

UTOS: "ULLOA ALVARO (DEFENSOR DEL  
PUEBLO) Y OTROS c/ ESTADO NACIONAL P.  
E.N. - ENTE NACIONAL REGULADOR DEL  
GAS s/ AMPARO"  
EXPTE. N° 339/09

JUZGADO FEDERAL DE SALTA N° 1  
//ta, 5 de mayo de 2010.

VISTO:

Los recursos de apelación interpuestos por el Estado nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) en contra de la sentencia de fs. 515/524 vta. que hizo lugar a la acción de amparo y declaró la inconstitucionalidad del Dcto. 2067/08 y normas complementarias, ordenando a GASNOR S.A. que se abstenga de incluir el cargo e IVA establecidos en dicha normativa, como sus intereses, en la facturación por los usuarios del servicio de gas natural por red en la provincia de Salta y se inhiba de realizar corte o interrupción del suministro motivado en el cargo específico; y

CONSIDERANDO:

1. Que para así decidir, el a quo entendió que la vía del amparo es formalmente admisible toda vez que no se han reducido las posibilidades de defensa de las partes en cuanto a la amplitud de debate y prueba referente a la cuestión planteada; y en tanto la actora y la demandada contaron con la efectiva oportunidad de formular todas las alegaciones en relación al tema a resolver, sin que hubiera sido necesaria apertura de prueba alguna por tratarse de una cuestión de puro derecho suficientemente debatida. Por lo mismo, exigir un reclamo administrativo previo a la sustanciación del presente, además de improcedente a la luz del texto constitucional, hubiera resultado inútil a tenor del objeto de la acción.

En cuanto al fondo del asunto, concluyó que el cargo específico creado por Dcto. 2067 exhibe naturaleza tributaria ya que configura una prestación exigida coercitivamente por el Estado a fin de satisfacer necesidades de interés público, sin que obste a su naturaleza la circunstancia de que el tributo sea percibido conjuntamente con las tarifas, actuando las licenciatarias como agentes de percepción. Por ser, entonces, un tributo, la facultad de imponerlo correspondía exclusivamente al Poder Legislativo.

Asimismo, el juez entendió que debe valorarse la evidente desproporción entre lo cobrado por el efectivo consumo de gas y dicho cargo y sus accesorios -IVA más intereses-, surgiendo de la documentación reservada en Secretaría que en la mayoría de los casos estos últimos rubros superan ampliamente el valor del gas realmente consumido, lo que

da cuenta de la arbitrariedad e irrazonabilidad de la medida, que en muchos casos se volvió confiscatoria por exceder la capacidad contributiva del sujeto obligado al pago.

Por otra parte, y a mayor abundamiento, destacó que las normas que regulan la segmentación de las tarifas por el servicio residencial en base a los umbrales de consumo promedio (art. 10 del Dcto 181/04 y Res.409/08) no superan el test de razonabilidad, toda vez que es de público y notorio que no necesariamente el bajo consumo depende de factores climáticos sino también de otras variables que deben ser ponderadas, como las peculiaridades socioeconómicas de algunas provincias y el poder adquisitivo de los usuarios.

Puntualiza que la situación reviste mayor gravedad aún porque el ENARGAS dictó la resolución nº 730/09 .

En suma, estimó procedente declarar la inconstitucionalidad de las normas impugnadas, por vulneración a los arts. 4, 17, 19, 52, 75 inc. 2º y 99 inc. 3º de la Constitución Nacional.

En cuanto a los efectos de la sentencia, el juez tuvo por reunidos los elementos de procedencia, conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "HALABI c/ PEN - Ley 25.873 Dcto. 1563/04". En particular, puntualizó que se trata de la defensa de "intereses individuales homogéneos", puesto que se procura brindar protección a todos los usuarios de gas natural de la provincia de Salta. De igual modo, la pretensión se concentra en los efectos comunes a toda clase de personas y no se justifica que cada uno de los afectados acuda separadamente a peticionar la inconstitucionalidad del decreto.

Subrayó que hubo adecuada representación de todas las personas usuarias del servicio público de gas natural a través de las asociaciones presentadas y del Defensor del Pueblo, a quien consideró legitimado para deducir la acción en virtud de los arts. 86 y 43 de la Constitución Nacional. Al respecto, señaló que la competencia del funcionario comprende la facultad de promover acciones en que la controversia se centra en la defensa del interés público, social, y en la efectiva vigencia de los derechos fundamentales.

Finalmente remarcó que para dejar a salvo el derecho de quienes no pudieron participar en el proceso, desde el inicio se tuvo la previsión de notificar mediante edictos en dos diarios de mayor circulación a todas aquellas personas que pudieran tener un interés en él. Y, en consecuencia, "la sentencia debe necesariamente proyectar sus efectos a todas las personas involucradas en la provincia de Salta, por lo que la inconstitucionalidad declarada debe tener efectos erga omnes".

1.2. A fs. 542/555 apela y expresa agravios el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) y a fs. 556/574vta. hace lo propio el Estado nacional; ambos bajo representación de la Dra. Mónica Arrostito.

a. Los recurrentes coinciden en señalar la improcedencia formal del amparo y que la sentencia omitió fundar por qué otros tipos de procesos eran inapropiados para solucionar la cuestión, máxime teniendo en cuenta la existencia de la medida cautelar vigente. Además, la cantidad y calidad de cuestiones que han sido planteadas en el marco de la presente acción, en que se cuestiona la política energética implementada hace años por el Poder Ejecutivo nacional, no pueden ser debatidas, probadas ni resueltas en el estrecho marco de conocimiento del amparo. No se trata de efectuar una mera comparación entre valores de facturación anteriores y posteriores al dictado de la normativa que se impugna sino de analizar el régimen implementado, sus componentes y su adecuación a la realidad de la prestación actual del servicio, el funcionamiento y composición del mercado interno y, muy especialmente, los objetivos y las necesidades de la población que se intentan cubrir.

En un segundo orden, aducen que no existe daño actual e inminente a un derecho principalísimo, enfatizando que una lesión meramente patrimonial no puede ser materia de amparo. Tampoco hay, a criterio de los recurrentes, acto manifiestamente ilegítimo o arbitrario en el Dcto. 2067, siendo un error la calificación de los cargos como tributos; pues se trata de un instituto con régimen propio y finalidad específica, fundado en las particulares circunstancias acaecidas en el sistema energético nacional como resultado de la emergencia económica.

Niegan que se configure un caso de exceso en la jurisdicción puesto que el dictado del referido decreto no es más que el ejercicio legítimo de facultades que corresponden al Poder Ejecutivo nacional por expreso imperativo constitucional y también porque así lo justifica la interpretación de las leyes.

Aducen que el citado precedente “Halabi” no resulta aplicable al caso, pues no se verifican los requisitos que hacen a su procedencia ni la afectación de un interés concreto compartido con un colectivo de personas.

Finalmente, indican que se vulnera la división de poderes y que la cuestión sometida a análisis compromete actividades esenciales del Estado Nacional, especialmente las decisiones que han evitado posibles situaciones de insuficiencia de suministro; con lo que, de confirmarse el fallo, toda la prestación del servicio público se vería afectada.

b. En particular, el Estado Nacional se agravia de que el sentenciante reconociera legitimación al Defensor del Pueblo de la Ciudad de Salta. Sobre el punto, expresa que surge evidente de la totalidad del articulado de la ordenanza de creación y

funcionamiento de dicho órgano que el mismo tiene carácter municipal y que su ámbito de actuación se encuentra limitado a los actos emanados de los órganos provinciales y municipales, pero no nacionales. En consecuencia, solicita se haga lugar a la excepción de falta de legitimación activa, rechazando la acción de amparo.

Por otra parte, dice que el magistrado se inmiscuye en materia ajena al calificar de irrazonable las excepciones contempladas en la Resolución 730/09, por cuanto estas sí tuvieron en cuenta las condiciones climáticas y socioeconómicas de cada región e incluso de determinados usuarios, al contemplar exclusiones de pago tanto inmediatas o automáticas como con previo análisis; en los casos que expresamente se enuncian en las disposiciones pertinentes. Y añade que para la evaluación de los supuestos descriptos se instó a las distribuidoras a abstenerse de evaluar los casos con criterios restrictivos, a adoptar ante situaciones dudosas el criterio de interpretación que sea más favorable al usuario y abstenerse de interrumpir el suministro, entre otros. Todo ello, independientemente de las precisas instrucciones en materia de publicidad y de acciones de contralor de cumplimiento de lo ordenado y auditorías por parte del Ente.

1.3. A fs. 578 se da por decaído el derecho dejado de usar por la contraria para contestar las respectivas expresiones de agravios. Seguidamente se pronuncia el Ministerio Público Fiscal y a fs. 588 se llaman los autos para resolver.

2. Previo a entrar en el análisis de la cuestión de fondo, corresponde merituar la defensa de falta de legitimación activa del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Salta, opuesta por el Estado nacional.

2.1. Al respecto, se debe señalar que la Ordenanza 3497/84 de creación de este “Alto Comisionado del Concejo Deliberante” (<http://defensordelpueblodesalta.com>) establece como sus atribuciones (art. 9): “a) Investigar o promover la investigación, en casos de abuso, desviación de poder, irregularidades o delitos cometidos por funcionarios o empleados municipales, o por concesionarios de servicios o de obras públicas municipales vinculados a dichos servicios u obras públicas. Podrá actuar por denuncia o por oficio. b) Efectuar denuncia a los correspondientes fiscales judiciales, cuando de la investigación surja delito. c) Citar testigos; recabar informes; hacer realizar pericias; allanar domicilios con autorización judicial; requerir el auxilio de la fuerza pública en el ejercicio de sus funciones si fuera necesario. d) Tener acceso a los expedientes y archivos municipales. e) No siendo competente para modificar o anular los actos y las resoluciones administrativas municipales, podrá sugerir al órgano competente su modificación o su anulación. f) Sugerir al Intendente o al Concejo Deliberante la modificación o la derogación de normas municipales, cuando de sus investigaciones llegare al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de las mismas puedan provocar situaciones injustas o perjudiciales” (el resaltado se ha añadido).

Como se ve, la Ordenanza no prevé la actuación o articulación de defensas más allá de las problemáticas de hecho o de derecho que afecten a los vecinos de la comuna. Su ocupación primordial es interceder a favor de los individuos frente a situaciones de incumplimiento del cometido a cargo de los funcionarios municipales o de indebida afectación a los ciudadanos por parte de los entes reguladores y proveedores de servicio en el ámbito local.

Y lo recién dicho se profundiza con la lectura del art. 1 del Reglamento de Organización Interna y de Procedimientos de la Oficina del Defensor del Pueblo (Resolución 1º - Anexo 1) que afirma que se trata “una institución unipersonal e independiente, con autonomía funcional y administrativa. No está sujeto a mandato imperativo alguno, no recibe instrucciones de ninguna autoridad y actúa de acuerdo a su criterio con arreglo a lo que disponen la Constitución nacional, la Constitución provincial, las leyes y ordenanzas locales vigentes. Su objetivo es la defensa, protección y promoción de los derechos e intereses legítimos, individuales y colectivos consagrados por la ley a los habitantes de la Ciudad de Salta. Interviene ante hechos, actos u omisiones de la Administración y controla el ejercicio de las funciones administrativas públicas y de los concesionarios, contratistas y prestadores de obras y servicios públicos dentro del ejido municipal” (énfasis agregado).

Asimismo, el art. 3 establece que “En el ejercicio de las competencias que le atribuye al Defensor del Pueblo la Ordenanza N° 3947/84 y sus modificatorias, le corresponde: inciso f) concurrir a la Justicia para la defensa de los derechos de los ciudadanos de Salta, una vez presentadas las recomendaciones al Concejo Deliberante”.

Así las cosas, reconocerle aptitud procesal para impugnar o cuestionar cualquier acto o norma de la Administración provincial o nacional y representar en tal faena a los ciudadanos de toda la provincia importaría expandir forzadamente ese contorno; a la vez que conllevaría desconocer una regla elemental de derecho público, emanada del principio republicano, según la cual las incumbencias de los entes públicos no se presumen.

Es que la competencia de los órganos es expresa e improrrogable (cfr. Marienhoff, Miguel, “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, T. 1, p. 593 y ss.) y por tanto, la incompetencia constituye la regla y la competencia, la excepción. Los sujetos y entes públicos sólo se encuentran facultados para hacer aquello que su norma de creación los autoriza en forma expresa o razonablemente implícita, no siendo aplicables a su respecto el art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto dispone que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

Por otra parte, no debe perderse de vista que, en rigor conceptual, la legitimación que corresponde al Defensor del Pueblo reviste el carácter de anómala, en el sentido de diversa a la ordinaria, caracterizada por la particularidad de que el derecho de acción será

ejercido en nombre propio, pero a efectos de defender un derecho, garantía o interés ajeno (cfr. Lorenzetti,Ricardo Luis, “Justicia colectiva”, Rubinzel Culzoni, Santa Fe, 2010, p. 144).

Y esta legitimación funcional debe ser más estrictamente revisada cuando se trata de un Defensor del pueblo local. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el año 2003, en los autos “DEFENSOR DEL PUEBLO DE LA PROVINCIA DE SANTIAGO DEL ESTERO c/ PROVINCIA DE TUCUMÁN Y OTRO” (Fallos 326:663) rechazó *in limine* la demanda promovida por el Defensor del Pueblo de Santiago del Estero en representación de la Provincia de Santiago del Estero y en especial de los ribereños del lago del dique frontal situado en Termas de Río Hondo, con el objeto de recomponer el medio ambiente que habría sido alterado por el vertido de residuos industriales y efluentes cloacales en el territorio de la Provincia de Tucumán, sobre ríos que llevan sus aguas al citado lago.

Asimismo, dijo que “si bien el art. 136 de la Constitución de la Provincia de Santiago del Estero prescribe que el Defensor del Pueblo ‘tiene legitimación’, ello no significa que los jueces no deban examinar, en cada caso, si corresponde asignar a aquél el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que sustenta la pretensión, como es exigible en todo proceso judicial. No debe perderse de vista que dilucidar la cuestión relativa a la legitimación procesal del actor constituye un presupuesto necesario para que exista un caso o controversia que debe ser resuelto por el Tribunal (Fallos:323:4098 y sus citas)”. Y concluyó que tanto el citado art. 136 de la Constitución de Santiago del Estero como el art. 12 de la ley de creación de la Defensoría del Pueblo circunscriben su actuación a la protección de los derechos individuales y de la comunidad frente a hechos, actos u omisiones de la administración pública provincial. De allí que la promoción de acciones judiciales contra otra provincia o el Estado nacional, como la intentada, excede el ámbito de actuación.

Este criterio se complementó con lo expuesto en el año 2006, en el caso “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Secretaría de Comunicaciones - resolución 2926/99” (Fallos: 329:4542, LA LEY 2006-F,435), donde se estableció que dicho funcionario carece de legitimación para cuestionar en juicio la validez de los actos emanados de las autoridades nacionales en tanto no tiene la personería legal de los particulares afectados ni representa a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sino que constituye un órgano de control cuyas atribuciones derivan de la legislatura local.

En tal sentido, expresó que “El Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no constituye la autoridad de aplicación de la ley 24.240 (Adla, LIII-D, 4125) en el ámbito local, ya que no es un órgano de gobierno local ni actúa por delegación de él, sino con absoluta independencia funcional y sin sujeción a instrucciones u órdenes”. Y “si bien el art. 13 inc. h de la ley 3 de la Ciudad de Buenos Aires (Adla, LIX-A, 909) establece que el

Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires está facultado para promover acciones incluso en el fuero federal, dicha potestad está limitada a la actuación en juicio en defensa de los derechos individuales o colectivos ante los tribunales de la justicia ordinaria de la Capital, o cuando las leyes nacionales o federales hayan sido aplicadas en el ámbito local por órganos de esta última naturaleza”.

Luego, en un paralelo de figuras, el Tribunal cimero aseveró que “así como el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires carece de legitimación para cuestionar en juicio los actos de las autoridades nacionales, el Defensor del Pueblo de la Nación no está facultado para objetar los actos de los órganos de gobierno local dictados en virtud de lo dispuesto por sus propias leyes, toda vez que su competencia está limitada a la protección de los derechos e intereses de los individuos y de la comunidad frente a los actos, hechos u omisiones de las autoridades nacionales”.

En suma, la Corte es rigurosa en el análisis del ámbito de actuación que cada norma especial confiere a los Defensores del Pueblo locales. “Esto es trascendente si se tiene en cuenta que son numerosas las provincias e incluso municipios que tienen prevista la figura en la órbita de sus jurisdicciones. En la tétesis del fallo, no puede un defensor comunal cuestionar (en estrados federales o locales) una norma de índole nacional, a menos que de su ley de creación surja claramente esta potestad” (cfr. Lorenzetti, ob. cit. p. 149/150), o en su defecto, haya un acto de aplicación que localice’ la norma. En definitiva, es la adecuada distribución de competencias según las jurisdicciones, y en consecuencia, la seguridad jurídica, lo que está en juego en la materia.

Finalmente, no puede dejar de señalarse que con posterioridad al dictado de estas sentencias se sancionó y promulgó la ley 26.361 (marzo y abril de 2008 respectivamente) de modificación al régimen de la Ley de Defensa del Consumidor nº 24.240, sustituyéndose el texto del anterior art. 52, que ahora establece que “Sin perjuicio de lo dispuesto en esta ley, el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados. La acción corresponderá al consumidor o usuario por su propio derecho, a las asociaciones de consumidores o usuarios autorizadas en los términos del artículo 56 de esta ley, a la autoridad de aplicación nacional o local, al Defensor del Pueblo y al Ministerio Público Fiscal. Dicho Ministerio, cuando no intervenga en el proceso como parte, actuará obligatoriamente como fiscal de la ley” (énfasis agregado).

Nótese que cuando la norma, en su enumerado de legitimados, refiere a la autoridad de aplicación, distingue entre nacional y provincial; lo cual omite cuando se refiere al Defensor del Pueblo, y ello nos da la pauta de que se trata del funcionario previsto en el art. 86 de la Constitución Nacional. De lo contrario, hubiera también distinguido los ámbitos de actuación, pues la inconsistencia o falta de previsión en el legislador jamás se

presumen (CSJN Fallos: 312:1614, entre muchos otros) y, en consecuencia, resulta aplicable el standard de que ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus, lo que también ha sido receptado por el Superior Tribunal Federal en Fallos: 304:226; 330:971 y 2304; 327:608, entre otros. .

Y aún en el caso del Defensor del Pueblo de la Nación (que no es quien actúa en el sub lite), siempre habrá que examinar si corresponde asignarle el carácter de titular de la relación jurídica sustancial en que se fundala pretensión, como es exigible en todo proceso judicial (cfr. CSJN Fallos: 323:4098; 310:2943; 311:2725; 318:1323).

Las razones precedentemente expuestas determinan apartarse del criterio del a quo, quien se remonta para conceder legitimación al defensor del Pueblo sólo a la primera parte del referido Reglamento de Organización Interna del Defensor, sin relacionarla con lo preceptuado por la misma norma, a renglón seguido. Es que no por proceder con arreglo a la Constitución Nacional, Provincial, leyes y ordenanzas, queda aquél automáticamente legitimado para actuar en cualquier órbita, en tanto su deber de desenvolverse conforme a legalidad no se confunde con una indiscriminada habilitación para obrar.

En consecuencia, es menester declarar la falta de legitimación activa del Sr. Álvaro Ulloa.

2.2. No obstante ello, debe atenderse a la oportuna presentación y actuación de CODELCO (“Comité del Consumidor”), ECEA (“El Consumidor en Acción Civil”), la Cámara de Minería de Salta, la Unión Industrial de Salta y la Asociación de Tabacaleros de Salta. De estas cinco entidades, las dos primeras actúan en defensa de los intereses de los usuarios en general; mientras que las tres últimas actúan por usuarios agrupados en torno a una determinada actividad.

Además, las nombradas organizaciones han sido admitidas como co-actoras en autos (cfr. fs. 130 y 169); previa corroboración de su objeto en los respectivos estatutos; con lo cual la acción no fenece sino que resulta sostenida.

3. Sentado lo expuesto, corresponde abordar el fondo del asunto y los distintos puntos que constituyen materia de agravios.

3.1. Pues bien, el Decreto Nº 2067 del 27 de noviembre de 2008 creó 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. 1º), indicando que dicho 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."

La naturaleza del referido cargo específico es un tema medular, pues de adoptarse las argumentaciones del apelante en el sentido de que carece de estructura tributaria, su creación por decreto resultaría aceptable. Si, por el contrario, se considera que los cargos del fondo fiduciario tienen carácter de tributos, la forma en que han sido instaurados chocaría con el procedimiento que manda la Constitución y esta ostensible ilegalidad derivaría en la innecesidad de mayor debate y prueba; con lo cual el amparo se convierte en un medio idóneo para ventilar la cuestión. La solución se inclina a favor de esta última alternativa.

En efecto, esta Cámara ya había señalado cuando le tocó resolver la apelación de la medida cautelar dispuesta en autos (fs. 467/471), que si bien la naturaleza jurídica de los cargos no es una cuestión pacífica en la doctrina, los mismos parecían revestir naturaleza tributaria, atento el impacto que producen en el importe de la tarifa y por los parámetros tenidos en cuenta para instaurarlo.

Más recientemente, el 2 de marzo del corriente año, en los autos "MUÑOZ BRACERO LUIS c/ P.E.N. - MINISTERIO DE PLANIFICACIÓN FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS-ENARGAS s/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD", (Expte. 269/09) en que se debatía la constitucionalidad de un cargo creado por otro instrumento jurídico (ley 26.095) pero sustancialmente análogo al que aquí nos ocupa, este Tribunal situó el eje de razonamiento en torno de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según la cual "no importa la calificación que se utilice para denominar la realidad de las cosas, si se advierte que las instituciones jurídicas no dependen del nomen iuris que se le asigne por los otorgantes del acto o el legislador incluso, sino de su verdadera esencia jurídica económica, y así, cuando medie ausencia de correlación entre nombre y realidad debe desestimarse el primero y privilegiarse la segunda" (Fallos: 21:498; 289:67; 307:305, entre muchos otros).

Sobre tales bases, más allá de la denominación o del recurso a figuras clásicas de la dogmática tributaria o a criterios novedosos, se considera que el cargo creado por la norma discutida remite a una prestación coactiva en dinero a cargo de ciudadanos, exigida por el Estado en virtud de su poder de imperio; pudiendo, llegado el caso, aumentar su alícuota o establecer excepciones respecto de algunos de los obligados de pago, con el objeto de satisfacer necesidades de bienestar general.

Tal caracterización es lo que, en el lenguaje constitucional (art. 4, 17 y concordantes) se denomina "contribución". Bajo esa óptica, y más allá de que la propia doctrina especializada dispute sobre su mayor o menor relevancia, el género "contribución" puede

clasificarse en tasas; contribuciones especiales; impuestos; recursos parafiscales; regalías del sector público y empréstitos forzosos (confr., entre otros, Jarach, Dino, "Finanzas Públicas y Derecho Tributario", 3º edición, reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, págs. 232/234). Así las cosas, si se atiende al objetivo con el que fueron creados los cargos bajo examen, resulta indudable que se trata de contribuciones especiales, en tanto, como observa Giuliani Fonrouge ("Derecho Financiero" 3º edición, ampliada y actualizada, reimpresión, Depalma, Buenos Aires, 1977, v. I, p. 267), aquellas se reconocen como prestaciones obligatorias debidas en razón de beneficios individuales o de grupos sociales, derivados de la realización de obras públicas o de especiales actividades del Estado.

De igual modo, Casás ("Coparticipación y tributos municipales - Las tasas apócrifas y la prohibición de analogía", Ad-hoc, Buenos Aires, 2007, p. 61, nota 29) expresa que los cargos específicos establecidos por la ley 26.095 "constituyen verdaderos tributos, más allá de su imaginativa denominación desnaturalizante, entendiendo que resultaba ineficaz el maquillaje utilizado para solapar su verdadera sustancia, sustrayéndolos de tal exigencia para sus adaptaciones y modificaciones de valerse de la ley formal –emanada del órgano depositario de la voluntad general de pueblo- único instrumento hábil para instituirlos y definir sus elementos estructurales". A su vez y en sentido análogo, Pablo Pirovano ("Las tarifas de los servicios públicos", La Ley, 2009-E-875) señala que el cargo tarifario no es otra cosa que una contribución o impuesto con afectación específica. Y Javier Pico Terrero ("Las tarifas de los servicios públicos", LL 2009-E-885) dice que es un impuesto específico al consumo de gas natural por redes.

A lo expuesto cabe añadir que, como advierte Oklander (Cargos específicos para mejorar la infraestructura energética", La Ley on line – PET - mayo-349), "a partir de la reforma constitucional de 1994 los 'cargos específicos' se hallarían expresamente contemplados dentro del género 'contribuciones', aludido por los arts. 4º y 17 de la Carta Magna, por cuanto el art. 75 inc. 2, luego de definir las contribuciones que corresponde establecer al Congreso de la Nación, dispone que no son coparticipables 'la parte o el total de las (contribuciones) que tengan asignación específica'".

Entonces, revistiendo los cargos naturaleza tributaria, el único mecanismo legítimo para su instauración es el establecido por la Constitución Nacional: mediante una ley del Congreso, que supone el cumplimiento de los mecanismos formales, con iniciativa en la Cámara de Diputados (art. 52 C.N.) y el resguardo de su contenido sustancial (liminarmente, descripción clara del hecho y de la base imponible); tal y como lo ha recordado uniforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (cfr. Fallos: 214:269, 206:21, 251:7 entre muchos otros). Sobre tales bases, la absoluta falta de ley, como sucede en el sub lite (donde se discute la validez de un decreto), sella la suerte adversa del régimen, al igual que ocurrió en el citado precedente "Muñoz Bracero c/ PEN y otros", en que hubo una delegación en el Poder Ejecutivo sobre los puntos esenciales de los cargos creados por la ley allí discutida.

Sin embargo, no puede dejar de advertirse que en estos autos la situación es más grave aún, pues ni siquiera hubo un intento de revestir formalmente de legalidad la creación del tributo, sino que se acudió a un decreto en los términos del art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional, según el cual el Presidente de la República “expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, cuidando de no alterar su espíritu con excepciones reglamentarias” (énfasis añadido).

Pues bien, según acaba de señalarse, en el régimen bajo análisis no hubo ley alguna, de donde la impropiedad del Decreto 2067 como herramienta para los fines a que se destina aun desde la inteligencia del referido art. 99 inc. 2 de la Constitución Nacional, luce evidente.

Y, es claro, la creación de cargos con naturaleza tributaria como el aquí discutido no puede entenderse como la reglamentación de la ley 24.076 (marco regulatorio de la actividad), ni tampoco puede afirmarse que la imposición de estos rubros sea compatible con el espíritu de la mencionada norma en general (pautas de política, art. 2), o en particular (estructura de las tarifas, art. 37).

Por lo demás, y a diferencia de lo que aseguran los recurrentes, no se trata de discutir la propia política energética del Estado, lo cual es del resorte exclusivo de la Administración, sino de examinar su validez formal, a la luz de las prescripciones constitucionales: en el caso, se trata de examinar el citado Dcto. 2067 que establece la figura concreta del “cargo tarifario” para componer un Fondo Fiduciario “especialmente creado” para la importación del gas destinado a atender las necesidades de abastecimiento y garantizar la continuidad en el crecimiento económico e industrial.

La inobservancia del proceso constitucionalmente previsto para la imposición de rubro a pagar por los usuarios es tan notoria que no se justifica remitir el planteo de los actores a un proceso con mayor espacio de debate y prueba, sino que encaja en el estrecho perímetro del amparo, el que, de tal modo, resulta una vía apropiada para dilucidar la cuestión.

Estas razones no se desvanecen por el hecho de que se encuentre vigente una medida cautelar, pues la misma no ha sido planteada ni tuvo el tratamiento de una cautelar autónoma sino como accesoria del principal, que es justamente una acción de amparo. Y los recaudos de procedencia se examinaron sin perder de vista que se trataba de resguardar los efectos de esta acción sumaria y heroica.

3.2. Resuelta la ilegalidad manifiesta del mecanismo de creación de los cargos específicos, cabe determinar si el acto de la administración en cuestión, en forma actual o inminente,

lesiona, restringe, altera o amenaza derechos y garantías reconocidos por la Constitución (art. 43 de la Carta Magna).

a. Ahora bien, con carácter previo corresponde dilucidar si los derechos en juego constituyen intereses individuales homogéneos. Como ha señalado la Corte en “HALABI ERNESTO c. P.E.N. LEY 25.873 DTO. 1563/04” (Fallos: 332:111. Publicado en LA LEY 2009-B, 157, con nota de Juan Vicente Sola; LA LEY 2009-B, 189, con nota de Fernando R. García Pulles; Maximiliano Torricelli; Roberto J. Boico; RCyS 2009-III, 71 - LA LEY 2009-B, 259, con nota de Gregorio Badeni; Sup. Adm. 2009 (marzo), 60 -; LA LEY 2009-B, 404, con nota de Daniel Alberto Sabsay; DJ 25/03/2009, 729, con nota de Carlos Aníbal Rodríguez; Sup. Const. 2009 (marzo), 33, con nota de María Angélica Gelli; LA LEY 2009-B, 601, con nota de Mariana Catalano y Lorena González Rodríguez; LA LEY 2009-B, 649, con nota de Juan Carlos Cassagne; LA LEY 2009-B, 463 - LA LEY 2009-B, 568, con nota de María Angélica Gelli; LA LEY 2009-C, 251, con nota de Fernando De La Rúa y Bernardo Saravia Frías; Sup. Const. 2009 (mayo), 43, con nota de Claudio D. Gómez y Marcelo J. Salomón; LLP 2009 (junio), 563, con nota de Mariano A. Moyano; DJ 07/10/2009, 2813, con nota de José María Salgado; LA LEY 2009-F, 782, con nota de Luis Francisco Lozano; DJ 31/03/2010, 786, con nota de Griselda Isabel Bard), la Constitución Nacional admite, además de los clásicos derechos individuales y los derechos colectivos reconocidos en el primer párrafo del art. 43 CN, una tercera categoría, conformada por derechos de incidencia colectiva referentes a los intereses individuales homogéneos cuando hace alusión, en su art. 43, a los derechos de los consumidores y a la no discriminación.

“En estos casos no hay un bien colectivo, ya que se afectan derechos individuales enteramente divisibles. Sin embargo, hay un hecho, único o continuado, que provoca la lesión a todos ellos y por lo tanto es identificable una causa fáctica homogénea. Ese dato tiene relevancia jurídica porque en tales casos la demostración de los presupuestos de la pretensión es común a todos esos intereses, excepto en lo que concierne al daño que individualmente se sufre. Hay una homogeneidad fáctica y normativa que lleva al legislador 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” (considerando 12, énfasis agregado).

En un sentido coincidente, la moderna doctrina define a los derechos individuales homogéneos como aquellos que, si bien son susceptibles de disfrute singular, por ser de naturaleza esencialmente divisible, en razón de provenir de una misma causa, comprenden a una categoría, grupo o clase de personas, motivo por el cual la perturbación o fractura a esos derechos (individuales) se multiplica en cada uno de los sujetos integrantes de la categoría , grupo o clase, provocando así efectos masivos de trascendencia social o colectiva (cfr. FERRER, Sergio Enrique, en OTEIZA, Eduardo- coordinador, “Procesos Colectivos”, Asociación Argentina de Derecho Procesal, Santa Fe, 2006, p. 339). No es la

naturaleza del debate (indivisibilidad) lo que impone una solución uniforme, sino imperativos de conveniencia (GIANNINI, Leandro, "La tutela colectiva de derechos individuales homogéneos", Librería Editora Platense, La Plata, 2007, p. 50).

En autos, los derechos de los usuarios son claramente divisibles. Sin embargo, por un único motivo, cual es el dictado del Decreto 2067, se han visto igualmente vulnerados. Asimismo, la magnitud en el número de sujetos afectados por el Dcto. 2067 es fácilmente colegible pues comprende a todos los habitantes de la provincia que usen el sistema de gas natural por redes. Y resulta injustificado que cada uno de los usuarios de ese gran universo acuda separadamente a la justicia en busca de una declaración de inconstitucionalidad. Se verifica así otras de las notas típicas de las acciones colectivas, vinculada a la noción de costos, y es que el objetivo de aquéllas es la economía jurisdiccional; se pretende evitar el recargo innecesario de tarea en los tribunales (BIANCHI, Alberto, "Las acciones de clase", Abaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2001, p. 62).

Por último, es también evidente que concurre el requisito del énfasis en el aspecto colectivo de la pretensión, pues tratándose de la defensa de usuarios de un servicio esencial, la pretensión tiene una radical dimensión social. De ahí que, en conclusión, cabe responder en sentido afirmativo a la pregunta relativa a la existencia, en la causa, de intereses individuales homogéneos.

b. Precisado lo anterior, corresponde indagar acerca de la eventual afectación de tales derechos. En tal sentido, cabe señalar que además del perjuicio al derecho de propiedad que significa para los consumidores el tener que abonar mensualmente el cargo establecido por la autoridad pública contrario a las prescripciones constitucionales (perjuicio que, no obstante ser patrimonial, fue originado por un acto estatal, razón por la cual merece protección jurisdiccional a través de la vía del amparo, tal como señaló el Superior Tribunal federal en los casos "Bonorino Peró" –Fallos: 308:466-, "Peralta" – Fallos: 313:1513, "Bustos" –Fallos: 327:4495-, entre otros), el aumento repentino y sensible en el aumento de la tarifa de un servicio público esencial, como el gas en el caso bajo estudio, no tiene que ver sólo con una cuestión económica, sino también con la calidad de vida de los usuarios, que se vería afectada si se ven obligados a disminuir el consumo, por la imposibilidad de pagar las facturas. Y más aún, también podría repercutir en la salud, sobre todo si se vieran compelidos a prescindir de elementos esenciales o abstenerse de calefacción en épocas invernales.

Se advierte entonces que se hallan involucrados derechos sustanciales de inequívoco rango constitucional, los cuales, como se anticipó, han sido cercenados de modo ostensible por un acto de autoridad pública que provoca una afectación actual en los consumidores.

No debe olvidarse, a este respecto, que el art. 2 de la ley 24.076 que disciplina el marco regulatorio del gas, estipula la “adecuada protección de los derechos de los consumidores” (inc. a) y dentro de ello, una tarifa “justa y razonable” (inc. d).

Además, parece claro que no cambia las cosas el hecho de que en el segundo semestre del año 2009 se haya habilitado mediante Resolución ENARGAS N° 828 el denominado “subsidiario al consumo” leyenda impresa en letras coloradas y cruzadas en las facturas que comenzaron a presentar complejas fórmulas de guarismos parciales (conforme se instruyó en el pto. a.3.3. in fine de la mencionada Res. y puede apreciarse a fs. 497/498) tolerándose el pago del mínimo de la boleta de servicio sin proceder al corte del suministro, dado que ello no importa la derogación del Dcto. 2067 que por lo tanto, permanece vigente y puede volver a ser aplicado en cualquier momento.

4. Toca finalmente abordar el último agravio del Estado, relativo a la descalificación, por el a quo, de la Resolución N° 730/09 con lo cual, a criterio del recurrente, el sentenciante se estaría inmiscuyendo en materia ajena a su competencia.

Por el citado instrumento se exceptuó del pago del cargo en cuestión en forma permanente, a partir de Abril de 2009 (comprendiendo toda la facturación emitida o a emitirse a partir de esa fecha), a los usuarios Residenciales R31º de las Provincias de: Mendoza, San Juan, San Luis, Neuquén, Río Negro, Chubut, Santa Cruz, Tierra del Fuego, La Pampa y Buenos Aires, con base en el informe de la Gerencia de Distribución (GD) n° 74/09, resultante de la comparación entre las temperaturas medias mensuales de diferentes localidades representativas de las provincias localizadas en las regiones sur, pampeana y cuyana, correspondientes al período 1993-2007 respecto de los registros términos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (conf. considerando 14). Al respecto, en primer lugar corresponde considerar que la nueva Resolución no subsana el apuntado defecto formal del Dcto. 2067/08.

Pero, además, tampoco mejora la situación de las provincias del NOA, que quedan excluidas de sus beneficios, a pesar de que la Resolución se ampara expresamente en el principio de no discriminación y de igualdad de trato de todos los usuarios del país (considerando 3ro. de sus fundamentos) aunque, como se acaba de señalar en el párrafo anterior, los parámetros comparativos las ignoran por completo.

De cualquier modo y a título de mayor abundamiento cabe señalar que se desconoce el contenido del informe en tanto no integra el texto de la Resolución (siquiera como Anexo) ni se adjunta en autos, de modo que se desconocen los criterios que lo fundaron y cuáles instituciones participaron en su redacción o fueron consultadas, aparte de la referida gerencia.

Igualmente, tampoco se explican las razones del corte en la medición, tanto respecto de las zonas tomadas en cuenta, como de los períodos de tiempo mensurados, de donde no se advierten los motivos para que las zonas del NOA (Jujuy, Salta y Tucumán, Santiago del Estero, Catamarca y La Rioja) y del NEA (Entre Ríos, Misiones, Corrientes, Formosa y Chaco) no hayan sido medidas, y en su caso, dispensadas o no del pago, brindándose los argumentos respaldatorios pertinentes.

En definitiva, todo ello revela el déficit argumentativo que campea en torno de esta cuestión y resulta palpable que dichas deficiencias pudieron haberse salvado en el marco del debate en el Congreso Federal, en el que los representantes de cada provincia pudieran brindar, discutir y hacer verificar por expertos información acabada sobre diferencias térmicas en las distintas zonas, los umbrales de consumo, la condición socioeconómica de los afectados al pago, etc, de modo de establecer, de ser pertinente, el aumento que corresponda y su monto.

Frente a las falencias apuntadas, resulta inconducente el argumento del Estado Nacional expuesto a fs. 574 (y previamente a fs. 446 en oportunidad de denunciar nueva normativa), en el sentido de atender a la bondad de los criterios de valoración instruidos por ENARGAS en la orden regulatoria en materia de exclusiones dictada el 5 de agosto de 2009 (art. 4 Res. 828/09); como al hecho de que dicho Ente haya ordenado auditorías (art. 6 de Res. 828/09); pues ello no subsana la arbitrariedad y discriminación en la norma de excepción.

En definitiva, la violación de los mecanismos constitucionales, seguida de la franca vulneración a los derechos de los usuarios se plasma tanto en el Dto. 2067, como en su sucedánea pretensa medida paliativa, cual es la Resolución 730.

De ahí que conviene reparar que la misión del Poder Judicial consiste en asegurar la supremacía de la Constitución Federal y, como última ratio (cfr. Fallos: 264:364, 301:319, entre muchos otros) invalidar las disposiciones que se encuentran en clara y abierta pugna con ésta. Y esto es, de acuerdo a los fundamentos vertidos, lo que ocurre en autos; por lo que corresponde confirmar la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas

Por todo ello, se RESUELVE:

I) HACER LUGAR PARCIALMENTE al recurso de apelación interpuesto por el co-demandado Estado nacional en cuanto a la falta de legitimación del Defensor del Pueblo de la Ciudad de Salta; y RECHAZAR los recursos planteados por ENARGAS a fs. 542 y por el Estado nacional a fs. 556 en cuanto al fondo del asunto. Costas por su orden atento la complejidad de la cuestión debatida y la forma en que se resuelve (art. 68 2do. párrafo del CPCCN).

II) REGISTRESE, notifíquese y oportunamente, devuélvase.- No suscribe la presente el Dr. Jorge Luis Villada por encontrarse en uso de licencia.

Firmado: Dr. Roberto Loutayf Ranea, Dr. Renato Rabbi Baldi Cabanillas.

Ante mi, Dra. Mariana Catalano."