

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 24 de mayo de 2005.

Vistos los autos: "Recursos de hecho deducidos por el Ministerio de Infraestructura y Vivienda y el Ente Nacional Regulador del Gas en la causa 'Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - Ministerio de Economía y otro', por Gasnor S.A. en la causa D.7.XXXVIII. 'Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía'; por Gas Natural Ban S.A. en la causa D.17.XXXVIII. 'Defensor del Pueblo de la Nación c/ Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional - Ministerio de Economía'; por Transportadora de Gas del Norte S.A., Transportadora de Gas del Sur S.A., Dist. de Gas del Centro S.A. (centro) y de Dist. de Gas Cuyana S.A. Cuyo' en la causa D.590.XXXVII. 'Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. —P.E.N.— M.E., dto. 1738/92 y otro'".

Considerando:

Que los recursos extraordinarios del Estado Nacional y del Ente Nacional Regulador de fs. 1276/1345, y los de los terceros interesados de fs. 1077/1132, 1135/1144, 1146/-1173, 1175/1233, 1347/1373 y 1375/1402, que fueron concedidos en lo que respecta a la inteligencia de normas federales y denegados en cuanto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 1467), lo que motivó la presentación de las quejas respectivas, no se dirigen contra una sentencia definitiva o equiparable a tal (art. 14 de la ley 48).

Por ello, oído el señor Procurador General, se declaran mal concedidos los recursos extraordinarios y se rechazan las quejas deducidas. Intímese al Estado Nacional —M° de Infraestructura— y al ENARGAS, a efectuar cada uno de ellos el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de conformidad con lo previsto en la acordada 47/91 en el recurso de hecho D.10.XXXVIII. Decláranse

perdidos los depósitos: del recurso de hecho D.7.XXXVIII.
(confr. fs. 1); del recurso de hecho D.17.XXXVIII. (confr. fs.
240) y del recurso de hecho D.590.XXXVII. (confr. fs.
189/192). Notifíquese, archívense las quejas y, oportunamente,
devuélvanse. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto) -
AUGUSTO CESAR BELLUSCIO - CARLOS S. FAYT - ANTONIO BOGGIANO -
JUAN CARLOS MAQUEDA (según su voto) - E. RAUL ZAFFARONI (según
su voto) - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - RICARDO LUIS
LORENZETTI (según su voto) - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VO-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-// -TO DEL SEÑOR PRESIDENTE DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO
PETRACCHI Y DE LOS SEÑORES MINISTROS DOCTORES DON JUAN CARLOS
MAQUEDA, DON E. RAUL ZAFFARONI Y DON RICARDO LUIS LORENZETTI

Considerando:

1°) Que el Defensor del Pueblo de la Nación interpuso contra el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas, la demanda ordinaria que el Tribunal tiene a la vista y que tramita ante sus estrados en el expediente caratulado D.90.XXXVIII. "Defensor del Pueblo de la Nación c/ E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92 y otro s/ proceso de conocimiento". En el ámbito de la causa mencionada, aquel funcionario solicitó el dictado de la medida cautelar que aquí se examina, con el objeto de que no se aplique a las tarifas de gas un ajuste sobre el importe de éstas, calculado según el índice de variación del mercado internacional "Producer Price Index, Industrial Commodities" (PPI); en especial, que no se lo haga en los términos del acuerdo celebrado entre el Estado Nacional, el Ente Nacional Regulador del Gas y las licenciatarias del servicio público de transporte y distribución del gas natural, que fue plasmado en el acta acuerdo del 17 de julio de 2000 e incluido en el texto del decreto 669/00. El Defensor del Pueblo de la Nación aclaró que, "...la cautelar solicitada tiende a impedir que **automáticamente** se imponga este ajuste hasta tanto no sea verificado que el aumento anunciado...no implica, bajo pretextos y tergiversaciones aún no aclaradas, un incremento del servicio sin causa atendible" (fs. 31 vta./32) y, por esta misma razón, sostuvo que era imprescindible la celebración de una audiencia pública antes de aprobar el ajuste de las tarifas, tal como lo había recomendado dicho defensor en la resolución 817/00, que emitió el día 14 de julio de 2000 (fs. 58/61).

2°) Que la sentencia de primera instancia tras un exhaustivo examen de la cuestión debatida, hizo lugar a la medida cautelar y dispuso suspender la aplicación del decreto 669/00 (fs. 86/91), decisión que fue confirmada por la Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (fs. 1052/1060).

3°) Que para así decidir el *a quo* detalló las razones expuestas por la jueza de la instancia anterior y, en primer término, puntualizó que participaba del criterio expuesto por los jueces Belluscio y Bossert en el precedente de esta Corte "PRODELCO" (Fallos: 321:1252), en el sentido de que si bien "el control de legalidad administrativa y el control de constitucionalidad que compete a los jueces en ejercicio de su poder jurisdiccional, no lo 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, considerando 4°; 311:2128, entre muchos otros) y, menos aún, ciertamente, en la fijación o aprobación de tarifas por la prestación de servicios, 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", recordando, además, que en el presente caso no había óbice alguno para ejercer el aludido control pues, a diferencia del caso "PRODELCO", la cautelar impugnada no fue dispuesta en el ámbito de una acción de amparo sino en el de un proceso ordinario (fs. 1054 vta./1055). Relató cuál era en esencia la pretensión del Defensor del Pueblo de la Nación y cuáles sus argumentos, en los siguientes términos:

"...el Sr. Defensor del Pueblo de la Nación requiere la inconstitucionalidad del art. 41 de la ley 24.076 en cuanto autoriza un ajuste de las tarifas del gas con fundamento en un

Corte Suprema de Justicia de la Nación

sistema indexatorio y del art. 96 de dicho ordenamiento en cuanto estatuye un canon de prevalencia del aludido ordenamiento" (esta última norma prevé: "En caso de conflicto normativo entre otras leyes y la presente, prevalece esta ley").

"Solicita también, la inconstitucionalidad de los decretos 1738/92, 2255/92 y cualquier otra norma complementaria, planteando asimismo la nulidad del decreto 669/00 y del Acta del 17 de julio de 2000 incorporada como Anexo I a dicho decreto" continuó: "...como argumentos esenciales de la pretensión cautelar deducida han sido invocados la preeminencia de la ley de convertibilidad n° 23.928 y la improcedencia de un sistema indexatorio calculado mediante índices extranjeros, así como también, la falta de celebración del régimen de audiencia pública que, según la demanda, encuentra cobertura suficiente en las disposiciones contenidas en los arts. 46 y 67 de la ley 24.076" (fs. 1055).

Señaló: "Que la Sala no desconoce que en el aludido precedente "PRODELCO" la Corte Suprema de Justicia Nacional advirtió (considerando 20) que la ley 23.928 sólo estableció un régimen de convertibilidad para la moneda nacional y la prohibición de reformular su expresión económica mediante el empleo de índices que midan la variación de precios y que esta cuestión resultaba claramente ajena al eventual incremento de tarifas en la prestación de los servicios públicos...", pero, sin embargo, consideró el *a quo* que no puede olvidarse que ese criterio "...fue anudado a la circunstancia de que...el aumento sectorial de algunos rubros que componían la prestación del servicio básico telefónico tenía correspondencia en la rebaja de otros, como presupuesto del resultado neutro que debía arrojar el rebalanceo" (fs. 1056).

Añadió: "Que, de todas formas, y para lo que inte-

resa, bien se comprende que determinar si entre la ley de convertibilidad n° 23.928 y la ley n° 24.076 se presenta una hipótesis de colisión opositiva (en donde una norma deroga a la otra) o de concurso (en donde las dos normas son válidas, pero solo una es aplicable) comporta un aspecto central de la temática litigiosa planteada que deberá resolverse en el contexto de la sentencia definitiva, por lo cual sólo corresponde en este estado del proceso precisar, con la interinidad propia del proceso cautelar, la intensidad de los perjuicios suscitados a partir de la admisibilidad o inadmisibilidad de la cautela" (idem. cit. anterior).

Por último, consideró que aun cuando deban respetarse el principio de presunción de legitimidad de las decisiones administrativas y las limitaciones que supone todo control de legalidad, no podían dejarse de ponderar los siguientes datos: "...el derecho que la Constitución reformada reconoce en su art. 42 a los consumidores y usuarios de bienes y servicios; la circunstancia de que se trata en el caso de un servicio público esencial; el hecho indiscutible de que por la especial conformación económica, técnica y financiera del servicio público del cual se trata, la libertad de elección y las reglas del así llamado mercado resultan prácticamente inexistentes..., una delicada crisis económico financiera, por insuficiencia de recursos, acumulación de deuda interna y consecuencias recesivas que afecta a amplios sectores de la población (considerando 7° del decreto 669/ 2000)...", "...la dolarización de las tarifas y el seguro de cambios que ello implica como etapa preliminar a una indexación en función de la evolución de precios extraños a la economía doméstica..." y "...la eventual huída de expresas disposiciones de la ley de convertibilidad (que, por cierto, no alcanza a las restantes variables de la economía nacional y particularmente a los

Corte Suprema de Justicia de la Nación

salarios)... "Este cúmulo de razones, en el criterio del a quo, "...aconseja[ba] la suspensión precautoria de los efectos del decreto impugnado hasta tanto se pronuncie sentencia sobre el fondo de la cuestión propuesta" (fs. 1056/1056 vta.).

4°) Que contra aquel pronunciamiento, el Estado Nacional, conjuntamente con el Ente Nacional Regulador del Gas, dedujeron recurso extraordinario (fs. 1276/1345), que fue concedido en lo que respecta a la interpretación de normas federales y denegado en cuanto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 1467), lo que motivó la presentación de la queja pertinente (D.10.XXXVIII).

Por su parte, en calidad de terceros, las empresas adjudicatarias del servicio público de transporte y distribución del gas —Transportadora de Gas del Norte S.A., Transportadora de Gas del Sur S.A., Distribuidora de Gas del Centro S.A., Distribuidora de Gas Cuyana S.A. (fs. 1077/1132); Litoral Gas S.A. (fs. 1135/1144); Gasnor S.A. (fs. 1146/1173); Gas Natural Ban S.A. (fs. 1175/1233); Gasnea S.A. (fs. 1347/1373) y Metrogas S.A. (fs. 1375/1402)— dedujeron recursos extraordinarios, los que, al igual que en el caso aludido en el párrafo anterior, fueron concedidos en lo que atañe a la interpretación de normas federales y denegados en cuanto a las causales de arbitrariedad y gravedad institucional (fs. 1467). Esto motivó la interposición de las quejas que tramitan ante este Tribunal en los expedientes: "D.7.XXXVIII"; "D.17.XXXVIII" y "D.590.XXXVII".

