Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

Buenos Aires, 28 de mayo de 2013.

Vistos los autos: "Andrés Lagomarsino e Hijos S.A. c/ EDESUR S.A. s/ proceso de conocimiento".

Considerando:

Que esta Corte comparte, con excepción de la referencia a la resolución ENRE 51/07 (confr. capítulo IV, párrafo quinto), los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal de la Nación, a los que cabe remitirse en razón de brevedad.

Por ello, de conformidad con lo allí dictaminado, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente. Exímese a la recurrente de efectuar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuyo pago se encuentra diferido de conformidad con lo prescripto en la acordada

-//-

-//-47/91. Notifíquese, agréguese la queja al principal y, oportunamente, remítase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

CARLOS S. FAYT

ENRIQUE S. PETRACCHI

JUAN CARLOS MAQUEDA

CARMEN M. ARGIBAY

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

Recursos extraordinario y de hecho interpuestos por **el Estado Nacional, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios**, representado por el **Dr. Alejandro Enrique Scarano.**

Traslado del recurso extraordinario contestado por **Andrés Lagomarsino e Hijos S.A., actora en autos**, representada por el **Dr. Carlos A. Bengolea; y por EDESUR S.A., demandada en autos**, representada por la **Dra. Paula Bossignon.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V.**

Tribunal que intervino con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 11.**

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

A fin de evacuar la vista que se me corre en estas actuaciones, remito a lo expresado en mi dictamen del día de la fecha en el expediente A.452.XLVII. "Andrés Lagomarsino e Hijos S.A. c/ EDESUR s/ proceso de conocimiento", a cuyos términos y conclusiones cabe reiterar aquí en razón de brevedad.

En virtud de los fundamentos allí expuestos, opino que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada y devolver las actuaciones al tribunal de origen, a fin de que, por quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

Buenos Aires, 13 de febrero de 2012.

ES COPIA LAURA M. MONTI

ADRIANA M. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

30/09/11

Suprema Corte:

-I-

A fs. 363/366 de los autos principales (a los que corresponderán las siguientes citas) la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala V) rechazó los recursos de alzada deducidos por Empresa Distribuidora Sur Sociedad Anónima (EDESUR) y el Estado Nacional y confirmó la sentencia que declaró inaplicables a la actora Andrés Lagomarsino e Hijos S.A. y no susceptibles de cobro los cargos retroactivos facturados en concepto de "Cláusula IV Acta Acuerdo PEN 1959/06", correspondientes a los períodos de consumo de energía eléctrica transcurridos entre el 1° de noviembre de 2005 y el 31 de enero de 2007, incluidos por EDESUR en las facturas emitidas a partir de febrero de 2007.

En primer lugar consideró que era admisible la acción declarativa deducida, sobre la base de poner de manifiesto que *"la actora cuestiona la validez de los ajustes de tarifas cobradas de manera retroactiva con fundamento en el decreto 1959/06, por entender que resulta violatorio del derecho de propiedad reconocido en el artículo 17 de la Constitución Nacional"* y que debido a *"las singulares circunstancias derivadas de la posible aplicación de dos cuadros tarifarios distintos* (el anterior al aprobado por el citado decreto y el vigente con posterioridad), cabía *prescindir del nomen iuris atribuido por el actor a su pretensión y considerar los argumentos expuestos en la demanda..."* .

Por otro lado, entendió que la demandante como simple usuaria, de acuerdo a los términos de la segunda parte del art. 72 de la ley 24.065, no estaba obligada a someter su reclamo a la jurisdicción previa del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE).

Sobre el fondo de la cuestión, señaló que el proceso de renegociación fue complejo y necesario para compensar a la empresa distribuidora por la emergencia declarada en la ley 25.561 y que en el informe complementario para la suscripción del acta acuerdo entre la Unidad de Renegociación y Análisis de Contratos de Servicios Públicos (UNIREN) y EDESUR se estableció que el régimen de transición apuntaba a establecer hacia el futuro un cuadro tarifario transitorio que permitiera la sustentabilidad del servicio en condiciones de eficiencia, extremo que

también se encontraba contemplado en la fs. 240 del Informe de Justificación de la Propuesta de Carta Entendimiento UNIREN-EDESUR, donde se agregó que el ajuste tarifario regiría una vez superado todo el procedimiento de ratificación del acuerdo.

En ese sentido, destacó que la aplicación retroactiva del incremento del ajuste tarifario dispuesto en el punto 4.1 de la cláusula cuarta del acta acuerdo —que previó un aumento del 23 %, sobre los costos propios de distribución, los de conexión y el servicio de rehabilitación percibidos por el concesionario, a partir del 1° de noviembre de 2005— no resultaba adecuada a la finalidad establecida en la ley 25.561, ya que el régimen transitorio propuesto, como compensación económica por la situación de emergencia, apuntaba a establecerse para el futuro (fs. 240, in fine, del informe mencionado) y debía realizarse atendiendo al interés de los usuarios y a la accesibilidad de éstos al servicio (considerando 3° del decreto 1959/06).

Ponderó también que la decisión de primera instancia no afectaba el ámbito de aplicación o finalidad de la normativa del Poder Ejecutivo, toda vez que en el *sub examine* no se cuestionaban las facultades de la Administración Pública para fijar la tarifa sino la aplicación retroactiva del ajuste tarifario dispuesto, el cual había sido declarado inaplicable en aquel pronunciamiento por afectar el derecho de propiedad garantizado en el art. 17 de la Constitución Nacional.

Agregó que la empresa distribuidora había omitido efectuar las correspondientes reservas en las facturas por eventuales modificaciones o reajustes futuros, tal como lo prescribe el art. 30 bis de la ley 24.240 y sus modificatorias, en cuanto dispone que las empresas prestadoras de servicios públicos deberán expresar si existen períodos u otras deudas pendientes y que la falta de manifestación hace presumir que el usuario se encuentra al día con sus pagos y que nada adeuda a la prestadora.

Sostuvo finalmente que el Estado Nacional carecía de gravamen, por no ser el titular del crédito, para apelar lo resuelto en primera instancia. Ello, sobre la base de recalcar que en el pronunciamiento recurrido no se había declarado la ilegitimidad del acuerdo de renegociación sino la improcedencia del cobro retroactivo de conceptos ya pagados.

-II-

Disconforme con este pronunciamiento, el Estado Nacional interpuso el recurso extraordinario de fs. 371/391, que fue concedido por involucrar la interpretación del régimen tarifario de transición aprobado por el decreto 1959/06 y demás normas de carácter federal, aunque sobre la arbitrariedad y la gravedad institucional invocadas por el recurrente la cámara no se expidió (v. auto interlocutorio de fs. 418). Contra dicha resolución el Estado planteó la presente queja.

Afirma que: (i) tiene gravamen concreto y actual, pues el pronunciamiento que recurre lo priva de ejercer competencias propias de la Administración Pública, al impedirle aplicar el cargo previsto en el acta acuerdo de renegociación del contrato suscripto oportunamente con EDESUR, ratificado por el decreto 1959/06; (ii) al resolver la inaplicabilidad de tales cargos, los magistrados privaron a las normas que les dieron origen de efectos jurídicos sin haber declarado su inconstitucionalidad; (iii) no existe estado de incertidumbre que deba ser remediado por la vía de la acción declarativa deducida, toda vez que la actora al tiempo de entablarla ya tenía conocimiento de las disposiciones que lo crearon; (iv) el *a quo* soslayó examinar si existían otras vías procesales idóneas para canalizar el reclamo; (v) de las constancias de la causa surge que la actora no asumió la carga de demostrar la insuficiencia de los procesos judiciales y administrativos (art. 72 de la ley 24.065) previstos en los respectivos ordenamientos legales; (vi) se ha afectado el principio de ejecutoriedad de los actos administrativos; (vii) no hubo retroactividad en el cobro del cargo tarifario, toda vez que su creación fue precedida de un procedimiento de renegociación contractual, con participación de los usuarios en audiencias públicas; (viii) se soslayó que el acuerdo celebrado entre la UNIREN y EDESUR, para que comenzara a regir, requería del saneamiento del órgano superior competente, motivo por el cual la ratificación por parte de este último produjo la entrada en vigencia del acta desde su firma lo que le releva de explicar por qué razón la concesionaria no efectuó las reservas del caso y (ix) la cámara se expidió con exceso de jurisdicción, toda vez que la actora no reclamó que se paralizaran los efectos del decreto 1959/06 ni los de la resolución ENRE 50/07, sin embargo la sentencia tal como fue dictada provocó la inaplicabilidad práctica de sus disposiciones.

-III-

Ante todo, cabe señalar que la cámara resolvió que el Estado Nacional carecía de gravamen para apelar la sentencia de primera instancia, pues entendió que no era el titular del crédito cuya cancelación se discute, sin embargo —según surge del interlocutorio de fs. 418—, lo consideró —tácitamente— legitimado para cuestionar el alcance e interpretación del decreto 1959/06 y de otras normas federales invocadas en el recurso extraordinario *sub examine*.

