

SENTENCIA DEFINITIVA NÚMERO: Catorce.-
San Fernando del Valle de Catamarca, 08 de junio de 2016.-
Y VISTOS:

Estos autos Corte N°052/2016 "LEGISLADORES: CARRIZO, María Silvana y Otros - c/ PODER EJECUTIVO PCIAL. (MINISTERIO DE SERVICIOS PÚBLICOS Y ENTE REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS Y OTRAS CONCESIONES - EN.RE.) - s/ Acción de Amparo", llamándose autos para Sentencia a fs.284.- -----

En este estado el Tribunal se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

1) Es procedente la acción de amparo interpuesta? En su caso ¿Qué pronunciamiento corresponde?-----

2) Costas.-----

Practicado el sorteo correspondiente, conforme al acta obrante a fs.285, dio el siguiente orden de votación: Ministros Dres. AMELIA DEL VALLE SESTO DE LEIVA, LUIS RAÚL CIPPITELLI y JOSÉ RICARDO CÁCERES.-----

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, la Dra. Sesto de Leiva dijo:

Que a fs.227/241 de los presentes, un conjunto de legisladores provinciales interponen acción de amparo en los términos del Art.43 de la Constitución Nacional en contra del Poder Ejecutivo Provincial (Ministerio de Servicios Públicos) y en contra del Ente Regulador de Servicios Públicos y otras Concesiones (En.Re.), peticionando la declaración de nulidad y/o inconstitucionalidad de las Resoluciones Ministeriales SP N°26/15 y SP N°69/16, y de la Resolución En.Re. N°06/16 que produjeron un aumento exorbitante en las tarifas del servicio eléctrico y sin la debida justificación.-----

Que a criterio de la parte actora, la revisión tarifaria realizada por el Ministerio de Servicios Públicos y aprobado por el En.Re. es manifiestamente arbitraria e ilegal porque no se efectuó un análisis de la estructura de costos del servicio eléctrico, ni se efectuaron controles o auditorías sobre la utilización de los subsidios públicos percibidos, tampoco se evaluó el impacto del aumento en la capacidad de pago de los usuarios.-----

Asimismo, considera que se modificó arbitrariamente el componente de la tarifa correspondiente al mercado eléctrico mayorista sin tener en cuenta los criterios de la Secretaría de Energía de la Nación. Por último, se obvió convocar a audiencia pública que con antelación al aumento tarifario se requiere para dar participación a los administrados en decisiones públicas que afectan directamente a su patrimonio.-----

Se ofrece prueba, solicitando en definitiva se haga lugar a la acción declarando la nulidad absoluta y/o la inconstitucionalidad de las resoluciones N°26/15 y N°69/16 del Ministerio de Servicios Públicos y la resolución N°06/16 dictada por el En.Re., haciendo extensivos los efectos de la sentencia a todos los usuarios del servicio público de energía eléctrica de la Provincia.-----

Que previa vista al Ministerio Público Fiscal, a fs.245/247 este Alto Tribunal declara su competencia para entender en autos.-----

Que a fs.253/268 corre agregado el informe del Poder Ejecutivo Provincial en el que, además de realizar consideraciones sobre la estructura tarifaria del servicio de energía eléctrica, considera que la omisión de convocar a audiencia pública, además de no constituir obligación para el Ministerio de Servicios Públicos se encontraba totalmente justificada por existir hechos ajenos e imprevisibles que determinaron la necesidad de la aplicación inmediata del nuevo cuadro tarifario. Solicitando en definitiva el rechazo de la acción intentada.-----

Que a fs.273/283 evacúa informe el Ente Regulador de Servicios Públicos peticionando el rechazo de la acción de amparo, dictándose a fs.284 el llamado de autos con lo que, previo sorteo, queda la causa en estado de ser resuelta.- - - - -

En primer lugar, corresponde pronunciarse sobre la idoneidad de la vía procesal elegida por los accionantes.- - - - -

Conforme será explicado a continuación, la cuestión traída a resolver está orientada a determinar la legalidad del procedimiento en el dictado de las Resoluciones Ministeriales SP N°26/15 y SP N°69/16, y de la Resolución En.Re. N°06/16. Consecuentemente, tratándose de una cuestión de puro derecho, para decidir sobre ello, resulta suficiente la sustanciación que contempla la ley de amparo, no requiriéndose mayor amplitud de examen ni aporte probatorio.- - - - -

Asimismo, al desestimar una acción de amparo por la sola existencia de otra vía procesal que contempla el problema litigioso, inexcusablemente, debe considerarse si dicho procedimiento regular (administrativo o judicial) es auténticamente operativo para enfrentar el acto lesivo ya que, de lo contrario, todo amparo resultaría prácticamente desechable. (CNFed., sala cont.adm., 17/04/67, "Gualda Olmedo, Ricardo y otro", LL, 127-121; Sagüés, Acción de Amparo, Astrea, p. 169).- - - - -

Es decir, no cabe hacer una apreciación meramente ritual para excluir el amparo en razón de existir otros recursos de factible utilización, ya que dicho instituto tiene por objeto una efectiva protección de los derechos, más que una ordenación o resguardo de competencia (Fallos: 320:1339, 2711; 321:2823; 330:5201, 332:1952, entre otros), protección que debe ser más propia y menos formalista a tenor de la esencia o calidad del derecho a tutelar (MORELLO, Augusto M. y VALLEFÍN, Carlos A., El amparo. Régimen Procesal, Librería Editora Platense S.R.L., Avellaneda, 1998, págs. 31/32). (TSJ Cba en pleno, "Campo, Teofilo César c/ Caja de Jubilaciones, Pensiones y Retiros de la Provincia de Córdoba - Amparo - Recurso de Casación" (Expte. Nro. 408858, 15/04/2015). Concepción jurídica, que por otra parte ya se encuentra claramente explicitada en el Art.1 de la Ley de Amparo.- - - - -

Que ello así, entrando en el análisis de los agravios esgrimidos por los amparistas, el primer interrogante que debe plantearse este Tribunal se encuentra relacionado con la participación del Poder Judicial en la fijación de tarifas públicas, la que -como es sabido- se rige por los principios políticos de conveniencia, oportunidad, mérito y razones de Estado.- - -

La interrelación equilibrada de funciones, propia del sistema republicano, contiene en su mecanismo interno la imposición a cada uno de los poderes del Estado, no sólo a cumplir la Constitución en la órbita de su respectiva competencia, sino también a promover el cumplimiento de aquélla por los otros poderes. Cada uno tiene su "zona de reserva" y ésta es intocable e impenetrable frente a los otros. El poder judicial tiene la suya propia exclusiva. Ni el Congreso por ley, ni el Ejecutivo por decreto, pueden prohibirles a los jueces que administren justicia, porque administrarla es el meollo de su zona de reserva. (SCJ Bs. As., causa B. 64.119, "Asociación de Personal Jerárquico y Profesional de la Municipalidad de Morón, Hurlingham e Ituzaingó contra Municipalidad de Morón. Amparo", 05/05/2010).- - -

