutelar la persona humana en consideración a su vida, salud, integridad física y espiritual, y también a la defensa de sus intereses económicos), se hace necesario proclamar su vigencia en el seno del proceso.-

En este marco, la protección del ordenamiento jurídico debe necesariamente ser mayor, en tanto la distribución de la energía eléctrica constituye un servicio público esencial de vital importancia para el usuario, quien se encuentra en una desigual relación de poder frente al Estado y las empresas que administran y distribuyen la electricidad; todo lo cual, desequilibra la asimetría de poder en la relación jurídica administrativa, y habilita un mayor control jurisdiccional para evitar que la citada

desigualdad derive en abusos o desviaciones de poder, en sintonía con la protección que brinda el ordenamiento jurídico a la parte más desventajada de esa relación.-

En tal sentido, cabe recordar la pauta hermenéutica sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conforme la cual, *"Para alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas"* (Corte IDH, Opinión Consultiva N° 16/99, del 1/10/1999, *"El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal"*, párr. 119º).-

Por lo expuesto, juzgo que se configuran los supuestos excepcionales para el dictado de la medida (art. 2.2 de la Ley 26.854).-

3. Verosimilitud en el derecho.-

3.1. Es criterio del infrascripto, seguido en anteriores pronunciamientos, que la presunción de legalidad del acto administrativo, en tanto encuentra fundamento en razones de eficacia (evitar la desobediencia civil), desde donde cierta doctrina postula la presunción de validez de todos los actos estatales (Cassagne, Juan C, *"Derecho Administrativo"*, Ed. Abeledo-Perrot, 1996, Tomo II, pág. 228), es inoponible a la actividad jurisdiccional de los magistrados. Afirmar lo contrario, esto es, extender el principio más allá de los contornos que definen la relación jurídico administrativa, imponiéndola como un límite al contralor judicial, implica afirmar el sometimiento de los jueces a los actos de la Administración, violando así el principio de división de poderes.-

Sin perjuicio de lo expresado, y aun cuando se considere a la presunción de legalidad como un postulado vinculado a la validez del acto y no a su eficacia, dicha presunción no es absoluta sino que cede cuando se lo impugna sobre bases *"prima facie"* verosímiles (CSJN, Fallos: 250:154 y 307:1702, entre otros). Asimismo, se ha considerado que el conocimiento del derecho invocado no exige un examen de certeza, pues el juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición con la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual agota su virtualidad (Fallos: 306:2060 y 316: 2855, entre otros).-

3.2. Sentado ello, y dentro del limitado marco cognoscitivo del proceso cautelar, se advierte que la medida peticionada resulta indispensable a efectos de otorgar eficacia a la tutela cautelar ordenada en el expediente principal, frente al planteo de la entidad peticionante, así como de las declaraciones públicas de diversas cooperativas de energía eléctrica, de no poder afrontar los nuevos costos de la energía en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) si no pueden trasladarlo a las tarifas que cobran a los usuarios.-

Independientemente de la realidad de esos planteos, circunstancia que en todo caso deberá ser evaluada por el magistrado que resulte competente para resolver la legitimidad del precio que se ha establecido en el MEM con los elementos de convicción que acompañen las compañías distribuidoras, la presente medida tiene por fin evitar posibles especulaciones que incidan sobre la efectiva prestación de un servicio de naturaleza esencial y monopólica. De tal modo, las posibles interrupciones del servicio público de electricidad -tal como parecieran vaticinar ciertas empresas distribuidoras de energía en el ámbito provincial- no podrían tener causa en la decisión adoptada por el infrascripto, que sólo se halla dirigida a proteger derechos de preferente tutela constitucional (art. 42 de la CN). –

Al respecto, es posible advertir que no se ha publicado, ni se argumenta en estos autos, información clara sobre las características del aumento y, en particular, sobre la incidencia que el incremento de la unidad de medida del precio de la energía eléctrica en el MEM tiene sobre la estructura de costos de las compañías distribuidoras, justamente en virtud de no haber celebrado la audiencia pública que el Marco Regulatorio del Sector Eléctrico exige con carácter previo a un aumento tarifario. En efecto, el art. 46 de la Ley 24.065 –Régimen Nacional de la Energía Eléctrica- establece que los transportistas y distribuidores aplicarán estrictamente las tarifas aprobadas por el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, que sólo puede aprobar los aumentos que se soliciten, si el pedido de aquellas se basa en circunstancias objetivas y justificadas. Que para ello, agrega la norma, “...*el ente dará inmediata difusión pública a la misma por un plazo de treinta [30] días y convocará a una audiencia pública para el siguiente día hábil a fin de determinar si el cambio solicitado se ajusta a las disposiciones de esta ley y al interés público*” (el destacado me pertenece). –

Que la misma conclusión se desprende de la doctrina sentada por la Corte Federal en la causa “*Soldano, Domingo*”, (Fallos 337:877, sent. del 15-VII-2014) que si bien se refiere al Marco Regulatorio del Gas, la decisión se funda en una norma análoga a la citada (art. 46 de la Ley 24.076).-

Y sin perjuicio de la interpretación que se realice de cada marco regulatorio en particular, entiendo -siguiendo a Gordillo- que la participación de los usuarios y su derecho a la información constituye un principio de raigambre constitucional (conf. Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, Ed. FDA, 8ª edición, pág. XI-3), toda vez que, aunque la relación jurídica entre el usuario y la

concesionaria del servicio se rige por el marco regulatorio vigente y el contrato de concesión del servicio, esas normas deben interpretarse en función de los principios vectores emanados de las normas de jerarquía superior, en tanto tiendan a equiparar la dispar relación de fuerzas entre las partes, siendo este su principal cometido.-

En ese orden, los principios de "*protección de los intereses económicos de los usuarios*", "*información adecuada y veraz*", y condiciones de "*trato equitativo y digno*" (art. 42 Constitución Nacional) devienen directamente operativos y aplicables a todas las relaciones jurídicas de consumo, incluida la de autos.-

3.3. Por su parte, resulta de especial interés lo establecido por la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, aprobada mediante Ley 26.097, en virtud de la cual, nuestro país ha asumido importantes obligaciones vinculadas a dicha problemática. Se ha determinado así, la obligación de formular políticas coordinadas y eficaces que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas, evaluando periódicamente los instrumentos jurídicos y las medidas administrativas pertinentes a fin de determinar si son adecuados para combatir la corrupción (art. 5 incs. 1 y 3). En particular, el art. 13 de la citada Convención obliga a los Estados parte a disponer medidas de "*participación de la sociedad*", con el fin de "...a] *Aumentar la transparencia y promover la contribución de la ciudadanía a los procesos de adopción de decisiones*", y de "...b] *Garantizar el acceso eficaz del público a la información*".-

3.4. En síntesis, considero que previo a la entrada en vigencia de un nuevo régimen tarifario para un servicio público esencial y monopólico como el de autos, se requiere insoslayablemente la realización de una audiencia pública que permita el conocimiento e información adecuada por parte de los usuarios afectados, de modo de conocer si la tarifa propuesta por el concesionario es justa y razonable y, en su caso, poder ejercer los reclamos administrativos o judiciales pertinentes, por cuanto no se puede impugnar aquello que se desconoce. –

4. Peligro en la demora.-

Que el mismo se encuentra configurado en el caso de autos toda vez que, de no concederse una medida precautoria podrían verse frustrados o agravados los derechos involucrados, situación que indudablemente requiere de un pronto remedio, o dicho en términos constitucionales, una rápida "*acción positiva*" que le asegure la vigencia de los derechos de los usuarios, dentro de la garantía constitucional a una "*tutela judicial continua y efectiva*" (arts. 8 y 25 de la CADH; y art. 15 inc. 1 a) de la Ley 26.854).-

Al respecto, no pueden desconocerse los riesgos que conllevaría la interrupción del suministro de energía eléctrica, circunstancia que no requiere ninguna acreditación en función de las reglas de la lógica y la experiencia, constituyendo por sí mismo un perjuicio grave y de imposible reparación ulterior, tal como exige el citado art. 15 inc.1 a) de la Ley 26854.-

5. Contracautela.-

Atento al carácter colectivo de la contienda, que excede al interés de la peticionaria y teniendo en cuenta la finalidad de la presente medida, sólo encaminada a garantizar la eficacia de la tutela cautelar del proceso principal, corresponde eximirla de prestar la contracautela, en virtud del beneficio de gratuidad establecido en favor de los usuarios beneficiarios de la presente (conf. art. 53 *in fine* de la Ley 24.240).-

6. No afectación del interés público:-

En armonía con lo expresado en el considerando 2.2. de la presente, el mandato cautelar no produce una afectación al interés público (art. 15 inc. 1 “d” de la citada Ley), puesto que, como he señalado desde hace tiempo en diversas oportunidades, la mera inobservancia del orden legal, por parte de la Administración, vulnera el interés público determinado por el pleno sometimiento de la misma al ordenamiento jurídico, como postulado básico del Estado de Derecho (Conf. Causas N° 7156, “MANTENIMIENTOS DEL SUR S.R.L.”, res. del 8-VII-2005; N° 2873, “CLUB NAUTICO HACOAJ”, res. del 25-X-2006; N° 11004, “SAVAFAMA S.A.”, res. del 8-V-2006; N° 12443, “ABDALA”, res. del 7-V-2007, entre muchas otras).-

Al respecto, debe comprenderse que “*interés público*” no es sinónimo de “*interés de la Administración Pública*”, sino de aquellos principios y reglas que dimanan de la Constitución Nacional, los tratados internacionales de los cuales la Nación es parte, y de las leyes que los reglamentan, que en el supuesto de autos se traduce en evitar el riesgo de interrupción del servicio eléctrico a los usuarios radicados en territorio bonaerense y el abuso de la posición dominante que ello implicaría, dada la asimetría de poder que existe en la relación de consumo.-

