

Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

JUZGADO FEDERAL DE NEUQUEN 1

FGR 14807/2016

Neuquén, 25 de agosto de 2016

VISTOS Y CONSIDERANDO: Para resolver sobre la admisibilidad de la acción colectiva de amparo articulada y además, sobre la medida cautelar pedida por el Sr. Raúl Eduardo Godoy -invocando su condición de Diputado Provincial- en los presentes caratulados: **"GODOY, RAUL EDUARDO C/ ENTE NACIONAL DE REGULACION DE GAS (ENARGAS) y OTRO S/ AMPARO LEY 16.986"** (Expte. N° FGR 14807/2016); comparece el Sr. Raúl Eduardo Godoy en su calidad de Diputado Provincial del Bloque PTS-Frente Izquierda y de los Trabajadores, a iniciar acción de amparo individual y colectivo -invocando la representación de todos los usuarios de esta provincia-, contra el Ente Nacional de Regulación de Gas (ENARGAS) y el Estado Nacional, Ministerio de Energía y Minería de la Nación, con el objeto de que se declare la nulidad del art. 3° de la Resolución 3953/16 ENARGAS y se disponga que también se realice en esta Provincia la audiencia pública fijada por la norma citada.

Solicitó que en forma cautelar se ordene al ENARGAS y al ESTADO NACIONAL que *"...no se dé por cumplido lo establecido en el Artículo 52 inciso I) de la Ley n° 24.076 hasta tanto se convoque a audiencia pública en la provincia de Neuquén..."*.

Explicó que la implementación del nuevo cuadro tarifario establecido mediante las resoluciones n°28/2016 y 31/2016 del Ministerio demandado causó un enorme impacto económico en gran parte de la población y motivó que se iniciaran una multiplicidad de causas en todo el país cuestionando la validez de esta normativa en tanto no se habrían llevado adelante las audiencias públicas necesarias al efecto según lo disponen la ley 24.076, la res. 3158/2005 ENARGAS y el Dec. 1172/2003 y acusando por otro lado, de irrazonables los aumentos estipulados por estas normas.

Ello motivó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmara parcialmente la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Federal de Apelaciones de La Plata en

T
V
I
S
T
O
S

n



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

los autos "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo" en la que se declaró la nulidad de dichas normas ante la omisión de convocar, previo a su dictado a una audiencia pública.

En ese contexto, afirma que el Ministerio de Energía y Minería de la Nación encomendó al ENARGAS que convoque a una audiencia pública, lo que fue dispuesto por este organismo mediante la Resolución n° 3953/2016 en la que se fija en el art. 3° que la misma será llevada a cabo el día lunes 12 de septiembre de 2016 a las 9 horas en la Usina del Arte ubicada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Considera que el hecho de que la audiencia pública se lleve a cabo únicamente en esa ciudad provoca una desigualdad y discriminación manifiestas para los usuarios de las provincias del interior del país, quienes por la distancia ser verán impedidos de participar, sin que los medios alternativos previstos para la intervención sean suficientes para garantizarla.

Sostiene así que el uso de "Skype" u otras formas análogas de comunicación desnaturaliza la audiencia, considerando que la única manera de asegurar la efectiva participación ciudadana es la celebración de distintas audiencias en el interior del país, y en particular, en esta Provincia de Neuquén.

Llegados estos autos a despacho para resolver, corresponde considerar en primer término la ampliación de la legitimación activa que escuetamente solicita el Sr. Godoy, quien pretende atribuirse la representación de todos los habitantes de la provincia del Neuquén.

Sabido es que el amparo colectivo, cuando recae sobre derechos individuales homogéneos, puede ser promovido por el mismo afectado, legitimación esta última que el presentante ostentaría en su alegada calidad de ciudadano y de usuario de gas.

Pero como lo señaló con claridad la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "**Halabi, Ernesto v. Estado Nacional**" (24/02/2009), la admisión formal de toda acción

T
V
I
C
I
F
O
S



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

colectiva requiere verificar la idoneidad de quien pretenda asumir esa representación.

En "*Postulación de pretensiones colectivas a la luz de la reciente Acordada de la Corte Suprema*" (Publicado en: LA LEY 18/05/2016, 1), Francisco Verbic y Matías Sucunza exponen que quien procura asumir la representación colectiva debe explicar en la demanda por qué, además de legitimados "en abstracto" (esto es, por una mera habilitación constitucional o legal), son, en el caso concreto, representantes adecuados del grupo que buscan defender. En ese sentido, el Reglamento de actuación aprobado por la CSJN en su Acordada 12/2016 prevé expresamente este recaudo al exigir en su apartado II (en tanto requisito común a todo proceso colectivo) "justificar la adecuada representación del colectivo".

Se trata, señalan los autores, de un requisito que encuentra sus fuentes en el régimen de acciones de clase del derecho federal estadounidense (Regla Federal de Procedimiento Civil 23(a) 4)). El mismo fue reconocido por la Corte en "Halabi" como una de las "pautas adjetivas mínimas" que deben regular la materia (considerando 20°). Ello obedece, sin dudas, al carácter excepcional de este tipo de procesos. El tribunal se refirió al requisito en cuestión como "la idoneidad de quien pretenda asumir su representación [la del grupo]" y ratificó sistemáticamente la necesidad de su control y supervisión en los distintos fallos que siguieron esa línea jurisprudencial.

La exigencia tiene origen en las graves consecuencias que para los afectados provoca la expansión de la cosa juzgada de lo que en este proceso se resuelva, lo que demanda que solo se autorice a optar por esta vía a quien garantice a los interesados una adecuada y responsable defensa de sus derechos.

En el caso en examen, el Sr. Godoy no ha fundado el motivo por el cual podría constituirse como representante de la clase ni de dónde deriva su idoneidad para hacerlo, entendiendo tácitamente que ella deriva de su condición de Diputado Provincial. Estimo sin embargo que tal condición no

T
V
I
C
I
F
O
S

n



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

lo habilita para asumir sin más, sin ninguna otra fundamentación, la defensa judicial de los afectados por una alegada omisión del Poder Ejecutivo Nacional y del Ente Nacional Regulador del Gas, en convocar en el ámbito territorial de Neuquén a una audiencia pública en la que los vecinos de Neuquén puedan exponer su posición sobre un ajuste tarifario de servicios públicos de regulación federal.

No estimo así justificado uno de los extremos que la autorización del proceso colectivo requiere.

Tampoco se ha demostrado que en el caso, el ejercicio individual de la acción no aparezca plenamente posible en atención a la entidad de las cuestiones planteadas, circunstancia que, conforme lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en "Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo" (Sentencia del 18/08/2016. Publicado en: La Ley Online, Cita online: AR/JUR/52079/2016) *"...impide tener por corroborada, con una certeza mínima, que se encuentre comprometida la garantía de acceso a la justicia que... resulta necesaria para habilitar la vía intentada"*.

En este sentido, es posible visualizar que las tres fábricas ceramistas bajo gestión obrera a las que se alude a fs. 5, que mantienen un alto consumo de gas para su producción, cuentan con medios suficientes para hacer valer su derecho de participar en la audiencia, si es que lo consideran conculcado. De manera que no estimo comprometido el acceso a la tutela judicial efectiva, eliminándose así la posibilidad de que el proceso tramite de manera colectiva.

Ello sentado, se dará curso al amparo únicamente respecto del derecho invocado por el presentante.

Puesta entonces a analizar la procedencia de la medida cautelar solicitada, en cuanto persigue que se ordene tener por incumplido *"...lo establecido en el Artículo 52 inciso I) de la Ley n° 24.076 hasta tanto se convoque a audiencia pública en la provincia de Neuquén..."*, tenemos que encontrándose en vigencia la ley 26.854 correspondería, en



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

primer término, pedir de manera previa el informe a la autoridad pública previsto por su art. 4.

