Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 25 de junio de 2019.

Vistos los autos: "Distribuidora de Gas Cuyana S.A. c/ resolución 477/08 - ENARGAS (ex 11.722/07)".

Considerando:

Que esta Corte comparte los fundamentos y conclusiones del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, al que se remite en razón de brevedad.

Por ello, se declara admisible el recurso extraordinario y se confirma la sentencia apelada. Con costas. Notifíquese y, oportunamente, remítase.

CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

JUAN CARLOS MAQUEDA

RICARDO LUIS LORENZETTI

HORACIO ROSATTI

Recurso extraordinario interpuesto por **ENARGAS**, **demandada en autos**, representada por el **Dr. Agustín Luis Santanatoglia, en calidad de apoderado**, con el patrocinio del **Dr. Juan Manuel García.**

Traslado contestado por **Distribuidora de Gas Cuyana S.A., parte atora**, representada por el **Dr. Jorge Daniel Ponce.**

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal - Sala I.**

Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 438/441, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I) admitió parcialmente el recurso directo interpuesto por Distribuidora Gas Cuyana Sociedad Anónima, en los términos del art. 70 de la ley 24.076, contra la resolución I/477/08 del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), en cuanto éste dispuso que la empresa abonara a los usuarios residenciales de la ciudad de San Luis, afectados por interrupciones del servicio, el monto equivalente a un "cargo fijo por factura".

Los magistrados consideraron de modo preliminar que, al no hallarse controvertida la materialidad de la conducta reprochada, la cuestión estaba centrada en el planteo sobre violación a la garantía que veda aplicar dos sanciones por el mismo hecho (*non bis in indem*) y al principio de legalidad (*nulla poena sine lege*).

Consideraron que las normas invocadas en el último párrafo de la resolución ENARGAS I/477/08 no otorgan competencia al ente o a su interventor para imponer el pago del aludido "cargo fijo" y que tal deficiencia no podía entenderse superada por los argumentos esgrimidos en la resolución ENARGAS I/892/09 -que desestimó el recurso de reconsideración deducido contra el acto inicial-, pues la mención efectuada en ella del art. 2° de la ley 24.076 -que faculta al ente a tomar medidas tendientes a la protección del interés público- tampoco otorga a aquéllos tal competencia.

- II -

Disconforme con dicho pronunciamiento, el ENARGAS interpuso el recurso extraordinario de fs. 453/475, el que fue concedido a fs. 487.

Sostiene que: (i) la sentencia es arbitraria porque no se valoró debidamente la prueba producida durante el proceso; (ii) la sentencia excede el límite de la potestad jurisdiccional, al invadir la zona de actuación de otras esferas de poder sin causa legítima; (iii) se omitió considerar la naturaleza jurídica del cargo fijo que se impuso en el acto administrativo; (iv) es erróneo sostener que la multa y el pago equivalente a un cargo fijo son dos sanciones por un mismo hecho; (v) el pago del cargo fijo ordenado en el art. 4° del acto administrativo impugnado no es una sanción porque no está prevista como tal en el capítulo X de las Reglas Básicas de la Licencia de Distribución (RBLD); (vi) dicho cargo tampoco tuvo la finalidad de indemnizar a los usuarios afectados porque ello implicaría adoptar una decisión ajena a su competencia; (vii) dicha medida fue adoptada en salvaguarda del interés público subyacente, cuya protección le fue encomendada al ENARGAS por el art. 2° de la ley 24.076; (viii) la competencia para establecer la devolución de las sumas equivalentes a un cargo fijo a todos los usuarios afectados por la interrupción del suministro se encuentra debidamente establecida en los apartados del art. 52 de la ley 24.076 y (ix) en caso de considerarse que ello no surge de modo expreso de tal disposición debe interpretarse que la competencia para aplicar la medida impugnada se halla razonablemente implícita en ese artículo.

- III -

El recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que en autos se encuentra en discusión el alcance y la interpretación del marco regulatorio del gas, de carácter federal (ley 24.076 y las RBLD), y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria a los derechos que el apelante funda en aquél (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

Asimismo, resulta procedente tratar esta cuestión en forma conjunta con el agravio relativo a la arbitrariedad del fallo, ya que ambos aspectos guardan entre sí estrecha conexidad (Fallos: 322:3154; 323:1625, entre muchos otros).

- IV -

Conviene recordar que mediante la resolución ENARGAS I/477/08 la actora fue sancionada por haber interrumpido el suministro de gas a usuarios de la ciudad de San Luis, tras constatarse el inadecuado mantenimiento de las instalaciones por la presencia de materiales e impurezas en la red que no permitieron el normal accionar de los ramales de regulación y por la inobservancia de sus manuales de operación y mantenimiento. En consecuencia, se le aplicó una multa de pesos sesenta mil ($ 60.000) -por haber incumplido con las obligaciones contenidas en los arts. 4.2.2, 4.2.3 y 4.2.5 de las RBLD- (v. art. 1°, res. cit.) y se le ordenó también, independientemente de ello, que abonara a los usuarios afectados la suma equivalente a un "cargo fijo por factura" (v. art. 4°, res. cit.).

En primer lugar, cabe señalar que en el *sub lite* no se encuentran controvertidos los hechos que originaron las actuaciones administrativas como tampoco la multa aplicada, quedando circunscripta la cuestión a determinar si el ENARGAS, al ordenar a la empresa que pagara un "cargo fijo por factura" a los usuarios afectados, independientemente de la aplicación de la multa, infringe el principio de legalidad.