En este sentido, la CSJN y los Máximos Tribunales Provinciales del país han expresado que el mayor mérito de la justicia es no invadir la zona reservada a los otros poderes del Estado, manteniéndose siempre dentro de los límites que le han fijado la Constitución y las leyes. "Resulta por tanto una premisa fundamental de todo sistema político democrático la limitación jurídica de la actuación judicial. En este sentido, una democracia constitucional que funcione bien requiere, sí, la presencia de un fuerte poder judicial, pero lo

requiere también limitado, al igual que los otros poderes” (Guarneri y Pederzoli, 1999, p. 177).- -

Es decir, el Poder Judicial no es colegislador ni mucho menos cogobernante, razón por la cual cuando el Poder Ejecutivo hace uso de las prerrogativas de mérito, oportunidad y conveniencia, aquél no puede incursionar sobre las mismas.- - - - -

No obstante ello, el último intérprete de la legalidad de los actos administrativos y de gobierno es el Poder Judicial, quien debe controlar que en su dictado los gobernantes no violen las garantías constitucionales. En ese orden de ideas, cabe destacar que pese a que se admite amplitud en dicho control, lo cierto es que tratándose de una actividad reglada, el contralor debe encaminarse, prioritariamente, a la verificación del cumplimiento del principio de legalidad. Vale decir, si el obrar administrativo se adecua a las normas que regulan su actividad y, concretamente, si los actos objetados respetan las previsiones legales, tanto en el procedimiento que precedió a su dictado como en el contenido y alcance de sus disposiciones.- -

De tal modo, y salvo excepciones como los actos puramente institucionales, los actos de gobierno son revisables justamente cuando la discrecionalidad es ejercida de un modo lesivo de garantías constitucionales. (Lorenzetti, Ricardo L. "La acción de amparo para la participación de las asociaciones en el control de los servicios públicos", LL, 1997-A, 188).- - - - -

En efecto, el Art.42 de la Constitución Nacional dice que: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.- - - - -

De allí se desprende claramente la intención de los constituyentes de 1994 de que consumidores y usuarios, expresamente en la forma de asociaciones, e implícitamente de un modo genérico, participen en la elaboración de ciertas disposiciones de alcance general a cargo de la Administración. (Del voto de los Dres. Zaffaroni y Lorenzetti, fallos 329:4542).- - - - -

En concordancia con el mencionado artículo, la Constitución Provincial establece que: “Cuando los servicios públicos provinciales fueran prestados por medio de concesiones, el contrato respectivo deberá contener, bajo pena de nulidad absoluta, sendas cláusulas sobre: 1º) La forma como se establecerán las tarifas. 2º) La participación de los usuarios en su fijación...”. (Art. 178, inc. 1º y 2º). De la citada norma surge con claridad meridiana que la participación ciudadana, obviamente en audiencia pública, no sólo es condición de legitimidad de los procesos de reformulación tarifaria, sino también, y en un marco más global, de la validez de las cláusulas del contrato de concesión, el que podría ser fulminado por la nulidad absoluta (no convalidable por ningún acto posterior) si no asegurara la participación de los usuarios en la fijación de las tarifas; derivándose también de la garantía constitucional que la obligación de asegurar la realización de la audiencia pública no sólo corresponde al En.Re. sino también al ente gubernamental y al concesionario que suscribieron el contrato.- - - - -

De la misma forma debo merituar la Ley Provincial N°4834 que, aunque infraconstitucional, determina que antes de fijar la tarifa debe convocarse a una audiencia pública (Arts.42 y 43).-----

Ello así, antes de tomar cualquier decisión respecto a los servicios públicos resulta inexorable la audiencia antes aludida, pues así lo ha dispuesto el legislador al momento de reglamentar la participación de los usuarios y consumidores, garantizada por la Constitución Nacional y Provincial.-----

La “audiencia pública”, es el instrumento más idóneo que asegura la representación ciudadana en la fijación de la tarifa, siendo conteste al respecto toda la doctrina y casi unánime la jurisprudencia. Gordillo señala que "la audiencia pública es el primer peldaño imaginable y mínimo de la participación de los usuarios y consumidores en los entes regulatorios de servicios públicos, exigida por el Art.42 de la Constitución. Pero cabe recordar que la participación, además de los derechos electorales, viene reconocida como obligación de los Estados por otras normas supranacionales e internacionales que nos obligan en igual sentido". (Gordillo, Agustín, "Tratado de derecho administrativo", Tomo II, La defensa del usuario y del administrado, 6° Edición, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, pág. XI - 3). Entre ellas, el Art.23.1 del Pacto de San José de Costa Rica; Art.21.1 de la Declaración Universal de DD.HH.; Art.25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Art.20 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en las que se asegura la actuación ciudadana en los asuntos públicos de los Estados, inaugurando nuevas formas de democracia participativa.-----

En efecto, a los fines de evitar abusos, tanto la Carta Magna Nacional (Art.42) como la Constitución Provincial (Art.178) garantizan la participación de los usuarios y consumidores en la fijación de las tarifas de los servicios públicos, formando parte del procedimiento previo al dictado del acto administrativo y garantizando así el debido proceso. En consonancia con ello, la Ley de Energía Provincial N°4834 (Arts.42 y 43) prevé que este derecho de control sea ejercido a través de la celebración de audiencias públicas.-----

--

Conforme surge de las constancias de autos, en especial del reconocimiento efectuado por los demandados al momento de evacuar sus respectivos informes, los actos administrativos impugnados han sido dictados sin la previa convocatoria a audiencia pública, por lo que corresponde hacer lugar a la acción de amparo promovida, declarando la nulidad de las Resoluciones Ministeriales SP N°26/15 y SP N°69/16, y de la Resolución En.Re.N°06/16.-----

Las sumas que hubieren pagado los usuarios en virtud de la aplicación de las resoluciones antes referidas, deberán imputarse a futuras facturaciones. Es mi voto.-----

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. Cippitelli dijo:

Que llegan las presentes actuaciones a los fines de dictar sentencia definitiva y de conformidad al sorteo efectuado a fs.285 me corresponde emitir el segundo voto en la presente acción de amparo instaurada por los actores, todos integrantes del Bloque de Diputados Provinciales del FCS, invocando representación y protección del pueblo y de los derechos individuales de los usuarios del servicio de energía eléctrica que brinda la empresa EC SAPEM, en los términos del Art.43, 2° párrafo, de la Constitución Nacional, en contra del Poder Ejecutivo Provincial y el Ente Regulador de Servicios Públicos y otras concesiones. Persiguen se declare la nulidad y/o inconstitucionalidad de la Resolución Ministerial SP N°26/15, de fecha 30 de diciembre de 2015, (fs.113/115) -que aprueba el cuadro tarifario con o sin subsidio del Estado Nacional para el período Enero/16; asimismo de la Resolución Ministerial SP N°69/16, de fecha 03 de Marzo de 2016, (fs.125/128) -que aprueba los valores para el periodo Febrero/Abril/2016- y de la Resolución ENRE N°06/16, (fs.131/134), de fecha 03 de Marzo de 2016, que autoriza la

implementación de los valores fijados por las resoluciones referidas. Alegan violación a la Ley 24.240; Arts.57 y 179 de la Constitución Provincial; Art.1092 y ss del Código Civil y Comercial de la Nación; Art.78 de la Ley 24.065; Arts. 6, 38, y 42 de la Ley 4834 y de la Ley 4836.- - - -

Que otorgada participación procesal y previa vista al Ministerio Público, por Sentencia Interlocutoria N°43/16 -fs.245/247-, se declara la jurisdicción y competencia del Tribunal para entender en autos y se requiere a sendas accionadas el informe previsto en la ley de rito. Evacuado a fs.253/269 por el Estado Provincial y a fs.273/283vta por el ENRE, que en definitiva peticionan el rechazo de la pretensión conforme a las razones expuestas en sus memoriales.- - - -

1- Antecedentes y encuadre normativo: Resulta de absoluta pertinencia resaltar ab initio la confusión de acciones en que incurren los demandantes en cuanto por un lado hacen referencia a la tutela de los intereses difusos o derechos de incidencia colectiva respecto del conjunto de usuarios del servicio eléctrico, regido por la Ley N°5034, cuyo Art.7 desplaza la competencia de este Superior Tribunal para entender en la controversia. Al mismo tiempo, que a fs.228 vta., se afirma la competencia originaria de la Corte de Justicia en “la calidad de los demandados”. Contradicción resuelta mediante Sentencia Interlocutoria N°43/16 que corre a fs.245/247, que admite la acción imprimiéndole el tramite previsto en la Ley N°4642, Art.4° modificado por la Ley N°4998, en el entendimiento que se persigue el amparo de derechos constitucionales contra actos administrativos dictados en ejercicio de la actividad administrativa por el Poder Ejecutivo y un ente descentralizado, y cuya revisión debe hacerse a la luz del Derecho Administrativo aplicable y en la medida de la jurisdicción atribuida a la Corte de Justicia por expreso mandato constitucional (Art.204 de la Constitución Provincial).- - - -

2- En primer orden y por una cuestión de método, abordar{e el tratamiento de la acción interpuesta en el sub lite, con referencia a la interpretación y aplicación de actos administrativos de carácter local que reconocen como antecedente actos o disposiciones emitidos por el Poder Ejecutivo Nacional en relación al aumento de las tarifas de energía eléctrica.- - - -

Que la revisión jurisdiccional de los actos administrativos objeto de impugnación, imperiosamente debe hacerse con referencia al marco macro económico en que tales disposiciones se hayan insertas. Situación que me lleva a distinguir -por un lado- entre los actos administrativos emitidos por el poder administrador a través del Ministerio de Servicios Públicos. Y, por otro, a la actuación que le cupo al Ente Regulador de Servicios Públicos y otras concesiones -ENRE- en la toma de decisiones que culminaron con el aumento de la tarifa de energía eléctrica en el ámbito provincial.- - - -

3- De lo que resulta, que la Resolución Ministerial SP N°26/15, de fecha 30 de diciembre de 2015, (fs.113/115) -que aprueba el cuadro tarifario con o sin subsidio del Estado Nacional para el periodo Enero/16; asimismo de la Resolución Ministerial SP N°69/16, de fecha 03 de Marzo de 2016, (fs.125/128), que aprueba los valores para el periodo Febrero/Abril/2016- analizadas en su contenido claramente técnico y específico de la materia sobre la que versa, conduce a la afirmación de que tales actos reconocen como precedente el cambio introducido en el marco tarifario nacional, y el estudio y valoración de su incidencia en el ámbito de la Provincia exceden el estrecho marco cognoscitivo asignado a esta pretensión de amparo.- - - -

Tal aseveración conduce a reafirmar la doctrina sentada por esta Corte que ha resuelto reiteradamente que la acción de amparo es inadmisibles cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y la determinación de la eventual invalidez del acto requiere una mayor amplitud de debate y prueba (Arts. 1° y 2°, inc. d, Ley N°4642), requisitos cuya demostración es imprescindible para la procedencia de aquélla (Fallos: 275:320; 296:527 -LA LEY, 1977-C, 264 (34.265-S)-; 302: 1440 -LA LEY, 1982-C, 494 (36.130-S)-; 305: 1878 -LA

LEY, 1984-B, 87- y 306:788). Este criterio que no ha variado con la sanción del nuevo Art.43 de la Constitución Nacional pues reproduce -en lo que aquí importa- el citado Art.1° de la ley, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia (Fallos: 319:2955 -LA LEY, 1997-D, 669-). Dado que la acción en examen únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta, y resulta inadmisibile, en cambio, cuando el vicio que comprometería garantías constitucionales no resulta con evidencia de manera que la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Ello así pues los Jueces deben extremar la prudencia para no resolver materias de complejidad fáctica y técnica por la vía expedita del amparo, a fin de no privar a los justiciables del debido proceso mediante pronunciamientos dogmáticos. Sí bien el proceso de amparo no es excluyente de cuestiones que necesitan demostración, sí descarta aquéllas cuya complejidad o difícil comprobación requiere de un aporte mayor de elementos de juicio de los que pueden producirse en el procedimiento previsto por la Ley N°4642 (Conf.: Fallos: 306: 1253 -LA LEY, 1985-B, 210-; 307:747, 1953 LA LEY, 1986-B, 411-, 2345 -LA LEY, 1986-D, 156-).- - - - -

Que la relación de antecedentes efectuada en los primeros considerandos de esta decisión obsta a la conclusión de que el Tribunal se encuentre frente a un supuesto de "ilegalidad manifiesta" que autorice a dar curso al amparo anulando actos o declarando su inconstitucionalidad. Dichos antecedentes son por demás reveladores de que el planteo formulado se encuentra reglado por una diversidad de disposiciones legales y reglamentarias que impiden examinar las impugnaciones formuladas desde la única y opinable interpretación que los legisladores intervinientes le han asignado sin considerar el resto de los factores que conforman el cuadro tarifario plasmado en el articulado de ese cuerpo legal. Al efecto basta indicar que no existe elemento alguno en el expediente, ni en la legislación aplicable, que permita concluir que el consiguiente egreso o ingreso de energía, según el caso, no deba ser ponderado para la determinación de su precio.- - -