5°) Que una conocida y reiterada jurisprudencia del Tribunal tiene establecido que las resoluciones sobre medidas cautelares, sea que las ordenen, modifiquen o levanten no revisten el carácter de sentencia definitiva, en los términos del art. 14 de la ley 48, ni en los del art. 6° de la ley

nacional 4055 (ver, entre muchos otros Fallos: 225:213; 244:147; 247:114; 262:136; 301:947; 302:347; 305:1847 y 1929; 310:681; 313:116; 318:814), pues como fue señalado en un antiguo precedente de esta Corte, "...tratándose de abrir una tercera instancia, el legislador sólo la autoriza respecto a las sentencias definitivas y por tales se entienden las que dirimen la controversia poniendo fin al pleito, o haciendo imposible su continuación, o sea, como lo expresaba la ley de Partidas, aquella 'que quiere tanto dezir como juzio acabado que da en la demanda principal fin, quitando o condenando al demandado' (ley 2, *in fine*, Título 22, Partida 3)" —Fallos: 137:352—. También es oportuno recordar que la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencias o de agravios constitucionales —al atacar la aludida clase de decisiones— no suple la falta del mencionado requisito de sentencia definitiva (doctrina de Fallos: 305:1929; 306:224; 307:2281; 308:62, 135 y 2068; 311:1670; 312:1891, 2150 y 2348, entre otros), más allá del acierto o del error atribuibles a los fundamentos de su adopción.

Cierto es que, la regla mencionada reconoce excepciones cuando la medida ordenada causa un gravamen que, por su magnitud y circunstancias de hecho puede ser de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior (vgr. Fallos: 236:156; 251:162; 257:301; 313:279; 314:1202 y 1968; 319:2325; 325:1784, entre muchos otros). En efecto, esta Corte comenzó a dispensar excepcionalmente el cumplimiento del recaudo de sentencia definitiva, en una antigua línea de precedentes ligada a juicios de apremio, los que —por vía de principio— permitirían revisar lo decidido en el juicio ordinario posterior, excepto en los casos en que se resolvían aspectos que no podían ser abordados útilmente en dicho juicio posterior, sea por la irreparabilidad del perjuicio o por compren-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

der "puntos de interés institucional" o "razones institucionales" (doctrina de Fallos: 245:18 y 143), situaciones que más tarde dieron origen, definitivamente, a la llamada "gravidad institucional" (ver Fallos: 247:601 y el conocido precedente "Jorge Antonio" registrado en Fallos: 248:189). Así, dichas excepciones fueron consagradas ya en el año 1903 en el caso "Banco Hipotecario Nacional en autos Fiscal de la Provincia de San Juan c/ José Antonio Sarmiento" (Fallos: 98:309) y continuaron en una larga serie de casos entre los que cabe mencionar a los siguientes: en el año 1938, "Municipalidad de La Banda c/ Ferrocarril Central Argentino s/ cobro de pesos" (Fallos: 182:293); en el año 1940, "Dirección General del Impuesto a los Réditos c/ Enrique Baldantoni" (Fallos: 187:637); en el año 1942, "Provincia de Santiago del Estero c/ Modesto González" (Fallos: 194:191); en el año 1943, "Dirección General del Impuesto a los Réditos c/ Antonio Crespo" (Fallos: 197:426); en el año 1958, doctrina *in re*: "Agua y Energía Eléctrica c/ Víctor Hugo Pellegrini" (Fallos: 240:171) y en el año 1967, en el caso "Administración General de Obras Sanitarias de la Nación c/ Cervecería y Maltería Quilmes S.A." (Fallos: 268:126).

Sin embargo, debe resaltarse que se ha exigido que la irreparabilidad de dicho gravamen sea acreditado en la causa, sin que resulte suficiente la mera cita de aquél para que se produzca la equiparación a sentencia definitiva del auto impugnado (caso "Ingenio Río Grande", Fallos: 276:366; caso "Banco Regional del Norte", Fallos: 304:694; caso "Levene", Fallos: 307:630; caso "Rivas", Fallos: 310:681).

6°) Que, en consecuencia, cabe examinar si los recurrentes han cumplido con la carga mencionada precedentemente —lo cual hará el Tribunal dando respuesta a partir del considerando siguiente a cada una de las presentaciones de las

partes—, sin perder de vista que existen, al menos, dos órdenes de razones que habilitan a exigir en el caso una exhaustiva y peculiar demostración de la irreparabilidad del gravamen.