7. Alcance de la medida cautelar.-

No escapa a la valoración de este magistrado que la presente medida cautelar ha sido solicitada sólo por una de las compañías distribuidoras intervinientes en los autos principales (EDELAP SA). Sin embargo, la materia debatida en el proceso determina el efecto generalizado del pronunciamiento perseguido, por la sencilla razón de que el agravio es generalizado (y por tanto no diferenciable), y que potencialmente incidirá sobre todas las personas que se encuentren en la misma categoría. Es lo que alguna doctrina denominaba “*intercomunicación de*

resultados”, tanto en los efectos dañosos de la conducta cuestionada, como en los efectos positivos de la reparación lograda. Es por ello que el Constituyente se refiere a derechos “*de incidencia*” colectiva, y esto se debe sencillamente al efecto “*expansivo*” del perjuicio, y no a la cantidad de titulares del derecho, lo cual no es en absoluto relevante toda vez que la satisfacción de uno de los interesados no es posible sin la del resto (conf. art. 43 de la CN). A su vez, sería un dispendio jurisdiccional obligar a cada afectado a iniciar un proceso individual, a la vez que evitaría el escándalo jurídico de sentencias contradictorias.-

Dicho de otro modo, no sólo merecen protección los usuarios del servicio prestado por EDELAP SA, frente a la advertencia –proferida por ésta- de la probable interrupción del servicio, sino que idéntico riesgo se presenta para los usuarios de las restantes prestatarias del mismo, quienes ya han anticipado la inviabilidad financiera que ocasionaría el mantenimiento de la suspensión cautelar del nuevo cuadro tarifario.-

Es por ello que los efectos de este pronunciamiento alcanzarán a las mismas destinatarias de la medida cautelar ordenada en el proceso principal, habida cuenta de que la presente es correlato de eficacia de aquella. Al respecto, entiendo -junto a autorizada doctrina- que para caracterizar a la nueva especie de derechos surgida de los artículos 41 y 42 de la Constitución Nacional, no debe acudirse a la perspectiva de la titularidad de los intereses, sino a los efectos de las sentencias toda vez que lo que hace singulares a estos nuevos derechos es su protección judicial (García Pullés, Fernando, “*Vías procesales en la protección de los derechos al ambiente*”, LL, 1995-A, 851 y ss.; “*Efectos de la Sentencia Anulatoria de un Reglamento. Perspectivas Procesales, Constitucionales y de Derecho Administrativo*”, LL 2000-C, 1166; y “*Las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de las leyes que vulneran derechos de incidencia colectiva. ¿El fin del paradigma de los límites subjetivos de la cosa juzgada? ¿El nacimiento de los procesos de clase?*”. LL 04/03/2009, pág. 4), y ésta protección se les otorga explícitamente en el artículo 43 de la Constitución Nacional. -

Sentado lo expuesto, se habrá de disponer, con carácter cautelar, la inmediata suspensión de la Resolución N° 6/2016 dictada por el Sr. Ministro de Energía y Minería de la Nación y su consecuente N° 41/2016, emanada del Sr. Secretario de Energía del citado Ministerio, ordenando a la COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO (CAMMESA) a que se abstenga de aplicar el nuevo cuadro tarifario aprobado por las citadas resoluciones, respecto de todas las empresas y cooperativas distribuidoras que suministren energía eléctrica en el territorio de la Provincia de Buenos Aires, a excepción de EDENOR y EDESUR. Asimismo, se ordenará al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) a que adopte todas las medidas conducentes para el debido control de cumplimiento de la presente.-

En virtud de todo lo expuesto, citas legales, jurisprudenciales y doctrinarias,

RESUELVO:-

1. Declarar la incompetencia de la justicia provincial para el conocimiento y decisión del planteo resuelto en el presente incidente, y remitir las actuaciones al juzgado federal competente para su intervención (conf. art. 2 inc. 2 de la Ley 26.854).-

2. En ejercicio de la competencia transitoria en materia cautelar (conforme a señalado en el Considerando 2.2. del presente decisorio) se dispone –con carácter cautelar- la inmediata suspensión de la Resolución N° 6/2016, dictada por el Sr. Ministro de Energía y Minería de la Nación y su consecuente N° 41/2016, emanada del Sr. Secretario de Energía del citado Ministerio, ordenando a la COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO (CAMMESA) a que se abstenga de aplicar el nuevo cuadro tarifario aprobado por las citadas resoluciones, respecto de todas las compañías distribuidoras que suministren energía eléctrica en el territorio de la Provincia de Buenos Aires. Asimismo, se ordena al Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) a que adopte todas las medidas conducentes para el debido control del cumplimiento de la presente. Ello, de manera inmediata a la notificación de la presente, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el art. 239 del Código Penal, a cuyo **fin líbrense las piezas respectivas, con carácter de muy urgente y habilitación de días y horas.-**

3. Una vez trabada la medida cautelar ordenada precedentemente, remítase el presente incidente a la Justicia Federal competente.-

REGISTRESE. NOTIFIQUESE.-