Además, cabe poner de resalto que las Resoluciones impugnadas, por medio de las cuales se determinan los precios estacionales de la potencia y energía, tienen como antecedente "el contrato de concesión, que establece que los cuadros tarifarios serán ajustados en la oportunidad que la Secretaria de Energía de la Nación lo establezca para las programaciones estacionales y las reprogramaciones trimestrales". Es decir, una sucesión de resoluciones, decretos y actos administrativos -nacionales y provinciales- que no sólo gozan de la consiguiente presunción de legitimidad sino que no fueron puestos en tela de juicio en cuanto a su regularidad y legalidad desde la oportunidad en que fueron dictados hasta la promoción de esta demanda; circunstancia que obsta a su examen por la vía intentada en virtud de lo dispuesto por el Art.2° inc. e), de la Ley N°4642. Tales, por ejemplo, los decretos y resoluciones del Poder Ejecutivo Nacional que reglamentan la materia.- - - - -

4- Que tampoco se advierte la configuración de una arbitrariedad manifiesta que conduzca a la nulidad de tales actos y que permita continuar con la acción promovida. A esos efectos debe tenerse en cuenta que la adhesión y participación de la Provincia al régimen interjurisdiccional federal no permite vislumbrar, en este estrecho marco de conocimiento, que pueda adherirse al sistema y pretender, paralelamente, que no se le apliquen los mecanismos de formación de los precios y los factores de corrección que los determinan. Su vinculación con el sistema interconectado nacional y el mercado eléctrico mayorista le impediría pretender alterar la aplicación de los procedimientos para el cálculo de la tarifa, marco regulatorio al que se sujetan los agentes del mercado y que, siguiendo reglas de altísima complejidad en las que influyen cantidad de factores propios del régimen que no es del caso enumerar en esta resolución, permiten determinar el precio de la energía.- - - - -

Que, por lo demás la cantidad de elementos que inciden en la determinación de una tarifa exigiría, en el limitado marco de esta Acción de Amparo, producir

una diversidad de pruebas para determinar cuál o cuáles han sido, y en que proporción, los factores que han incidido para determinar el aumento que se impugna. Permitir la dilucidación del tema por la vía intentada importaría asumir el riesgo de dictar un pronunciamiento dogmático y de privar a los justiciables del debido proceso en el que con una mayor amplitud de debate y prueba se adopte una decisión por la que, en su caso, se ponderase la interacción de los elementos que contribuyen en la fijación del precio de la energía. La complejidad de la cuestión tarifaria, procedimiento a seguir y variables a considerar para la fijación del precio, descarta la posibilidad de dilucidar en este expediente si la modificación y/o aumento que se plasma en sendas resoluciones constituye una lesión, y en su caso en qué medida, para la provincia y los usuarios.- - - - -

5- Que es dable recordar que el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los Jueces en el ejercicio de su poder jurisdiccional, no los faculta para sustituir a la Administración en la determinación de las políticas o en la apreciación de los criterios de oportunidad (doctrina de Fallos: 308:2246 -LA LEY, 1986-2-8.71-, considerando 4º; 311:2128, entre muchos otros), y mucho menos ciertamente en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación de servicios, que por imperio de la Ley N°4834 -sancionada en el año 1995-, le compete al Poder Ejecutivo, donde contempla a los distintos actores del mercado eléctrico. Ello no obsta al ejercicio del citado control de legalidad respecto del procedimiento seguido y las bases normativas que deben ser tenidas en cuenta para la fijación de tarifas; pero esto no puede tener lugar en el marco limitado de un amparo (Conf.: Fallos: 321:1252).- - - -

Que del mismo modo no cabe soslayar, la existencia de otras vías procesales aptas para obtener la tutela de los derechos que se invocan. Así, y desde esta perspectiva, debe tenerse en cuenta que la existencia de remedios procesales ordinarios excluye la procedencia de la acción de amparo, siendo insuficiente a ese fin el perjuicio que pueda ocasionar la dilación de los procedimientos corrientes, extremo que no importa más que la situación común de toda persona que peticiona mediante ellos el reconocimiento de sus derechos (Fallos: 252: 154; 308: 1222). Ello es así porque el amparo es un proceso excepcional que resulta apto sólo frente a situaciones extremas y delicadas que no se advierten en el "sub lite", ante las cuales la ineficacia de otros procedimientos originen un daño concreto y grave sólo reparable por la vía en examen. Por lo demás, es dable poner de resalto que las cuestiones jurídicas opinables, tal como sería en el caso -conforme las diversas posturas sustentadas- sobre cuáles son los alcances que se le deben atribuir a normas insertas dentro de una política de estado de sinceramiento de los costos en materia de servicios, son ajenas al ámbito del amparo (Fallos: 248:837; 250:772; 252:64 -LA LEY, 109-873-; 265:225 -LA LEY, 124-461-; 274:324 -LA LEY, 136-1061 (22.089-S); 281:394 -LA LEY, 146-45-). Las consideraciones realizadas no importan abrir juicio definitivo sobre la legitimidad de la pretensión sustancial de los amparistas en orden a los derechos que entienden asistirles, la que podrá ser debatida y dilucidada por la vía pertinente, y en tal sentido se advierte la inacción de las organizaciones defensoras de los derechos de los usuarios, donde la legislación respectiva y la doctrina elaborada en torno a las acciones de clase con sus prerrogativas y ventajas permitirían sin lugar a duda la discusión en un marco amplio de debate, donde las cuestiones técnicas podrían ser discutidas por profesionales especializados, asistentes de la judicatura en aquellas materias que escapan a los estudiosos del derecho y que adquieran una relevancia probatoria de significación dentro del proceso.- - - - -

6- Que, como anticipara, en segundo orden, debo analizar la cuestión relacionada con la actuación que le cupo al Ente Regulador de Servicios Públicos y otra Concesiones -ENRE-, en el conflicto que se ha traído a resolución del Tribunal. Advirtiendo que la creación de este macroorganismo data del año 1995, y responde a un determinado contexto político en el marco de regulación de prestaciones de servicios públicos concesionados, cuya finalidad según la ley de creación -Ley N°4836, Decreto N°454, Art1º- reside en un fin

distinto a la estructura actual en que se prestan los servicios públicos, cuyas empresas lejos de concesiones privadas han revertido a su manejo por el poder estatal. Cuya subsistencia sólo resultaría de significación en la medida que responda a la defensa de los usuarios a través de la convocatoria a audiencia pública, contemplada en los Arts.42 y 43 de la Ley de Energía Provincial N°4843, cuyos textos deben darse por transcriptos in integrum. De lo que concluyo, que siendo éste el único fin de supervivencia institucional en el marco del estado, debido a la mutación en la forma de prestación del servicio de energía eléctrica, su incumplimiento cobra relevancia en sentidos perfectamente definidos; a saber: la Resolución EN.RE. N°006/16 de aprobación del cuadro tarifario a aplicar por la EC SAPEM; ha sido emitida en idéntica fecha que la Resolución Ministerial SP N°069/16, de aprobación de los cuadros tarifarios: ambas del 03 de Marzo de 2016. Ergo, no sólo ha violado el fin de su creación por inobservancia ex profeso de su mandato legal, al convalidar en idéntico día el cuadro tarifario sin estudio y sin audiencia previa, incurriendo en claro desvío del único fin de la razón de su existencia. Conducta que estimo jurídicamente reprochable y susceptible de sanción.- - - - -

7- Que establecido lo expuesto y de compartirse mi voto, corresponde se rechace la acción intentada, en contra de los actos administrativos dictados por el Estado Provincial. Asimismo se imponga una grave sanción al Ente Regulador de Servicios Públicos y otras Concesiones -ENRE-, por su actuar contra legem, intimándolo a cumplimentar la exigencia contenida en el Art.42 de la Ley N°4834, en el plazo de treinta (30) días de quedar firme este pronunciamiento, con la obligación de resolver dentro de los diez (10) corridos, posteriores a la celebración de la audiencia pública. Es mi voto.- - - - -

A LA PRIMERA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. Cáceres dijo:

Adhiero a la propuesta decisoria arribada por la distinguida colega Dra. Sesto de Leiva, en cuanto sostiene que debe declararse la nulidad de las Resoluciones Ministeriales SP N°26/15 y SP N°69/16, como así también de la Resolución En.Re. N°06/16, por haberse omitido, previo a su dictado, la convocatoria a audiencia pública conforme lo exige la legislación vigente. No obstante, me permito agregar las siguientes consideraciones que aportan valor a la conclusión arribada.- - - - -

En primer lugar, y conforme ha sido expresado por la Sra. Ministro del primer voto, no compete a este Alto Cuerpo considerar la bondad de un determinado cuadro tarifario fijado por el Estado, estando limitado nuestro análisis a declarar si el procedimiento seguido para llegar al mismo repugna o no a los principios y garantías constitucionales. Conforme lo tiene dicho el más Alto Tribunal de la Nación, “la esfera de discrecionalidad de los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que aquélla no resulte fiscalizable (Fallos: 315:1361 y 323:1321, entre muchos otros), ni constituye una libertad de apreciación extralegal que obste a la revisión judicial (Fallos: 315:1361 y 321:3103)”. (CSJN, “Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c/ Secretaría de Comunicaciones - resol. 2926/99 s/ amparo ley 16.986”, 31/10/06. Voto de los Dres. Lorenzetti y Zaffaroni).- - - - -

En ese orden de ideas, de las constancias de la causa surge claro que en autos se han quebrado las formas del debido proceso legal administrativo al no respetar el mandato contenido en el Art.42 de la Carta Magna Nacional y en el Art.178 inc.2 de la Constitución Provincial, omitiendo la convocatoria a audiencia pública, prevista para los procesos de fijación tarifaria en los Arts.42 y 43 de la Ley Provincial de Energía (N° 4834).- - - - -

Como breve reseña histórica, cabe mencionar que ante la crisis de la democracia liberal burguesa respecto a que el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes (diputados, senadores o concejales) se evolucionó a lo que es la democracia moderna adoptando, nuestro sistema político, el modelo de la democracia participativa como eslabón superador del viejo sistema.-

Es que, “es justo que los pueblos esperen todo bueno de sus dignos representantes, pero también es conveniente que aprendan por sí mismos lo que es debido a sus intereses y derechos” (Mariano Moreno).-----

El paradigma es la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires que en su Art.1 dispone que “organiza sus instituciones autónomas como democracia participativa y adopta para su gobierno la forma representativa y republicana”.-----

Este tipo de democracia ha ido trascendiendo con la consulta popular, el referéndum, el plebiscito -donde el pueblo, a través de elecciones, participa en las decisiones de gobierno- etc. vgr. el Tratado de Paz y Amistad con Chile sustentado por un plebiscito, la labor de la CONADEP, espacio de la sociedad civil por excelencia, etc.; pero lo que le da la naturaleza fundamental para lograr una real democracia, es el sistema de audiencias públicas avanzando así desde una democracia representativa a una democracia participativa. - - -

Dentro de las formas de participación activa y directa, la audiencia pública es la que cobra mayor relevancia ya que permite a la ciudadanía formar parte de la decisión en cuestiones tales como el transporte público, impacto ambiental de todo emprendimiento público o privado, asuntos de interés general de una ciudad, proyectos legislativos que incluyan normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales y comerciales, modificaciones de uso o dominio de bienes públicos y fijación de la tarifa de los servicios públicos, entre otros.-----

Asimismo, en las provincias de Chaco, Corrientes, Mendoza, Córdoba, Tierra del Fuego y San Luis la audiencia pública también es utilizada a los fines de garantizar la participación ciudadana en los procedimientos destinados a cubrir vacantes en el Tribunal Superior y en la Procuración General.-----

Es decir, se trata de una nueva cultura orientada a mejorar la calidad de la democracia garantizando el desempeño de los actores sociales y las autoridades, a fin de asegurar el ejercicio responsable del poder.-----

Sin embargo, a comienzos del siglo XXI la administración nacional poco a poco fue dejando de lado la práctica de las audiencias públicas, que tanto hicieron por mejorar la calidad institucional del país, entrando allí en una peligrosa pendiente de abandono de los principios del Estado de Derecho.-----

Entre muchas otras falencias, que la justicia no alcanzó a rever en tiempo oportuno, el Estado renegó las concesiones de servicios públicos sin otorgarle participación a la ciudadanía (audiencia pública), haciéndolas pasar por un procedimiento de aprobación legislativa ficta, obviamente inconstitucional. (Gordillo, Agustín, “Tratado de Derecho Administrativo”, T. 2, La defensa del usuario y del administrado, 2 ed., Fundación de Derecho Administrativo, Bs. As., 1998, pág. VI-27).-----

Luego, en los últimos años la vigencia de nuevos paradigmas, el avance del concepto de la democracia participativa y la normativa anticorrupción han motivado nuevamente la injerencia del ciudadano en la toma de decisiones estatales. En este sentido el decreto N°1172/03 que reglamenta el acceso a la información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional, establece en sus considerandos “que para lograr el saneamiento de las Instituciones debe darse un lugar primordial a los mecanismos que incrementan la transparencia de los actos de gobierno, a los que permiten un igualitario acceso a la información y a los que amplían la participación de la sociedad en los procesos decisorios de la administración”.-----

En igual sentido, el Decreto N°222/03, mediante el cual el Poder Ejecutivo nacional se autolimitó en sus facultades para el nombramiento de los magistrados de la

CSJN, establece en uno de sus considerandos que "...resulta conveniente adoptar un procedimiento que ordene y acote en un tiempo prudencial el ejercicio de los derechos de participación de los ciudadanos en el manejo de las cuestiones públicas de interés que esta reglamentación busca instrumentar". - - - - -

Consecuentemente, "a diferencia de lo que acontecía en otros tiempos en donde las cuestiones gubernamentales se discutían en el mayor de los secretos, en la actualidad, la presencia del ciudadano permite la fiscalización de las decisiones públicas y el conocimiento de las decisiones estatales evitando, de ese modo, el oscurantismo estatal y posibilitando el control de la corrupción estatal" (Buteler, Alfonso. "Procedimientos administrativos de participación ciudadana en Córdoba", LLC 2011, 607).- - - - -

El objeto primordial de la democracia participativa es lograr que los ciudadanos se involucren en la toma de decisiones estatales y por ende en las políticas públicas. Tal es el caso de autos, en donde precisamente lo que se impugna es el procedimiento de fijación de tarifa (aumento) de un servicio público esencial, como lo es el suministro de energía eléctrica, tanto para la subsistencia humana con un mínimo de dignidad como para la realización de cualquier actividad por primaria que sea. (Cám. Civil de Neuquén, Sala I, "Di Lauro Elsie Miriam y otro c/ E.P.E.N. s/Acción de Amparo" (Expte. N° 320226-Ca-5), 05/04/2005).- - - - -

Cabe precisar sobre el particular, el criterio del diputado Argerich - que comparto- en cuanto a que toda modificación del régimen tarifario requiere de una convocatoria a Audiencia Pública donde deben presentarse los argumentos que justifiquen la toma de decisión del Poder Ejecutivo en función de una base democrática con intervención popular directa, ya que de lo contrario la decisión deviene en ilegal y dañina para la sociedad en su conjunto, no teniendo la oportunidad de ser oída como lo determina la ley.- - - - -

Luego, en una presentación efectuada en el mismo expediente, con fecha 10/05/2016, el legislador expresó que el ministerio demandado no justificó lógica y razonablemente la violación del Principio de Legalidad por la flagrante violación a la norma que dispone la realización de Audiencia Pública como paso previo y esencial al incremento de las tarifas por el servicio público de energía eléctrica. Asimismo, el diputado sostuvo que con dicho comportamiento "se esquivó escuchar a la sociedad y presentarle los fundamentos de la medida para su control democrático, lo que no configura una aspiración o deseo, sino que es una manda legal" (sic) (Juzg. Cont. Adm. Federal de 5° Nom., Expte. N° 804/2016 "Argerich, Hugo Manuel c/ Ministerio de Energía y Minería de la Nación- Acción de Amparo - Ley 16.986 c/ cautelar).- - - - -

No está demás decir que en nuestra provincia, la mentada reforma constitucional en ciernes, nada dice de la participación ciudadana y del régimen de las audiencias públicas como medio de control fundamental en una democracia participativa, en donde el pueblo asume un protagonismo importante para evitar acuerdos a sus espaldas al tiempo que se reafirma la soberanía popular.- -

Ahora bien, lo que ha generado discusión en la doctrina es si la realización de audiencia pública resulta imperativa en aquellos casos en donde el precepto constitucional no la prevé expresamente como el medio para garantizar la participación de los usuarios en el procedimiento de fijación de tarifas de servicios públicos. Al respecto, conforme lo tiene dicho el más Alto Tribunal de la Nación, la realización de audiencias públicas en casos como en el de autos, constituye una garantía de razonabilidad para los usuarios y un instrumento idóneo para la defensa de sus derechos, configurando también un mecanismo de formación de consenso de la opinión pública, una garantía de transparencia de los procedimientos y un elemento de democratización del poder. (CSJN, Fallos 329:4542). Transparencia que viene

exigida también por la Convención Interamericana contra la Corrupción (aprobada por Ley N° 24.759).-----

Al respecto, el Máximo Tribunal de la Provincia de Corrientes tiene dicho que: "La audiencia pública comporta un mecanismo de debate sobre diversos aspectos de la prestación de un servicio público y permite la democratización de las decisiones, máxime cuando, como en el caso, se trata de un significativo aumento del cuadro tarifario por la prestación del servicio de energía eléctrica, quedando de tal modo a salvo el derecho de defensa de los usuarios y consumidores, además de transparentar los procedimientos administrativos. La circunstancia de que no se encuentre reglamentado en el ámbito provincial en nada impide su plena operatividad, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías. Sobre la base de estas consideraciones arribo a la conclusión que la Dirección Provincial de Energía al haber obviado el procedimiento de las audiencias públicas previsto expresamente en el Art.48 de la Constitución Provincial y de modo implícito en Art.42 de la Constitución Nacional, para la implementación del nuevo cuadro tarifario, además vulnerar los preceptos constitucionales sindicados, desconoció el derecho de defensa de los usuarios y consumidores del servicio, quienes se vieron privados de la posibilidad de conocer en profundidad y transparencia las razones que llevaron a la entidad accionada a disponer el aumento, convirtiendo a las resoluciones administrativas impugnadas desprovistas de toda validez constitucional". (Sup.Trib.de Justicia Pcia. Corrientes; "Asoc. de Usuarios y Consumidores Pcia. Corrientes c/ Direc. Pcial. de Energía de Ctes. y Estado de la Pcia. de Corrientes"; 09/12/2009; Publicado en: LA LEY 09/02/2010, 4; LLLitoral 2010 (febrero), 60; ED, 19. Cita online: AR/JUR/46033/2009. Navas, Sebastián, "La exigencia de la celebración de la audiencia pública en materia de aumento de tarifas de servicios públicos ¿constituye una garantía constitucional?", LLBA, 2012 (diciembre), 1185).-----

En este orden de ideas, Lorenzetti sostiene que "...la norma del Art.42 de la Constitución Nacional pone en cabeza de los consumidores y usuarios derechos plenos, los cuales son operativos sin necesidad de que se dicte una ley que los instrumente, lo que significa que el juez puede aplicarlo en el caso concreto y que su eficacia no está condicionada..." (LORENZETTI, Ricardo Luis; "Consumidores", págs. 44/45, Ed. Rubinzal Culzoni, 2003).-----

Por lo tanto, surge claro que las audiencias públicas constituyen un derecho constitucional operativo, no quedando dudas que su imperatividad ha sido establecida por la Carta Magna, independientemente de su previsión en las legislaciones locales.-----

Por esta razón, la obligación de convocar a audiencia pública estaba a cargo del En.Re. y del Poder Ejecutivo, ya que ha sido justamente éste último quién ha dictado el acto administrativo que dispuso el aumento en la tarifa de energía.-----

Es que el requisito de audiencia pública, como elemento del procedimiento administrativo previo a la emisión de normas administrativas de carácter general, "es en verdad de naturaleza constitucional", haya o no norma legal o reglamentaria que la requiera en el caso del servicio específico de que se trate. (GORDILLO, Tratado de derecho administrativo, t. 2, "La defensa del Usuario y del Administrado", Buenos Aires, FDA, 2009, 10° ED, Cáp. VI, p. 24).-----

Vale decir, el procedimiento, como elemento esencial del acto administrativo, es un conjunto de actos previos respecto del acto definitivo que están relacionados y concatenados entre sí, existiendo múltiples procedimientos esenciales y específicos -en el caso de autos la previa convocatoria a audiencia pública- que lo completan y

hacen a la validez del acto a dictarse. (Balbín Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, 2da. Edición, t.III, LL, págs. 63/64).- - - - -

Se trata de un procedimiento administrativo stricto sensu y los principios que lo rigen pueden resumirse en los de publicidad, transparencia y participación, proyectándose al régimen que requiere la oralidad y la inmediación, del informalismo, la contradicción, la imparcialidad y un adecuado reconocimiento de la legitimación de los participantes (concesionarios, usuarios, contratistas, funcionarios públicos, etc.) (Cassagne, Juan Carlos, “La transformación del procedimiento administrativo y la LNPA”, LL, 2011-C, 833).- - -

Consecuentemente, si la Administración omite llevar a cabo la audiencia pública expresamente exigida por el ordenamiento, el acto que se emita bajo esas circunstancias será nulo de nulidad absoluta por violación al elemento forma del acto administrativo, que prescribe el cumplimiento de los procedimientos esenciales previstos para su emisión. En este punto se debe tener en cuenta que la forma del acto se integra con las formas de integración y el procedimiento de formación de la voluntad, como así también con las formas de publicidad. (Cassagne, ob. cit.). Así lo dispone el Art.14 inc. b), LNPA: “El acto administrativo es nulo, de nulidad absoluta e insanable en los siguientes casos: b) Cuando fuere emitido mediando... violación de las formas esenciales...”.- - - - -

Dicho de otra manera, el incumplimiento grave del debido procedimiento previo a todo acto administrativo -en el cual, procede incluir al debido proceso adjetivo como especie- ocasiona la nulidad absoluta del acto pertinente. (Julio Rodolfo Comadira, “La Licitación Pública. Nociones, Principios, Cuestiones.”, Pág. 39, Ed. Depalma).- - - - -

Comparto lo expresado por la Sra. Ministro del primer voto, en cuanto expresa que los actos viciados de nulidad absoluta no son convalidables por actos posteriores. Vale decir, el acto sancionado con este tipo de nulidad, no puede enmendarse mediante una actuación administrativa posterior, como así tampoco en virtud del consentimiento del afectado, pues tiene efectos erga omnes, ex tunc y ex nunc, para el pasado y para el futuro, como si nunca hubiera existido. Por ejemplo, en el caso de autos, subsanar la actuación administrativa -nula de nulidad absoluta- implicaría también convalidar un incremento tarifario inconstitucional por violación al debido proceso, al derecho de defensa y al derecho de propiedad, lo que a todas luces implicaría una contradicción legal insuperable, ello así, atento a que al omitir la convocatoria a audiencia pública, la administración demandada ha violado la garantía constitucional, derivada del debido proceso (Art. 18 de la C.N.), de ser oído antes de que se tome una decisión que pueda afectar los derechos e intereses de una persona -en el caso de marras, de una sociedad entera-. Es que “no es posible subsanar judicialmente la previa indefensión. Escuchar a las voces de la comunidad en una sesión pública en la que el caso se discuta a la luz de la opinión pública, no tiene manera de cumplirse en sede judicial, ni siquiera en la acción de clase” (Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 2, Ed. FDA, 8ª edición, pág. XI-4).- - - - -

Tal es la gravedad de la omisión de convocar a audiencia pública, en casos como en el de autos, que tras una presentación del fiscal general de Mar del Plata, el fiscal nacional a cargo de la Procuraduría de Investigaciones Administrativas (PIA), Sergio Rodríguez, denunció recientemente al ministro de Energía y Minería de la Nación, Juan José Aranguren y al interventor del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), David José Tezanos González por la presunta comisión de los delitos de abuso e incumplimiento de autoridad y violación de los deberes de funcionario público (Arts.248 y 249 C.P.), por no haber realizado la audiencia pública previa al incremento de las tarifas de gas aplicado en Mar del Plata.- - - - -

Resulta también inconstitucional el aumento tarifario por haber sido impuesto retroactivamente. En este sentido, Cassagne expresa que la aplicación de una tarifa

que imponga en forma retroactiva nuevos precios o tasas sería un acto inconstitucional, pues el principio de irretroactividad tarifaria integra la garantía de inviolabilidad de la propiedad (Cassagne, Juan C., Derecho Administrativo, 6a ed., Buenos Aires, 1998, t. II, pág. 445), siendo prácticamente unánime también la jurisprudencia: a) “la naturaleza del acto de fijación de tarifas de los servicios públicos prestados en forma monopólica es la propia de los actos de alcance general que, aun cuando no integran el ordenamiento jurídico, se rigen en gran medida por los principios y normas aplicables a los reglamentos, entre ellos el de proporcionalidad e irretroactividad (Derecho Administrativo - Tomo II - Juan Carlos Cassagne - Séptima Edición - Lexis Nexis - Pág. 313)...no se vislumbra la razonabilidad de disponer el cobro de tarifas en forma retroactiva con motivo de restablecer el equilibrio económico de la distribuidora... Pues la sola emergencia no es óbice para el dictado de una medida irrazonable, que resulta en una manifiesta ilegalidad, viéndose vulnerado el derecho de propiedad (Art.17 CN) de los usuarios que oportunamente pagaron sus facturas...En consecuencia de lo señalado y toda vez que la percepción de tarifas de servicios públicos en forma retroactiva resulta violatorio del derecho de propiedad consagrado en la Constitución Nacional, corresponde hacer lugar a la demanda”. (Juzgado Nacional de Primera Instancia y 12ª nom. en lo Contencioso Administrativo Federal, “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional - dto. 1957/06 - (Resol. ENRE 51/07 EDENOR) y otro s/proceso de conocimiento, 11/11/2010, MJ-JU-M-59991-AR - MJJ59991). b) “...la imprevisible e inesperada modificación del cuadro tarifario, en mi concepto, conlleva a producir una afectación al derecho de los consumidores, impidiéndoles realizar previsiones en el consumo en función presupuestaria, para así afrontar el pago de las liquidaciones de los períodos 06/08 y 01/09. Cabe reiterar que la reglamentación vigente a la fecha del presente decisorio, tal como se expuso, fue dictada con efecto retroactivo y, en mi entender, sorprendió al consumidor que vió tarifado el consumo de energía por todo concepto, a un precio distinto -superior- al que venía abonando”. (Juzgado de Primera Instancia y 8º Nom. en lo Civil y Comercial de Corrientes, “Asociación de Usuarios y Consumidores de la Provincia de Corrientes c/ Dirección Provincial de Energía de Corrientes y Estado de la Provincia de Corrientes s/ amparo (fuero civil)”, 17/03/09).- - - - -

Por otro lado, es dable destacar que en nuestra provincia la prestadora del servicio de energía eléctrica es una empresa del estado provincial monopólica, quedando la comunidad en inferioridad técnica y decisoria, por lo que la necesidad de regulación fuerte e intensa de un régimen de derecho y control público es indispensable para que se respeten los derechos e intereses enumerados en el art. 42 de la Constitución Nacional. Es que toda vez que el servicio público tiene como finalidad satisfacer las necesidades de la comunidad, la creación de monopolios o regímenes de exclusividad nunca puede ir en detrimento de los usuarios. (CNA en lo Cont. Adm. Fed, Sala 4, “TELINTAR S.A. -incidente- y otros c/ Comisión Nacional de Telecomunicaciones -Min. de Economía, Obras y Servicios Públicos s/ proceso de conocimiento, Causa N°: 31.377/94, 27/12/94).- - -

En ese orden de ideas, la Constitución Provincial en el inc. 2º del Art.178 exige que los contratos de concesión de servicios públicos contengan, bajo pena de nulidad absoluta, -entre otras- cláusulas que prevean la participación de los usuarios en la fijación de tarifas.- - - - -

En concordancia con ello, la ley provincial de energía, estableció en sus Arts.42 y 43 la obligatoriedad de convocatoria a audiencia pública dentro del proceso de fijación tarifaria del servicio de energía eléctrica. Obligación que, conforme lo he explicado precedentemente, debe cumplimentarse no sólo por el En.Re. sino también por la administración demandada que es quién, en definitiva, dispuso el aumento en la tarifa.- - - - -

Respecto al contrato de concesión, es importante señalar que pese a no contener una cláusula expresa que disponga la participación de los usuarios en el proceso de fijación de tarifa, el Art.19 in fine establece con carácter imperativo que en el mismo se respeten

los principios tarifarios establecidos en la Ley Provincial de Energía N°4.834.- - - - -

Es importante señalar que en un reciente fallo, el fuero contencioso administrativo de la C.A.B.A., haciendo hincapié en el cumplimiento de las formas de publicidad, resolvió suspender la audiencia pública convocada en el proceso de fijación de tarifa del servicio público subte por haberse efectuado con una anticipación de dos días hábiles. Consecuentemente, a fin de garantizar el cumplimiento de los recaudos y formalidades contemplados en la ley que rige la materia, y en particular teniendo en cuenta que aquélla constituye el único medio eficaz para garantizar el ejercicio efectivo del derecho de rango constitucional de participación ciudadana y de acceso a la información, ordenó a los codemandados la fijación de una nueva fecha para la celebración de la audiencia pública, debiendo convocarse con al menos 20 días hábiles de anticipación en dos diarios de mayor circulación de la ciudad, en días diferentes como mínimo por un día; en el Boletín Oficial local por dos días, en cuatro medios vecinales de la zona, en la emisora radial de la Ciudad a razón de un minuto cada cuatro horas, durante diez días y en el sistema WAP de la Ciudad durante cinco días y en las páginas oficiales del Gobierno de la Ciudad desde su convocatoria. Asimismo, estableció detalladamente todos los requisitos que debe contener dicha publicación. (Juzg. 1ª Inst. en lo Cont. Adm. y Trib., N° 4 "Vera Gustavo Javier c/ GCBA y otros s/ Amparo"(Expte. A3343-2016/0), 03/05/2016).- - - - -

En efecto, en el proceso de modificación del régimen tarifario de un servicio público se requiere insoslayablemente la realización de una audiencia pública - principio de raigambre constitucional-, que permita el conocimiento e información adecuada por parte de los usuarios afectados, de modo de conocer si la tarifa propuesta es justa y razonable, y en su caso, poder ejercer los reclamos administrativos o judiciales pertinentes. (Cámara Federal de Rosario, Sala B, "Incidente de medida cautelar en autos Usuarios y Consumidores Unidos c/ Secretaria de Energía de la Nación y otros s/ Ley de Defensa del Consumidor", 19/03/2015).- - -

Cabe entonces afirmar, a modo de conclusión que resulta inconcebible que haciendo caso omiso al marco regulatorio y a las expresas premisas constitucionales referidas a la legalidad que debe primar en el proceso de fijación tarifaria del servicio público que nos ocupa, la administración demandada arbitrariamente y en un claro abuso de poder, haya dispuesto del patrimonio de los consumidores.- - - - -

Por todo ello y habiendo quedado acreditado en autos el vicio en el procedimiento de los actos administrativos que se impugnan, adhiero a la solución propiciada por la Dra. Sesto de Leiva, votando en igual sentido.- - - - -

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, la Dra. Sesto de Leiva dijo:

Conforme lo resuelto en la primera cuestión planteada, las costas deben imponerse a los vencidos.- - - - -

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. Cippitelli dijo:

Costas a la codemandada, Ente Regulador de Servicios Públicos y Otras Concesiones -ENRE-, por el incumplimiento de sus funciones.- - -

A LA SEGUNDA CUESTIÓN PLANTEADA, el Dr. Cáceres dijo:
Que adhiero al voto de la Sra. Ministra, Dra. Sesto de Leiva, votando en igual sentido.- - - - -

Por ello y por mayoría de votos,
LA CORTE DE JUSTICIA DE CATAMARCA
(con la disidencia del Dr. Cippitelli)
RESUELVE:

1) Hacer lugar a la acción de amparo promovida y declarar la nulidad de las Resoluciones Ministeriales SP N°26/15 y SP N°69/16, y de la Resolución En.Re. N°06/16, por lo que a partir de la notificación de la presente, EC SAPEM deberá abstenerse de aplicar los incrementos allí dispuestos.-----

2) Ordenar a EC SAPEM que impute a futuras facturaciones las sumas de dinero que los usuarios hubieren pagado en virtud de la aplicación de las resoluciones antes mencionadas.-----

3) Costas a los demandados vencidos.-----

4) Protocolícese, hágase saber y oportunamente archívense.- -

Fdo: Dres. José Ricardo Cáceres (Presidente), Luis Raúl Cippitelli (Ministro Decano)EN DISIDENCIA, Amelia del Valle Sesto de Leiva (Ministro Vicedecano). Ante mi: Esc. Elsa Lucrecia Arce (Secretaria - Corte de Justicia).-----