En efecto, en primer lugar, es pertinente recordar que el ajuste de tarifas que la medida cautelar ordena suspender, **no atañe a toda clase de recomposición de aquéllas**, sino a una modalidad específica de las autorizadas por el sistema normativo, esto es, se refiere únicamente al ajuste semestral que se realiza tomando en cuenta un indicador del mercado internacional (el Índice de Precios del Productor - Bienes Industriales de los Estados Unidos de Norteamérica - PPI -) —ver art. 41 de la ley 24.076 y anexo A, subanexo I, punto 9.4.1.1., del decreto 2255/92—. Por lo tanto, quedan fuera del alcance de aquella medida, otros modos de ajuste de las tarifas, que pueden obedecer a eventuales aumentos del precio del gas en el sector productivo, o bien, a diversas circunstancias, a saber: la revisión quinquenal que efectúa el Ente Nacional Regulador del Gas (art. 42, ley 24.076 y anexo A, subanexo I, punto 9.3.b, del decreto 2255/92); el ajuste que obedezca a cambios en las normas tributarias (art. 41, ley 24.076 y anexo A, subanexo I, punto 9.3.c del decreto 2255/92) o las modificaciones que deriven de "circunstancias objetivas y justificadas" a las que se refiere el art. 46 de la ley 24.076 y el anexo A, subanexo I, punto 9.3.c del decreto 2255/92, aspectos todos éstos que son ajenos al debate de esta *litis*.

En segundo lugar, en tanto el núcleo del cuestionamiento que se ha realizado en relación a la aplicación de un ajuste basado en el llamado "PPI", ha sido, en esencia, la evolución excesiva de dicho indicador internacional en relación a un escenario de "deflación" que presentaba la economía

Corte Suprema de Justicia de la Nación

interna, es imperiosa una detallada demostración que brinde al Tribunal los elementos para concluir que la no aplicación de dicho ajuste —con más los intereses que se adicionaron por el período en que se pactó diferir su aplicación— provoca a los apelantes un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior.

7°) Que en cuanto al recaudo que se analiza —equi-paración del pronunciamiento apelado a una sentencia definitiva por causar un gravamen de imposible reparación ulterior— el recurso extraordinario de fs. 1077/1132, interpuesto por Transportadora de Gas del Norte S.A., Transportadora de Gas del Sur S.A., Distribuidora de Gas del Centro S.A. y Distribuidora de Gas Cuyana S.A., pese a su extensión y abundancia de citas jurisprudenciales, aborda el punto de un modo por demás escueto y genérico sin precisar cuál es el perjuicio concreto, palpable y no conjetural que irroga a los apelantes la medida decretada (ver fs. 1125 vta. y 1126/1126 vta.). Basta con repasar lo manifestado por aquéllos para advertir la señalada deficiencia, pues se han limitado a expresar lo siguiente:

"Si computamos el tiempo normal que la tramitación de este recurso extraordinario puede insumir, más el que luego debe invertirse en el resto del proceso (ordinario) a lo largo de todas sus instancias, es más que razonable suponer que este juicio no tendrá sentencia definitiva aún, al momento en que finalice el segundo proceso quinquenal de revisión de tarifas" (este segundo proceso quinquenal al que los apelantes se refieren es el que debió cumplirse en el mes de junio de 2002). Continúan: "quiere decir que antes de que sepamos si las normas que regulan y aplican el PPI son constitucionales o no, la cuestión puede haber perdido todo interés pues tendremos una nueva tarifa, que quizás posea un sistema de

ajuste semestral diferente y así la cuestión se habrá tornado abstracta". "El resultado de ello será que la deuda acumulada por las empresas licenciatarias desde enero de 2000 hasta la revisión del segundo quinquenio, será un pasivo que deberán soportar de hecho, pues no llegará a producirse una sentencia que resuelva en definitiva el problema de fondo planteado...", acotando que, dada su condición de terceros en esta medida cautelar "...sin haber tomado participación aún como tales en el expediente principal y sin saber si tal condición nos será concedida...", es esta la instancia final para la defensa de sus derechos(fs. 1126/1126 vta.).

A esta imprecisa manifestación, se suma un hecho que no puede ser obviado, esto es, lo expresado en el escrito de fs. 328/359, mediante el cual —con la firma de tres de los letrados que suscriben el recurso extraordinario que se examina—, las transportadoras de gas aquí recurrentes apelaron la decisión de primera instancia. En efecto, en dicha presentación, lejos de acreditarse el gravamen irreparable, se muestra la endeblez que en este aspecto exhibe la argumentación. Su transcripción será más clara que el relato:

"A mayor abundamiento, si consideramos al usuario residencial promedio de Gas Natural BAN, que (por diversidad de condiciones socioeconómicas en el área de la concesión) es de los más representativos, y a quien además (en razón de la distancia de transporte desde la cuenca) se le aplican las tarifas más elevadas, la aplicación del acuerdo del 17.7.00 y del Decreto 669/00, le significa un aumento de 70 centavos por mes, es decir, de \$ 8,40 por año. Véase el cuadro que figura en Anexo 5" (fs. 358 vta., argumento que es reiterado a fs. 869/869 vta. al expresar agravios en representación de las empresas distribuidoras). En consecuencia, si se trata de un aumento que según las expresiones de los apelantes es de poca

Corte Suprema de Justicia de la Nación

monta o de escaso valor visto desde la perspectiva de los usuarios, es razonable exigir que sea demostrado —y no se lo hizo— que, pese a tener esa calidad, su no aplicación representa para las empresas licenciatarias, concretamente, graves pérdidas, afecta la rentabilidad razonable a la que alude el art. 38 de la ley 24.076, o bien, constituye una seria afectación en la prestación del servicio de gas. Nada de esto ha sido alegado y menos aún acreditado.