Estimo que, efectivamente, la apelación extraordinaria es admisible por involucrar la interpretación de disposiciones de carácter federal y la decisión definitiva del tribunal superior de la causa ha sido adversa al derecho que el apelante fundó en ellas (art. 14, inc. 3° de la ley 48; Fallos: 325:931). Al respecto, creo oportuno recordar que en la tarea de establecer la inteligencia de las normas federales, la Corte no se encuentra limitada por las posiciones de los jueces de la causa y del recurrente, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado, según la interpretación que rectamente le otorgue.

Por otra parte, la amplitud que exige la garantía de defensa en juicio justifica que la Corte considere también los agravios referentes a la arbitrariedad del fallo, toda vez que no fueron objeto de desestimación expresa por parte del *a quo* y las deficiencias de la resolución apuntada no pueden tener por efecto restringir el derecho del recurrente (arg. de Fallos: 329:4044).

-IV-

Sentado ello, es necesario recordar que el punto 4.1 de la cláusula 4ª del acta acuerdo suscripta entre la UNIREN y EDESUR, ratificado por el decreto 1959/06 previó *"un aumento del veintitrés por ciento (23%) sobre los costos propios de distribución, los costos de contrato y el servicio de rehabilitación que percibe el concesionario a partir del 1° de noviembre de 2005"* (los subrayados son agregados). Por su parte, el punto 4.7 de la misma cláusula estableció un aumento adicional promedio del cinco por ciento (5%) sobre los costos propios de distribución percibidos por el concesionario para comenzar a regir a partir del 1° de noviembre de 2005 y hasta la entrada en vigencia de la revisión tarifaria integral. La suma de estos incrementos una vez aplicado sobre tales conceptos no podrían resultar en un aumento de tarifa

media de la distribuidora (costo propio de distribución más costo de abastecimiento) superior al quince por ciento (15%).

También cabe advertir que quedó establecido que el régimen tarifario de transición —con las modificaciones contempladas en la ley 25.561 y en la cláusula anteriormente transcripta— entraría en vigencia el primer día del mes siguiente a que el acuerdo de renegociación fuera ratificado por el Poder Ejecutivo Nacional (conf. cláusula 4ª del acta acuerdo) y que el ENRE sería la autoridad de aplicación del acta acuerdo.

En tales condiciones, el ENRE mediante resoluciones 50/07 y 51/07 aprobó los valores del cuadro tarifario de EDESUR, con vigencia a partir de la facturación correspondiente a los consumos registrados con posterioridad a la cero hora del 1° de febrero de 2007 (v. art. 1°) y autorizó a la concesionaria a aplicar a partir de esa fecha la diferencia de los cuadros tarifarios aprobados por la resolución ENRE 3/05 y el resultante de aplicar los puntos 4.1 y 4.7 del acta acuerdo indicada *"sobre los consumos devengados en el período 1° de noviembre 2005 y 30 de abril 2006, así como la diferencia de los cuadros tarifarios resultantes de aplicar los párrafos 4.2 y 4.1 y 4.7 sobre los consumos devengados desde el día 1° de mayo de 2006 y 31 de enero 2007"* (art. 2°).

Es así que el régimen tarifario de transición quedó determinado en el acta acuerdo del 15 de febrero de 2006 y el aumento tarifario dispuesto en su cláusula 4ª —según las resoluciones ENRE 50/07 y 51/07— afectarían a los consumos correspondientes a los períodos comprendidos entre el 1° de noviembre de 2005 y el 30 de abril de 2006 y el 1° de mayo 2006 y el 31 de enero de 2007, entrando a regir después de la cero hora del 1° de febrero de 2007. Por su parte, la ratificación del Poder Ejecutivo Nacional mediante el decreto 1959/06 constituyó el acto que formalizó la exigibilidad de las obligaciones previstas en el acta acuerdo.

Lo expuesto pone en evidencia que la modalidad y la fecha de aplicación del aumento tarifario surgieron por imperio del decreto 1959/06 y de las resoluciones ENRE 50/07 y 51/07 cuya inconstitucionalidad no fue declarada por el *a quo*. Así pues, según mi parecer, la decisión apelada prescinde de las normas reseñadas y no da argumentos suficientes para apartarse de lo expresamente previsto por ellas.

En tales condiciones, estimo que corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido pues el tribunal, sin que medie debate y declaración de inconstitucionalidad, prescindió inmotivadamente de aplicar las disposiciones vigentes que específicamente regulan la cuestión, contrariando de tal modo la doctrina con arreglo a la cual no resulta admisible una interpretación que equivalga a prescindir del texto legal (Fallos: 320:1793; 321:2093 y 324:1280).

-V-

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar admisible al recurso extraordinario, hacer lugar a la queja, revocar la sentencia de fs. 363/366 y devolver las actuaciones al tribunal de origen, a fin de que, por quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

Buenos Aires, 13 de febrero de 2012.

ES COPIA LAURA M. MONTI

ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

30/09/11.