Sin embargo, la suscripta ha declarado la inconstitucionalidad de tal precepto en autos **"SPINELLI, ANA MARÍA C/ ESTADO NACIONAL S/ ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"** (S.I. n° 140 folio 247/263 AÑO 2013), cuya línea argumental será mantenida.

Se recordó en tal ocasión que la ley citada regula el régimen de las medidas cautelares en las causas en las que es parte o interviene el Estado Nacional, modificando en ciertos aspectos el régimen general previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. En lo que en lo inmediato nos interesa, el art. 4 de la ley exige en su inciso 1) que el juez, previo a resolver sobre la medida cautelar, requiera de la autoridad pública demandada un informe que dé cuenta del interés público comprometido por la solicitud, permitiéndole dictar una medida cautelar "interina" solo cuando circunstancias graves y objetivamente impostergables lo justifiquen.

Tal como se señalara en el precedente citado *"...una primer lectura del art. 4 inc. 1) de la ley permitiría desechar la idea de que el informe previo allí regulado vaya a permitir al Estado consumir los hechos que pretenden evitarse con la cautelar, desde que se contempla la posibilidad de que el juez dicte una medida cautelar interina que regirá hasta que se presente aquél informe o se venza el plazo para hacerlo, oportunidad en la cual el Juez resolverá si ratifica la medida cautelar o rectifica su decisión tras escuchar los argumentos de la contraria..."*.

Sin embargo se advirtió allí lo restringido que resulta el ámbito de aplicación de esta medida interina, pues ella *"...sólo puede ser dictada en circunstancias excepcionalísimas que determinen que el dictado de la tutela es objetivamente impostergable...sin que por lo demás, la redacción dada a la norma permita asegurar que la medida interina proteja adecuadamente a su destinatario, desde que su vigencia cesaría al momento de presentarse el informe -o de vencer el plazo para hacerlo- y no cuando se dicte la*

T
V
I
C
I
F
O
S

n



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

resolución posterior -que no necesariamente coincidirá en el tiempo con aquél hito temporal- (Cfr. Ezequiel Cassagne, "El Plazo y otras restricciones a las medida cautelares. A propósito de la ley 26.854", pág. 57, Suplemento Especial La Ley Mayo de 2013)..."

En el precedente citado también se destacó que esta bilateralidad obligada origina una desnaturalización de la medida cautelar en tanto demanda que el juez, para analizar la procedencia de la cautelar "...realice un examen de las posiciones de ambas partes que necesariamente importará adelantar en algún sentido decisiones propias de la sentencia..." toda vez que "... escuchados los argumentos de las dos partes, no podrá evitar -si decide que el derecho es verosímil- dar las razones por las cuales descarta las objeciones que a la admisibilidad y procedencia de la medida formulare el Estado Nacional..." señalando que esta faceta de la norma fue criticada por Jorge A. Rojas en "El nuevo régimen de las cautelares frente al Estado", (Suplemento Especial La Ley Mayo 2013 Cámaras Federales de Casación y Medidas Cautelares y el Estado como Parte, pág. 133).

También se señaló en "Spinelli", citando a Eduardo Oteiza en "El cercenamiento de la garantía a la protección cautelar en los procesos contra el Estado por la ley 26.854" (Suplemento Especial La Ley Mayo 2013 Cámaras Federales de Casación y Medidas Cautelares y el Estado como Parte, pág. 98), que "...es indiscutible que la intervención del sujeto pasivo de la medida cautelar demanda una considerable inversión de tiempo, que cuando hay una situación de peligro debe ser evitada para proteger a quien justifique que su derecho, en el supuesto de no ser tutelado, puede sufrir una seria afectación..."

Se expuso además que Jorge A. Rojas va más allá y advierte en esta norma una violación del principio de división de poderes pues el legislador sustituye la voluntad de la jurisdicción, que se ve impedida de juzgar sobre la medida cautelar según el conocimiento de los hechos sometidos a su consideración, quedando sujeta a las pautas que de antemano le fija el legislador. Ezequiel Cassagne advierte



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

sobre los efectos que en el plano fáctico puede provocar este previo traslado, al considerar que *"no debe descartarse que el Estado, al conocer en forma previa los requerimientos cautelares, disponga todos sus esfuerzos para evitar su concesión, desde su posición privilegiada de poder. En este entendimiento, una ley que permite la posibilidad de que la Administración Pública interfiera en las facultades jurisdiccionales del Poder Judicial, y de esta manera desnaturalizar los derechos de los particulares, en este caso el de la tutela judicial efectiva...se aleja del fin mismo del Estado que consiste, en definitiva, en la realización de la justicia"*. (Artículo citado, pág. 58).

Estimo así que en el caso, el art. 4 cuestionado tal como se decidiera en la causa "Spinelli" citada configura un obstáculo para el acceso a la jurisdicción que infringe normas convencionales de jerarquía constitucional (art. 8.1. Convención Americana de los Derechos Humanos) como el art. 18 de la Constitución Nacional, y así corresponderá declararlo, decisión que guarda consonancia con la adoptada por el Superior, en relación al art. 14 de la ley 24.453 -que también impuso restricciones para el dictado de medidas cautelares contra el Estado Nacional- en su SI 150/01.

No es obstáculo para ello que la parte no haya introducido el planteo respectivo, teniendo en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación aceptó, a partir de *"Mill de Pereyra, Rita Aurora y otros c/ Pcia. de Corrientes"* (sentencia del 27/9/2001, publicada en el Suplemento de Derecho Constitucional de La Ley del 30/11/2001) que *"...Los jueces están facultados para ejercer de oficio el control de constitucionalidad ...sin que ello atente contra el principio de división de poderes, pues siendo legítimo el control de constitucionalidad en sí mismo, carece de sentido sostener que no se produce un avance indebido del Poder Judicial cuando media petición de parte y sí cuando no la hay..."*, declaración que sólo procedería *"... si la incompatibilidad entre la norma invalidada y el texto constitucional resulta manifiesta e indubitable, pues tal medida reviste suma gravedad institucional, debiendo recurrirse a ella sólo*

T
V
I
C
I
F
O
S

n



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

cuando la estricta necesidad lo requiere..."., sin que se afecte el derecho de defensa "...pues lo contrario conduciría a descalificar toda aplicación de oficio de cualquier norma legal no invocada por las partes so pretexto de no haber podido expedirse sobre su aplicación al caso concreto..."., criterio también confirmado por el Máximo Tribunal en "Banco Comercial de Finanzas" (19/8/04, publicado en ED-2/9/04 y comentado por Julio R. Comadira y Fabián O. Canda en "El Derecho, Suplemento Derecho Administrativo del 1/11/04, "La CS reafirma el control judicial de oficio de las normas. 'Banco Comercial de Finanzas', un fallo en línea con 'Mill de Pereyra'"). También fue ratificado, más recientemente, en "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/daños y perjuicios" (27/11/2012. Publicado en: LA LEY 30/11/2012 , 5 • LA LEY 2012-F , 559), ocasión en la cual recordó que "Los tribunales nacionales no están impedidos de ejercer, de oficio, el control de constitucionalidad, pues la Constitución Nacional, al incorporar al derecho interno las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, habilitó la aplicación de la regla interpretativa formulada por la Corte Interamericana que obliga a los órganos judiciales de los países que ratificaron a ejercer dicho examen."

Queda habilitado así el análisis de la procedencia de la medida cautelar pretendida.

En cuanto a la verosimilitud del derecho invocado, se observa en forma liminar que no media ampliación o readecuación de la demanda, o, al menos, mención y razonamiento de la incidencia sobre el reclamo que la nueva normativa generada con posterioridad a la presentación del escrito inicial podría obtener. En efecto la Resolución 3957/2016 de ENARGAS, modificó precisamente el artículo aquí cuestionado (art.3º de la Res. 3953/2016) fijando como nueva fecha para la convocatoria a Audiencia Pública dispuesta en la Resolución ENARGAS N° I-3953/2016 "...el día 16 de septiembre de 2016 a las 9:00 horas en la Usina del Arte, sita en Agustín Caffarena 1, Ciudad Autónoma de Buenos Aires..." ello en atención al "...notable interés de parte de la



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

ciudadanía en participar en la audiencia convocada, lo que se evidencia en las consultas y solicitudes de inscripción recibidas, tanto en forma personal como virtual..." y "a fin de asegurar la intervención de todos los eventuales interesados" (de los considerandos de la norma citada, párrafos cuarto y quinto).

Pero además, observo que el actor no ha ni mínimamente fundado el motivo por el cual la herramienta informática prevista por el art. 9 de la Resolución 3953/2016, destinada a "...facilitar la participación virtual de los usuarios e interesados en las materias objeto de la Audiencia Pública", no es una alternativa válida para permitir la participación de los usuarios del interior, considerando que las presentaciones que se formulen en la plataforma digital serán consideradas "...en oportunidad del informe de cierre previsto en el Artículo 21 del Procedimiento de Audiencia Pública..." (art. 9 in fine). Según certifica en este estado la Actuaría, dicha herramienta se encuentra actualmente en funcionamiento, resultando posible acceder a través de la página web de ENARGAS al Formulario de Participación Virtual para Audiencia Pública (http://www.enargas.gov.ar/AudienciaPublica/audiencia_publica.php).

Es que con el criterio propuesto por el actor, el derecho a la participación ciudadana solamente resultaría satisfecho si se llevase a cabo una audiencia pública no solamente en cada Provincia, sino en cada centro urbano, pues las dificultades de acceso para la participación presencial se reflejarían respecto de los ciudadanos del interior de la Provincia respecto de los que residen en la capital, y así sucesivamente.

Opino así que la pretensión de que se celebre una audiencia pública presencial en esta ciudad de Neuquén no es el único medio a través del cual el actor puede obtener su participación en la audiencia, sin dejar de tener presente que dada su condición de funcionario provincial, su posibilidad de participar no se ve restringida seguramente a la opción virtual, siendo su interés particular -y no el de

T
V
I
C
I
F
O
S

n



Poder Judicial de la Nación

"Año del Bicentenario de la Declaración de la Independencia Nacional"

los demás habitantes de la Provincia- el único protegido en este amparo individual.

Por todo ello,

RESUELVO: 1) **RECHAZAR IN LIMINE** el amparo colectivo incoado por el Sr. Godoy en cuanto pretende representar a todos los ciudadanos de Neuquén, tener por iniciada acción de amparo por el nombrado y siendo prima facie admisible la misma, a los fines previstos por el art. 8 de la Ley 16.986, líbrese oficio al ESTADO NACIONAL (MINISTERIO DE ENERGIA Y MINERÍA DE LA NACIÓN) y al ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS (ENARGAS), ambos con domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, acompañando copias para traslado, para que en el término de cinco (5) días que se amplían en seis (6) más en razón de la distancia, informe circunstanciadamente a este Tribunal sobre los antecedentes y razones que motivaron el acto que se denuncia como lesivo elevando todas las actuaciones administrativas que existieren sobre el particular, bajo apercibimiento de ley. Hágase saber que previo al libramiento del oficio deberá acompañar una copia del escrito que se provee a fin de adjuntar la misma al oficio antes ordenado y cumplir con la agregación de la copia digital (punto 3 de la Acordada N° 11/2014 y art. 4 de la acordada 3/2015 CSJN) de la documental, de la demanda y el escrito que se provee. Téngase presente la reserva de caso federal efectuada en el punto IV. Martes y viernes para notificaciones por Secretaría. Dése intervención al Ministerio Público Fiscal (art. 39 ley 24.946).

2) **DECLARAR LA INCONSTITUCIONALIDAD** del art. 4 inc. 1 de la ley 26.854, y **RECHAZAR** la medida cautelar solicitada por el Sr. Raúl Eduardo Godoy por derecho propio.

Regístrese y notifíquese.

MARIA CAROLINA PANDOLFI
JUEZ FEDERAL

Registrado electrónicamente (Acordada N° 6/2014 CSJN) en la misma fecha.
Conste.