8°) Que ante lo señalado precedentemente, no mejora la postura de los apelantes que presentaron el escrito de fs. 1077/1132, el simple listado de casos en los que la Corte, en materia de decisiones cautelares, consideró cumplido el recaudo de sentencia definitiva o equiparable a tal (ver fs. 1120 vta./1125 vta.); menos aún, produce tal mejora, la mención del precedente "Astilleros Alianza" de Fallos: 314:1202 —al que los apelantes consideran como "un caso paradigmático"—, puesto que basta con recordar la disparidad de antecedentes fácticos allí tratados y los aquí examinados (se trataba de una medida de no innovar que suspendió la construcción de un puente a realizarse sobre el Riachuelo y que correspondía a la traza de la autopista La Plata-Buenos Aires), para concluir que no puede pretenderse una automática extrapolación de la solución adoptada en ese precedente.

9°) Que por último, con respecto al argumento expuesto en el recurso de fs. 1077/1132 que se examina, en el sentido de que en el presente caso se presenta un supuesto de gravedad institucional que permitiría morigerar los recaudos formales del recurso extraordinario —entre ellos el de sentencia definitiva—, corresponde recordar lo expresado por el señor Procurador General en ocasión de dictaminar en la causa "Defensor del Pueblo de la Nación" Fallos: 321:1187).

Allí se dijo que: "En primer lugar, es menester

señalar que, de los diversos criterios y alcances con que la jurisprudencia de la Corte Suprema hizo uso de la pauta valorativa de la gravedad institucional como medio para admitir el recurso extraordinario, es posible reconocer, como principio, que el Tribunal ha entendido aludir a aquellas situaciones que exceden el interés de las partes y atañen al de la Comunidad (Fallos: 286:257; 290:266; 306:480; 307:770, 919) o cuando están en juego instituciones básicas de la Nación (Fallos: 307:973), o la buena marcha de las instituciones (Fallos: 300:417; 303:1034), o cuando la cuestión incide en la prestación de un servicio público (Fallos: 308:1230), o cuando lo decidido tiene entidad suficiente para incidir en la percepción de la renta pública, circunstancia que releva *prima facie* un factor de retardo y perturbación en el desarrollo de la política económica del Estado, con menoscabo de los intereses de la comunidad (Fallos: 313:1420; 314:258; 316:2922 y 318:2431)".

Se agregó que: "Es cierto que, expresiones como las aludidas precedentemente, no se hallan exentas de una zona de penumbra que caracteriza tanto al lenguaje jurídico como a los lenguajes naturales y que adolecen así —actual o potencialmente— de vaguedad". "Sin embargo, cabe aceptar —en términos amplios— que la expresión gravedad institucional alude a las organizaciones fundamentales del Estado, Nación o Sociedad, que constituyen su basamento, y que se verían afectadas o perturbadas en los supuestos en que se invoca; y que igualmente la Corte Suprema, para conservar nuestro sistema institucional y mantener la supremacía de la Constitución Nacional, se...[encuentra] habilitada por el orden jurídico para seleccionar los problemas que por la trascendencia de los intereses que afectan no pueden escapar a su control constitucional mediante la alegación de obstáculos de índole

Corte Suprema de Justicia de la Nación

formal o procesal" (ver dictamen del señor Procurador General en Fallos: 321:1187).

En consecuencia, más allá de la inevitable apreciación discrecional que supone considerar que un caso sometido a decisión de la Corte debe ser incluido en un supuesto de gravedad institucional, lo que siempre ha requerido el Tribunal y tiene establecido en su jurisprudencia es que no basta la mera invocación por parte del apelante de la gravedad institucional, sino que tal argumento debe ser objeto de un "serio y concreto razonamiento que demuestre de manera indudable la concurrencia de aquella circunstancia" (Fallos: 303:221, 759, 926 y 1923; 305:1920; 306:1074, entre otros), de manera tal que no se adecuan a este estándar las simples alegaciones relativas a: que se trata de "...un servicio esencial y que toda la industria está comprometida en esta causa"; que la decisión "...impactará sobre el universo íntegro de usuarios del gas...", "la jerarquía de las partes" y de las normas en juego, o "la suma de dinero que representa la no aplicación del PPI" (aunque nada se ha expuesto sobre este tópico en el recurso) ni, finalmente, el hecho de que se pretenda derivar de la suerte de esta medida cautelar, un caso testigo para los inversores extranjeros (fs. 1130/1131).

10) Que en cuanto al recurso extraordinario presentado por Litoral Gas S.A. (fs. 1135/1144) no cumple con la acreditación de un gravamen irreparable en los términos señalados en la presente, pues aún cuando es cierto el postulado de que las medidas cautelares se desnaturalizan en los supuestos en que existe una "desmesurada extensión temporal", ello no releva al apelante de acreditar dicho gravamen, respecto del cual, es por demás escasa la dogmática afirmación acerca de la "...magnitud del perjuicio económico en cuestión" (fs. 1138); la relativa a que la medida impugnada al poner en

duda la legalidad y la legitimidad del accionar estatal produce "...perjuicios mediatos e inmediatos a todos los integrantes de la sociedad, tanto en las relaciones individuales, como en las relaciones institucionales. Todos estos perjuicios sin duda, con un claro contenido económico" (fs. 1139), o la referente a que "...la gravedad institucional que genera el fallo tiene consecuencias económicas y de gobernabilidad (...) visibles por lo que nuestra parte cree no es necesario probar ninguno de los extremos precedentemente manifestados" (fs. 1139 vta.).

Por su parte, el recurso extraordinario presentado por Gasnor S.A. (fs. 1146/1173), presenta defectos similares a los reseñados en el párrafo anterior. Así, es cierto y palpable que la medida cautelar ha sido dictada en un proceso ordinario, cuya conclusión —razonablemente— puede suponerse que insumirá una extensa tramitación. Lo que no es nítido y el apelante debe demostrar, esto es, no sólo mencionar como lo hace (en especial si se tiene en cuenta lo señalado en el considerando 6° de la presente) es que esta situación produce indudablemente —como lo alega— "...efectos...devastadores en términos financieros y económicos por la cuantía de los montos que la licenciataria dejará de percibir [cuantía que ni siquiera se hace saber al Tribunal] y que habían computado tanto ella como sus acreedores para la salud y continuidad de las actividades a su cargo", o bien, que se está en presencia de una "...auténtica condena anticipada que no es susceptible de ser remediada en forma eficaz y útil con la espera de la sentencia definitiva que resuelva el fondo de la cuestión" (fs. 1156). En este contexto, se desvanecen las alegaciones referentes a que se configura en el caso un supuesto de gravedad institucional en tanto "...lo decidido excede el interés de las partes y atañe también al de la comunidad" y produce

Corte Suprema de Justicia de la Nación

una "...perturbación de servicios públicos" (fs. 1157 vta. y 1158/1158 vta.), por lo que resulta aplicable lo expuesto en los considerandos 5°, 6° y 9° de la presente.

Finalmente, el recurso extraordinario presentado por Gas Natural Ban S.A. (fs. 1175/1233), pese al anticipo de que explicaría cuál es el agravio irreparable que torna a la medida impugnada en una decisión equiparable a la sentencia definitiva (fs. 1195, último párrafo) —tras evaluar hipótesis acerca de la suerte que puede correr la decisión sobre el fondo del asunto y sus eventuales consecuencias (fs. 1227/1227 vta.)— se limita a aseverar que la imposibilidad de aplicar el decreto 669/00, "...determinaría en cualquier caso la falta de flujo de fondos para Gas Natural Ban S.A., teniendo como lógica consecuencia una baja en la calidad del servicio, perjudicando de este modo a los usuarios" (fs. 1228), o que, la privación durante todo el proceso de "varios millones de dólares" implicará "...que ya no podrán cumplir con el régimen pactado de la licencia...[o], en su caso, quedarán obligadas a endeudarse para sostener...[sus] planes de inversión..." (fs. 1231 vta.). En consecuencia, tal como ha sido señalado en el caso del recurso extraordinario examinado en el segundo párrafo de este considerando, la ausencia de demostración del concreto gravamen irreparable resta entidad a las simples manifestaciones en el sentido de que el caso configura un supuesto de gravedad institucional puesto que la medida decretada causará "...graves perjuicios al país...al repercutir negativamente en la confianza de los inversores extranjeros y valoración respecto de la seguridad jurídica existente en la República Argentina" (fs. 1230); provocará una "...seria y considerable perturbación a servicios públicos nacionales y...[afectará] su expedita prestación" (fs. 1231), alegaciones que, además, no se ajustan a lo requerido por la

jurisprudencia del Tribunal, según lo que se lleva expresado hasta aquí (ver en especial, considerandos 5°; 6° y 9° de la presente).

11) Que en cuanto a los recursos de fs. 1347/1373 y fs. 1375/1402, interpuestos en representación de Gasnea S.A. y Metrogas S.A., respectivamente —cuyos textos son idénticos— las manifestaciones en torno a la existencia de un gravamen irreparable y a la configuración de un supuesto de gravedad institucional (fs. 1347 bis vta. 1348 y 1376 vta./1377) no reúnen las condiciones mínimas de desarrollo para ser consideradas por el Tribunal, de acuerdo con lo expresado en los considerandos 5°, 6° y 9° de esta decisión.

12) Que, finalmente, corresponde tratar el recurso extraordinario interpuesto conjuntamente por el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas a fs. 1276/1345, presentación en la que se sostiene que el pronunciamiento impugnado, al ocasionar perjuicios irreparables, debe ser equiparado a una sentencia definitiva. Esta aseveración se basó en el hecho de que lo decidido "...impide que el Estado Nacional como gestor del bien común, adopte medidas urgentes en materia de servicios públicos: suspender previo acuerdo con las licenciatarias, los ajustes de tarifas con la finalidad de reducir el impacto económico que ello produciría en la sociedad" (fs. 1283); "...se presenta como una indebida interferencia del poder judicial sobre la zona de reserva del Poder Ejecutivo en materia tarifaria" (fs. 1283 vta.); "...desvía y desnaturaliza la finalidad política, social y económica querida por el Poder Ejecutivo Nacional al momento del dictado del Decreto N° 669/2000. En efecto, el fin tenido en miras por el Decreto mencionado fue...mitigar el impacto económico que el incremento tarifario produciría sobre los usuarios...Sin embargo la medida cautelar suspensiva de los

Corte Suprema de Justicia de la Nación

efectos del Decreto N° 669/2000,...tuvo la curiosa virtud de beneficiar a las empresas licenciatarias..." quienes —por haberse suspendido la aplicación de aquel decreto— "...pidieron ante el Ente Regulador la efectiva aplicación de los ajustes tarifarios que el Decreto N° 669/00 había diferido" (fs. 1283 vta./1284) y, por último, excede el interés individual comprometiendo el de la comunidad toda, por lo cual constituye un supuesto de gravedad institucional (fs. 1285/1285 vta. y 1288).

Lo contundente de estas afirmaciones no impide ver que su consistencia es sólo aparente. En efecto, los pronunciamientos de las instancias anteriores en modo alguno impiden adoptar medidas urgentes que consistan en suspender ajustes tarifarios con el objeto de mitigar el impacto económico de aquéllos; antes bien, lo que fue rechazado es que en la fijación de esa política —atribución propia de la administración, según reiteradamente lo ha aceptado esta Corte en Fallos: 308:2246; 311:2128; "Provincia de Entre Ríos", (Fallos: 323:1825)— no se contemplaran los derechos de todos quienes serían alcanzados por aquélla (esto es, el Estado Nacional, los organismos de aplicación, las empresas prestadoras del servicio público de transporte y distribución del gas natural y **también los usuarios**), derechos que, por lo demás, se consideraron reconocidos en normas de igual rango (ley 24.076 y sus decretos reglamentarios) o de rango superior (art. 42 de la Constitución Nacional) a las disposiciones que regularon la fijación de las tarifas y sus ajustes. Dicho del modo más claro posible, al efectuar el control de legalidad y el de constitucionalidad que compete a los jueces, éstos juzgaron que era reprochable —sin que corresponda en este examen preliminar de los recaudos formales del recurso emitir opinión

sobre el acierto o error de esa decisión— que, sin participación alguna de los usuarios, se haya suscripto un acuerdo entre las autoridades nacionales y las empresas licenciatarias (ver acta acuerdo del 17 de julio de 2000 y el proyecto de decreto presentado que, posteriormente, constituyó el texto del decreto 669/00) mediante el cual se ideó un mecanismo *ad-hoc* que —aunque reconoció la situación de crisis económica y financiera que atravesaba el país y el impacto negativo que en la sociedad produciría un incremento de las tarifas— tuvo como consecuencia, por una parte, aplicar en lo inmediato, a partir del 1° de julio de 2000, el ajuste ("PPI") correspondiente al mes de enero del mismo año que había sido diferido, con más los intereses que bilateralmente se pactaron y, por la otra, si bien se difirió la aplicación a las tarifas de dicho ajuste entre el 1° de julio de 2000 y el 30 de junio de 2002, se previó la creación de un "Fondo de Estabilización" para su recupero y posterior traslado a las tarifas, incluyendo también el interés que las partes concordaron.

En especial, debe señalarse que no se desconoce el ejercicio de atribuciones y la aplicación de criterios que son de resorte exclusivo de la administración, si se repara en el hecho de que la suspensión del ajuste fue ponderada como razonable en tanto no fuera convocada una audiencia pública (ver fs. 90 vta./91 y lo expresado por el Defensor del Pueblo de la Nación a fs. 592) y, si bien es cierto que, en el criterio de los apelantes dicha audiencia no debe ser convocada porque no se trata de uno de los supuestos que la ley 24.076 exige taxativamente —aspecto sobre el cual no se abre juicio—, aquéllos sí han reconocido expresamente en la causa que es necesario "**...algún procedimiento previo de participación de los usuarios...**" —lo que en el caso no ocurrió— y que

Corte Suprema de Justicia de la Nación

"...la determinación del mecanismo más idóneo corresponde a las competencias exclusivas y excluyentes de la Administración" (fs. 454/454 vta.). Basta, entonces, con observar la ausencia de todo ámbito de participación de los usuarios que los apelantes admiten como necesaria, para restar virtualidad a lo afirmado en el sentido de que hubo una "...indebida interferencia del poder judicial sobre la zona de reserva del Poder Ejecutivo..." (fs. 1283 vta.), zona de reserva que, por lo demás, se mantiene actualmente incólume, en especial, si se repara en las facultades que la ley de emergencia pública le confirió al Poder Ejecutivo Nacional en materia de renegociación de los contratos de servicios públicos (ver arts. 8° y 9° de la ley 25.561). Por otra parte, sustentar el gravamen irreparable en el hecho de que se ha desviado la finalidad del decreto 669/00, porque 'suspender' los efectos de dicho decreto implica 'suspender el diferimiento de ajustes' y, por lo tanto, beneficiar a las licenciatarias —quienes se habrían presentado al ENARGAS solicitando la aplicación de los ajustes diferidos—, importa apearse a una literalidad un tanto impropia. En efecto, —con independencia de que toda obscuridad de un pronunciamiento debe ser subsanada mediante la vía del art. 166 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y de la extensión que la Administración le otorgue a la decisión impugnada al resolver aquellas presentaciones— los contenidos de las sentencias de las instancias inferiores revelan con claridad que la protección cautelar otorgada tuvo por finalidad enervar los "efectos" del decreto 669/00, en tanto en esa norma se establecieron mecanismos de ajustes de las tarifas que, en el criterio de los jueces, *prima facie*, eran inaceptables, de manera tal que no se advierte el "beneficio" que para las empresas licenciatarias representa el decisorio,

lo cual se ve corroborado por los recursos que en esta causa han sido interpuestos por aquéllas. En consecuencia, no ha quedado debidamente acreditada la irreparabilidad del gravamen ni el supuesto de gravedad institucional que los apelantes aducen (ver, lo expresado en los considerandos 5°, 6° y 9° de la presente).

Con especial referencia a esta última cuestión, es importante señalar que, al momento de emitir este fallo el Tribunal no puede desconocer que el Poder Ejecutivo Nacional ha dictado varias normas administrativas, las que —si bien exceden en cuanto a su contenido el asunto propuesto en esta causa— claramente ponen en evidencia la imposibilidad de argüir un peligro o perturbación en la correcta prestación del servicio público de gas pues, precisamente, aquellas normas autorizaron ajustes o readecuaciones de las tarifas —en forma transitoria y hasta tanto concluya el proceso de renegociación de los contratos de obras y servicios públicos—, con el objeto de "garantizar a los usuarios la continuidad, la calidad y la seguridad" de dichos servicios (ver, vgr., los decretos 2437/02; 120/03; 146/03 y lo expresado en sus considerandos).

13) Que, por lo expuesto, no es posible equiparar a sentencia definitiva, a los efectos del recurso extraordinario federal, el pronunciamiento cuestionado en este caso, sin que, por las razones precedentemente desarrolladas, ello implique abrir juicio acerca del acierto o del error de la decisión impugnada.

Por ello, oído el señor Procurador General, se declaran improcedentes los recursos extraordinarios interpuestos y se rechazan las quejas deducidas. Intímese al Estado Nacional y al ENARGAS a efectuar, cada uno de ellos 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

D. 89. XXXVIII.
D. 10. XXXVIII. y otros.
RECURSOS DE HECHO
Defensor del Pueblo de la Nación - incidente
med. c/ E.N. -P.E.N.- M° E. - dto. 1738/92
y otros/ proceso de conocimiento.

Corte Suprema de Justicia de la Nación

prescripto en la acordada 47/91. Decláranse perdidos los depósitos de los recursos de hecho D.7.XXXVIII (confr. fs. 1); del D.17.XXXVIII. (confr. fs. 240); y del D.590.XXXVII. (confr. 189/192), se ordena el archivo de éstos. Con costas. Notifíquese y oportunamente devuélvase. ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - RICARDO LUIS LORENZETTI.

ES COPIA

Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. **Yolanda Mirta Eggink**, en representación del **Ministerio de Infraestructura y Vivienda** y el Dr. **Oswaldo Felipe Pitrau** en representación del **Ente Regulador del Gas (ENARGAS)**, ambos con el patrocinio letrado del **Procurador del Tesoro de la Nación Dr. Ernesto Alberto Marcer**
Recurso extraordinario interpuesto por **Transportadora de Gas del Norte S.A. (T.G.N.); Transportadora de Gas del Sur S.A. (T.G.S.); Distribuidora de Gas del Centro y Distribuidora de Gas Cuyana S.A.**, representados por los Dres. **Marcelo Bricchetto Cristian Dougall y Pablo Clusellas**, respectivamente y patrocinados por los Dres. **Alberto B, Bianchi y Ricardo Mihura Estrada**
Recurso extraordinario interpuesto por **Litoral Gas S.A.**, representada por los Dres. **Juan P. Dirienzo y Adrián de Sosa**
Recurso extraordinario interpuesto por **Gasnor S.A.**, representado por el Dr. **Ignacio Padualskis Simkus**, patrocinado pro el Dr. **Carlos H. Franco**
Recurso extraordinario interpuesto por **Gas Natural Ban S.A.**, representado por el Dr. **Gabriel E. M. Wilkinson**, patrocinado por el Dr. **Carlos Azubiar y Miguel A. M. Teson**
Recurso extraordinario interpuesto por el Dr. **José Alejandro Lucero** en representación de **GASNEA**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Juan Carlos Cassagne y Máximo Julio Fonrouge**
Recurso extraordinario interpuesto por la Dra. **Magdalena González Garaño**, en nombre y representación de **METROGAS S.A.**, con el patrocinio letrado de los Dres. **Juan Carlos Cassagne y Máximo Julio Fonrouge**.
Contesta el traslado el Defensor del Pueblo de la Nación Dr. **Eduardo Mondino**, con el patrocinio letrado del Dr. **Daniel J. Bugallo Olano**.
Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V**
Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 8**