Con relación a ello, cabe recordar que en la tarea de establecer la interpretación de normas federales, la Corte no está limitada por las posiciones de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (conf. doctrina de Fallos: 323:1491 y sus citas, entre muchos otros).

Antes de entrar al tema propuesto, estimo que es menester establecer la naturaleza jurídica de la medida adoptada en el art. 4° del acto administrativo impugnado, pues el ENARGAS niega que el pago del "cargo fijo por factura" pueda tener carácter sancionatorio.

Contrariamente a lo afirmado por el apelante, considero que dicha medida se identifica claramente con el criterio adoptado por la Corte con relación a la naturaleza de las sanciones administrativas -disciplinarias o represivas-, cuya finalidad es restaurar el orden jurídico infringido, reafirmando la vigencia de la norma, para cuyo cometido es necesario herir al transgresor en su patrimonio (conf. Fallos: 324:3083, considerando 6°).

En efecto, resulta indiscutible que la medida aplicada en el art. 4° de aquel acto tiene dicho carácter tanto por su naturaleza aflictiva, pues hiere el patrimonio de la empresa al

ordenarle abonar el cargo, como por la finalidad invocada, ya que -según lo afirma el apelante en los actos impugnados- se habría adoptado "en salvaguarda del interés público subyacente", encomendado al ente por el art. 2° de la ley 24.076 (v. resolución ENARGAS I/892/09, agregada a fs. 126/137, en especial fs. 134), con el objeto de restablecer los derechos de los consumidores y propender a una mejor operación del servicio (v. también arg. del recurso extraordinario cit.).

Por ese motivo, estimo que cabe desestimar los planteos del recurrente enderezados a negar que la medida ordenada en el art. 4° del acto administrativo impugnado constituya una sanción.

Sentado lo expuesto, corresponde recordar que el art. 10. 1 del capítulo X titulado "REGIMEN DE PENALIDADES" del decreto 2255/92 anexo B, subanexo I "Reglas Básicas" (o RBLD) prevé taxativamente que por las infracciones cometidas *"la Licenciataria será pasible de ser sancionada con: a) Apercibimiento. b) Multa. c) Caducidad de la Licencia"*.

En ese contexto, tal como lo indica el ente en la resolución ENARGAS I/892/09 (v. fs. 133) y la Secretaría de Energía en su resolución 192/11 (v. fs. 226) el pago de un "cargo fijo por factura" no está contemplado como penalidad en el mencionado artículo, ni en otra disposición del capítulo citado correspondiente a las RBLD de la Distribuidora Gas Cuyana S.A.

Según lo afirmado por la Corte, para que una norma armonice con el principio de legalidad es necesario que establezca la naturaleza y límites de la pena, de modo tal que al momento de cometer la infracción su eventual autor esté en condiciones de

representarse en términos concretos la sanción con la que se lo amenaza (Fallos: 315:2101).

En ese sentido, considero que el ENARGAS al imponer el pago de dicho cargo a la demandante creó una nueva sanción no prevista en el marco regulatorio y, en consecuencia, no pudo ordenar abonarlo sin menoscabo del principio de legalidad, el cual, como se dijo, exige la preexistencia de una norma que contemple, expresamente, tal medida como condena por los hechos imputados.

A mi juicio, ello es así pues aun cuando tal tipo de medidas aplicables por el ENARGAS no participan de la naturaleza de las normas del Código Penal -ya que no se trata de penas por delitos sino de sanciones por infracción al régimen jurídico del sector- no parece constitucionalmente válido que se las aplique sin una habilitación expresa de la norma.

En efecto, V.E. tiene dicho que la garantía de "ley anterior" consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional y del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exige indisolublemente la doble precisión por la ley de los hechos punibles y de las "penas a aplicar" (Fallos: 148:430 y 237:636).

Esta exigencia no puede considerarse cumplida con el simple argumento de que los arts. 2° y 52 de la ley 24.076 autorizan al ENARGAS a aplicar este tipo de sanciones en defensa de los intereses de los consumidores, pues tales disposiciones resultan notoriamente insuficientes para habilitarlo a crear medidas correctivas que implican restricciones a los derechos y garantías de los particulares, y que denotan un apartamiento del marco regulatorio que el legislador ha impuesto para el control de los servicios públicos, en cuyo articulado no se advierte

ninguna sanción del tipo que pretende el recurrente. Concluir de manera contraria implicaría que pudiera adoptarse medidas aflictivas sin marco legal que las respalde.

Tampoco pueden tener cabida los planteos del ENARGAS efectuados en torno a la indebida intervención del Poder Judicial en cuestiones propias de la esfera administrativa, pues la circunstancia de que la Administración obrase en ejercicio de facultades discrecionales, en manera alguna puede constituir un justificativo de su conducta arbitraria y, en el caso, ilegal. Es precisamente la legitimidad -constituida por la legalidad y la razonabilidad- con que se ejercen tales facultades, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar el cumplimiento de dichas exigencias, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional (doctrina de Fallos: 307:639 y 320:2509).

Así pues, sobre la base de las consideraciones expresadas, entiendo que la actora no se encontraba compelida al pago del "cargo fijo por factura" previsto en el art. 4° de la resolución ENARGAS I/477/08.

- V -

Opino, por lo tanto, que el recurso extraordinario es formalmente admisible y que corresponde confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 26 de mayo de 2017.

ES COPIA LAURA M. MONTI

ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación