

## DERECHO ADMINISTRATIVO

### Director

Juan Carlos Cassagne

### Subdirector

Pablo Echeburu Perrino

### Secretaria general

Estela B. Sacristán

### Consejo de redacción

Pedro Aberastury (h) - Alberto B. Branchi - Pedro J. J. Coviello -  
Beltrán Gambiaca - Agustín Gordillo - María Jeanneret de Pérez Cortés -  
Daniel J. Soria - Guido S. Tawil

### Secretarios de redacción

Denise E. Bloch - Ezequiel Cassagne - Analía Conde -  
Juan Gustavo Corvalán - Julio C. Durand - Fernando E. Juan Lima -  
Jorge I. Muratorio - Daniel M. Nallar - Marisa L. Panetta -  
Gustavo E. Silva Tamayo - Maximiliano Toricelli - María Susana Villarruel

### Coordinadora

María Eugenia Zacagnino

Una publicación de  
**AbeledoPerrot SA**  
Incomán 1471  
C1050AAC) Buenos Aires,  
Argentina

**Director Editorial**  
Alejandro P. E. Fazio

**Editor**  
Alejandro P. E. Fazio

**Redacción**  
Pablo G. Ghemano

ISSN 1674-0590

# 2011

AÑO 23

# DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de Doctrina, Jurisprudencia,  
Legislación y Práctica

Director: **Juan Carlos Cassagne**

 **AbeledoPerrot™**

## UN COSTOSO RÉGIMEN PARA GARANTIZAR EL SUMINISTRO DE ENERGÍA (EN TORNO A LA RES. SE 1281/2006)

por ESTELA B. SACRISTÁN

"Beware of trying to classify people  
too definitely into types".  
(Francis Scott Fitzgerald, *This Side  
of Paradise*, I.3).

### I. PLANTEO

Como se recordará, la devaluación que siguió a la crisis del verano 2001/2002 pareció sacar del letargo a la industria local, ubicada en condiciones desfavorables de cambio durante la década del 90 y favorecida, de repente, con un peso de mucho menos valor que un dólar estadounidense. Y ese despertar fue casi traumático para el sector eléctrico, pues el aumento de la demanda del fluido afectaría el abastecimiento eléctrico en dos importantes áreas: se requerían inversiones en la red física afectada, así como un mayor volumen de oferta de generación de un elemento imposible de almacenar, o bien la disminución, artificial, de la demanda para no sobrecargar la red o la oferta.

En este escenario se dictó la res. SE 1281/2006. En rigor, algunos de los extremos mencionados fueron considerados expresamente en la motivación de esa resolución, la cual aludió al "sostenido crecimiento de la demanda de energía eléctrica, derivado de la recuperación económica producida desde el 2003"<sup>1</sup>; al "suministro de la energía a los usuarios en las actuales condiciones de crecimiento de la demanda, dado el crecimiento económico y productivo del país"<sup>2</sup>. También tomó esa resolución conciencia de la situación de la capacidad de generación al considerar el dictado de "los actos que permitan incentivar el aumento de la capacidad de generación actualmente instalada en sus distintas modalidades, garantizando las condiciones necesarias que permitan invertir en el sector"<sup>3</sup>; y apuntó a dar un aliento a la "instalación de nueva oferta de generación"<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Res. 1281/2006, consid. 1º.

<sup>2</sup> Res. 1281/2006, consid. 2º.

<sup>3</sup> Res. 1281/2006, consid. 5º.

<sup>4</sup> Res. 1281/2006, consid. 6º.

Incluso, con ecos de la participación propia del *rulemaking*<sup>5</sup> que consagra la legislación federal estadounidense, la mencionada resolución se apoyó en un acuerdo previo celebrado entre el Estado —a través del órgano Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, y del órgano Secretaría de Energía— y la Unión Industrial Argentina, asociación civil gremial empresaria sin fines de lucro, representativa de la actividad industrial del país, acuerdo por el cual ésta habría brindado soporte a los “lineamientos” contenidos en la resolución ya citada<sup>6</sup>.

Con tales justificaciones presentes, la res. SE 1281/2006 resolvió, en lo que aquí interesa, en materia de dos aspectos. Primero, que ciertos consumos, retrospectivamente considerados, constituirían el punto de comparación para determinar si se había consumido más o menos, de tal suerte que un aumento de consumo en comparación con lo demandado en 2005 o “demanda base”, generaría el pago de una penalidad llamada “cargo por exceso”. Segundo, que todo punto de suministro creado con posterioridad a 2005 generaría penalizaciones —v.gr., pago de “cargos por excesos”— por decretarse, en el régimen, que el consumo de ese nuevo punto de suministro deviene “exceso” con respecto a la demanda base. En este último sentido puede incluso aseverarse que, procesalmente, se creó —vía resolución— una presunción *iuris et de iure* por la cual la demanda base, para puntos de suministro inexistentes en 2005, es igual a cero.

En el derecho penal, el principio de irretroactividad de la ley presupone la previa tipificación del delito. De tal modo, un ser humano puede, potencialmente, saber si su acción u omisión de hoy genera la concreción de un delito tipificado con anterioridad. Ello es la expresión mínima del *rule of law*. Sin pretender extender a las relaciones con la Administración los principios propios de esa rama del derecho, cabe puntualizar estos aspectos: i) El régimen de la res. 1282/2006 es retrospectivo, pues mira hacia el pasado (hacia los consumos pasados) a efectos de la imposición de los cargos por excesos. Pero ii) dicho régimen es, además, retroactivo, ya que, bajo su normativa, se aplican, a los consumos pasados, efectos (penalizaciones) previstos en una norma inexistente en ese momento pasado. En síntesis, los consumos neutros —jurídicamente neutros— bajo la *lex anterior*, pasan a producir penalizaciones bajo una *lex posterior*, que es la res. 1281/2006.

Ahora, ¿cuál ha sido la respuesta jurisprudencial ante la nutrida impugnación judicial que este régimen está sufriendo? Y con la mirada puesta en la Constitución, ¿qué futuro puede esperar a la res. 1281/2006? Veamos.

## II. JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES INFERIORES

La jurisprudencia de los tribunales inferiores, en relación con la resolución que motiva estas líneas, puede agruparse al menos según involucre solicitudes de medidas cautelares o planteos de fondo. Y en el ámbito de cada clase de pretensiones pueden identificarse los argumentos empleados para resolverlas.

<sup>5</sup> 5 USC §§ 561-570.

<sup>6</sup> Res. 1281/2006, consid. 7º.

## 1. Medidas cautelares

Un repaso de las resoluciones dictadas en materia cautelar brindan un panorama acerca de los argumentos empleados para el otorgamiento —o no— de la tutela cautelar perseguida.

*La prueba de los balances.* En un paradigmático caso fue confirmada la medida cautelar decretada en primera instancia. Se trata del caso del “Hogar de Ancianos”<sup>7</sup>, en el cual se otorgó la tutela cautelar con fundamentos en que: i) la fundación actora era una institución orientada al servicio de la acción social en beneficio de la tercera edad; ii) no se podía dejar de confrontar la irreversibilidad del daño que pueda causar la cautelar al interés privado con aquel que puedan sufrir los intereses generales, a los fines de equilibrar provisionalmente tales intereses encontrados, dado que las medidas cautelares permiten enjuiciar la corrección del acto antes que su ejecución haga inútil el resultado del planteo; iii) de los balances de la actora surgía que un déficit operativo en el ejercicio 2007 y que el monto de los cargos perseguidos por la aplicación de la res. 1281/2006 eran de una significación económica susceptible de provocarle una manifiesta lesión patrimonial.

*Continuidad de la industria actora.* En el precedente “Wal Mart”<sup>8</sup>, que tramitara por ante la justicia federal sita en Mendoza, se revocó la resolución de primera instancia que había rechazado la medida cautelar solicitada por la actora. De tal modo, la empresa obtuvo tutela cautelar. En el caso se hallaba involucrado un establecimiento que comenzó sus actividades en la provincia de San Juan con posterioridad al 5/9/2006, por lo que, al no contar con un punto de suministro preexistente, la demanda base a considerar fue cero, quedando comprendida en las resoluciones impugnadas; todo el consumo realizado constituiría un excedente de la demanda base (igual a cero), sujeto al pago de cargos por el total de su consumo. Así las cosas, se dispuso la inmediata suspensión de la aplicación de la res. 1281/2006 y sus criterios de implementación comunicados a la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico mediante nota SE 1374/2006 y la res. 1784/2006, dictadas por la Secretaría de Energía, ordenándose que se dejaran de incluir los cargos respectivos dispuestos por esas resoluciones hasta tanto se resolviera el proceso principal. Ello, con caución real de \$ 500.000. En lo esencial, motivó el otorgamiento de la medida el hecho de que, de no accederse a ella, la continuidad de la industria actora se vería afectada por el impacto económico que generaría el cargo cuestionado en sus costos.

Con similar actitud, en “Molinos”<sup>9</sup> se confirmó la resolución de primera instancia, que había hecho lugar a la medida cautelar de no innovar para que la demanda se

<sup>7</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 29/4/2008, expte. 1190/2008, “Fundación Nvo. Hogar y Ctro. de Ancianos para la Comunidad Judía v. EN - Secr. de Energía - res. 1281/2006 s/proceso de conoc.” (Dres. Herrera y Grecco).

<sup>8</sup> C. Fed. Mendoza, 27/3/2009, expte. 85.579-W-66, “Wal-Mart Argentina SRL v. Estado Nacional, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios por ordinario - incidente”.

<sup>9</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 2/11/2007, causa 31.371/2007, “Molinos Argenpam SA - inc. med. v. EN - SE - res. 1281/2006 y otro s/amparo ley 16.986”, suscripta por los jueces Argento, Grecco y Fernández.

abstuviera de ejecutar el cobro del costo adicional consignado en la facturación, así como de proceder al corte del suministro de energía, como consecuencia de la falta de pago de esos recargos, hasta tanto se dictara sentencia definitiva. Ello, en razón de que resultaba "manifiesta la diferencia entre los montos facturados no en virtud del consumo neto, sino por efecto de los recargos cuestionados ponderándose que la falta de suministro eléctrico implicaría la paralización de la actividad comercial de la actora", y que tampoco se advertía que la medida afectara el interés público, sino que, antes bien, tendía a "preservar las fuentes de trabajo".

Con criterio diverso, en "Cabelma" <sup>10</sup> se revocó la resolución de primera instancia, desestimándose la medida cautelar autónoma solicitada, tendiente a que se dejara sin efecto la resolución que ordenara el cobro del cargo adicional facturado como energía excedente, y la posible suspensión del suministro de energía eléctrica ante la eventual falta de pago, suspensión por falta de pago que —evidentemente— pondría en juego la fuente de trabajo.

Por último, en "H. M. Azul" <sup>11</sup> la medida cautelar fue otorgada en primera instancia con fundamentos en que se hallaba en juego el cierre de la planta industrial comprometida. Sin embargo, tal decisión fue revocada por la alzada <sup>12</sup>, ya que no se tuvieron por acreditados los requisitos que hacen a la procedencia de las medidas cautelares conforme a los precedentes invocados <sup>13</sup>, y se puntualizó que, eventualmente, de haberse confirmado la cautelar apelada, se hubiera corrido el riesgo de conceder privilegios y excepciones, en desmedro de otros ciudadanos que tal vez no hubieran podido llegar a obtener tal exención, con afectación del derecho a la igualdad consagrado en el art. 16, CN.

**Igualdad. Razonabilidad.** En "La Veloz Hoteles" <sup>14</sup> se concedió la tutela cautelar requerida. A tal fin, se entendió que debía hacerse lugar a la medida autosatisfactiva solicitada, en el caso, por una sociedad dedicada a la explotación de hoteles, a fin de que se ordenara a la Secretaría de Energía de la Nación que se abstuviera de aplicar la res. 1281/2006, en cuanto establecía pautas asimétricas para clientes mayoristas del servicio de energía eléctrica. Ello, en razón de que el hecho de que la demanda base de la actora hubiera sido fijada en cero por haber puesto en marcha su emprendimiento en el año 2006 la ubicaba frente a sus competidores en un grado de desigualdad, en tanto debe pagar todo su consumo como si fuera excedente. De tal modo, se privilegió la garantía de igualdad para este nuevo agente del mercado.

<sup>10</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 13/11/2008, expte. 7464/2008, "Cabelma SA v. EN —ME Planificación— SE res. 1281/2006".

<sup>11</sup> Juzg. Fed. Azul, 19/7/2007, expte. 21.373, "H. M. Azul SA v. Cooperativa Eléctrica de Azul Ltda.".

<sup>12</sup> C. Fed. Mar del Plata, 25/6/2009, expte. 10.686, "H. M. Azul SA s/medida cautelar autónoma", Dres. Ferro y Tazza.

<sup>13</sup> C. Fed. Mar del Plata, "Moliendas del Sur SA v. Estado Nacional s/incidente de apelación de medida cautelar" (t. LXXXVIII, f. 13.473); "Asociación Empresaria Gastronómica de Mar del Plata y Zona de Influencia v. AFIP s/acción declarativa" (t. XCVIII, f. 14.505); y "Méndez, Fernando v. DGI s/amparo" (t. XV f. 3155).

<sup>14</sup> C. Fed. Salta, 19/10/2007, "La Veloz Hoteles SA v. Secretaría de Energía de la Nación".

Con similar temperamento, en el caso "Natal" <sup>15</sup> se hizo lugar a la medida cautelar solicitada y se ordenó al Estado nacional (Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y/o Secretaría de Energía de la Nación y/o Empresa Provincial de la Energía) que se abstuvieran de aplicar, a la empresa actora Natal SA, propietaria del Rostower Hotel Spa & Convention Center, hotel cinco estrellas <sup>16</sup>, la res. 1281/2006, en lo que respecta al cobro del costo adicional impugnado, mientras durara la tramitación del juicio. A tal fin, entre otros argumentos, se señaló que "no se advertía que la distinción efectuada entre usuarios anteriores y posteriores a 2005 tenga una base razonable de diferenciación para justificar el distinto tratamiento" <sup>17</sup>. De tal modo, se conjugó la garantía de igualdad con la manda de razonabilidad para la convalidación de la discriminación.

Empero, en "Hera Ailincó" <sup>18</sup> se apeló a la igualdad y a la razonabilidad, arribándose a una solución diversa. En este caso se confirmó la resolución de primera instancia, en cuanto había rechazado la medida cautelar solicitada por la actora. Para así resolverse, se entendió que la ausencia de uno de los dos recaudos de las medidas cautelares impide el dictado de ella; que los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y ejecutoriedad, que la complejidad del caso tornaba aplicable un precedente de la misma sala <sup>19</sup>, y que, al pretenderse que se tomara como base el consumo de 2001 y no el de 2005, la actora pretendía que se le creara una excepción al régimen. Se argumentó que las conformaciones de la política energética o aspectos de oportunidad no hallaban quicio en el ámbito cautelar, e igual suerte corría el ejercicio de facultades discrecionales conforme un precedente de otra sala del fuero <sup>20</sup>, así como las medidas tomadas como consecuencia del crecimiento económico y productivo del país y la mayor demanda de energía. También se invocaron los razonables principios de selección técnica de la demanda eléctrica contenidos en los actos impugnados, así como la adecuación de medios y fines con cita de otro precedente <sup>21</sup>.

<sup>15</sup> Juzg. Fed. Rosario n. 2, 21/9/2001, sec. A, expte. 6.262-C, "Pieza Separada Natal SA v. Cammesa y/o Sec. de Energía de la Nación s/acc. meramente declarativa", res. 838/2009, mayoría integrada por los Dres. Toledo y Vidal.

<sup>16</sup> Juzg. Fed. Rosario n. 2, 21/9/2001, sec. A, expte. 6.262-C, "Pieza Separada Natal SA v. Cammesa y/o Sec. de Energía de la Nación s/acc. meramente declarativa", res. 838/2009, Dres. Toledo y Vidal, consid. 4º de la disidencia del Dr. Bello.

<sup>17</sup> Juzg. Fed. Rosario n. 2, 21/9/2001, sec. A, expte. 6.262-C, "Pieza Separada Natal SA v. Cammesa y/o Sec. de Energía de la Nación s/acc. meramente declarativa", res. 838/2009, párr. 4º del voto de la Dra. Vidal.

<sup>18</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., 26/5/2010, sala 3ª, "Hera Ailincó SA v. Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal - Secretaría de Energía y otros".

<sup>19</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 14/3/2008, "Aceros Angeletti SA v. EN - ME Planificación - SE - res. 1281/2006 s/proceso de conocimiento".

<sup>20</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 29/5/2008, "Asociación Civil Club Campos de Golf Luján - inc. med. v. EN - ME Planificación - res. 1784/2006 y otro s/proceso de conocimiento".

<sup>21</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 29/4/2008, "Ruiz, Héctor Lucio y otro - Inc. Med. v. EN - SE y otros res. 1281/2006 s/proceso de conocimiento", voto del Dr. Sergio G. Fernández, al que adhirió el Dr. Jorge E. Argentó.

**Razonabilidad. Ausencia de arbitrariedad.** Han resultado estériles los planteos cautelares en los precedentes "Aceros Angeletti" <sup>22</sup>, "Asociación Civil" <sup>23</sup> y "Ruiz" <sup>24</sup>. En este último, la razonabilidad —entre otros argumentos— fundó la revocación de la decisión cautelar apelada; a tal fin, la sala 2ª del fuero sostuvo: i) que el hecho de que la utilización o destino de la energía demandada por parte de los impugnantes sea domiciliaria o recreacional, así como la circunstancia de que el requerimiento total del establecimiento (*country club* Los Lagartos) sea el resultado de la adición de las demandas individuales de consumidores domiciliarios (circunstancia acerca de la cual las partes coinciden), carecía de entidad para abonar el recaudo de la verosimilitud en el derecho, puesto que resultaba claramente de los términos del acto impugnado que el criterio de selección de usuarios a los fines de la regulación del uso de la energía, no era otro que el de su consumo o requerimiento, por lo que la categorización y encuadramiento efectuado a los fines indicados en la resolución cuestionada lucía, en principio, coherente con la materia objeto de regulación, que es la demanda de energía eléctrica <sup>25</sup>; y ii) la res. SE 1281/2006 aparecía dictada con ajuste a razonables principios de selección técnica de la demanda de energía eléctrica y ajustados los medios empleados a la finalidad explícita perseguida, de manera que no aparecía como principio y en el estado de autos, susceptible de serio y fundado cuestionamiento con entidad tal que justificara la suspensión dispuesta en la providencia recurrida <sup>26</sup>.

En "Parque Suárez" <sup>27</sup> se resolvió que era improcedente la medida cautelar solicitada por no advertirse arbitrariedad en el régimen atacado. A tal fin se consideró que la res. SE 1281/2006 había sido dictada como consecuencia del sostenido crecimiento de la demanda de energía eléctrica y a los fines de garantizar su abastecimiento; las instrucciones recibidas por la actora para reducir el consumo ante la pérdida transitoria de reservas en el marco de la mentada resolución no se exhibían arbitrarias o irrazonables; los posibles sobrecostos o el corte del suministro para el caso de no cumplir con la reducción solicitada bastaban para tener por acreditado el requisito del daño en particular si la propia parte había negado cualquier incumplimiento con las li-

<sup>22</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 14/3/2008, causa 36.522/2007, "Aceros Angeletti SA v. EN - ME Planificación - SE - res. 1281/2006 y otros s/proceso de conocimiento".

<sup>23</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 29/5/2008, causa 10.366/2008, "Asociación Civil Club Campos de Golf Luján - inc. med. v. EN - ME Planificación - res. 1784/2006 y otros s/proceso de conocimiento".

<sup>24</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª integrada, 29/4/2008, causa 34.191/2007, "Ruiz, Héctor Lucio y otro - Inc. Med. - v. EN - SE y otros res. 1281/2006 s/proceso de conocimiento".

<sup>25</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª integrada, 29/4/2008, causa 34.191/2007, "Ruiz, Héctor Lucio y otro —Inc. med.— v. EN - SE y otros res. 1281/2006 s/proceso de conocimiento", Dres. Argento y Fernández, del voto del juez Fernández, consid. II.

<sup>26</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª integrada, 29/4/2008, causa 34.191/2007, "Ruiz, Héctor Lucio y otro —Inc. med.— v. EN - SE y otros res. 1281/2006 s/proceso de conocimiento", del voto del juez Fernández, consid. III.

<sup>27</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 23/8/2007, causa 19.754/2007, "Parque Suárez SA v. EN - M. de Planificación - SE - res. 1281/2006 (nota 1374/2006) y otros s/proceso de conocimiento", Drs. Garzón de Conte Grand y Herrera.

mitaciones dispuestas por la norma impugnada; y no se había demostrado la imposibilidad de recuperar los sobrecostos.

En similar tesitura, en "Cattorini" <sup>28</sup> se rechazó la medida cautelar solicitada. Para así resolverse se consideraron las presunciones que rodean a los actos; el interés general comprometido; la no demostración de arbitrariedad o ilegalidad o irrazonabilidad; el carácter notorio de la crisis energética; la consecuente neutralización del peligro para la planta vitivinícola de la actora; el hecho de que el régimen atacado se dictara, en ejercicio de facultades discrecionales irrevisables judicialmente, para paliar aquella crisis.

Tampoco se advirtió arbitrariedad en "Gamisol" <sup>29</sup>; la res. SE 1281/2006 no apareció como manifiestamente arbitraria, "habida cuenta que la misma sería la herramienta para afrontar la actual situación de escasez y/o crisis estructural que afronta el sector energético en general y eléctrico en especial —los cuales son de público conocimiento—, con la finalidad de restringir el consumo de los grandes usuarios como la sociedad actora, para que el sistema no colapse". De tal modo, resultó infructuoso el planteo de la fábrica de guantes actora.

**Interés público y mayor debate.** En "Placards Roma" <sup>30</sup> se confirmó el rechazo de la medida cautelar, pues se entendió que el tema sometido a consideración mediante la medida cautelar solicitada describía una tensión clara entre el interés público traducido en la conveniencia de implementar medidas que garanticen el general abastecimiento de energía eléctrica, y la necesidad de la empresa actora de ver satisfecha su demanda individual sin tener que afrontar —para ello— el pago de sumas adicionales y requería un estudio de la cuestión propio de la sentencia definitiva, en un ámbito de mayor debate previo.

## 2. Acciones de amparo

Un repaso de las resoluciones dictadas en el marco de acciones de amparo brinda ciertas coincidencias, en el plano argumental, con lo ya reseñado en materia de medidas cautelares.

**Conservación de la fuente de trabajo.** La jurisprudencia en materia de acciones de amparo, en torno al régimen que motiva estas líneas, ha generado precedentes como "Frío Dock" <sup>31</sup>, en el cual, si bien se rechazó *in limine* la acción de amparo por entenderse que se requería mayor debate y prueba ante cuestiones de técnica compleja, se

<sup>28</sup> C. Fed. Mendoza, 9/10/2008, expte. 84.978, "Cattorini Hnos. SACIFAEI v. Sec. de Energía de la Nación y otros p/medida innovativa".

<sup>29</sup> Juzg. Fed. Córdoba, n. 2, a cargo del juez Alejandro Sánchez Freytes, "Gamisol y Cía. SA v. Estado Nacional, la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico SA (Cammesa) y la Empresa Provincial de Energía de Córdoba (Epec)".

<sup>30</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, 12/3/2008, causa 42.228/2007, "Placards Roma SA - Inc. Med. v. EN - ME Planificación SE - res. 1281/2006 y otro s/proceso de conocimiento", consid. IV.

<sup>31</sup> Juzg. Fed. 1ª Inst. Civ. Com. y Cont. Adm. San Martín n. 1, 21/6/2007, "Frío Dock SA v. Secretaría de Energía del Ministerio de Planificación y otro".

decretó una medida cautelar autónoma para no tomar inoperante la sentencia que eventualmente se pudiera dictar en el proceso de conocimiento. Así, se reencuadró la medida cautelar solicitada por la empresa de cámaras de frío actora, a fin de que la demandada se abstuviera de “perseguir el cobro” de los recargos y se dejara incólume “la fuente de trabajo”. Por tanto, se empleó un argumento similar al de “continuidad de la empresa actora” emergente de los precedentes “Wal Mart”<sup>32</sup> y “Molinos”<sup>33</sup> ya repasados.

También se privilegió la fuente de trabajo en el precedente “Guacars”<sup>34</sup>. En éste se revocó la sentencia anterior, que había rechazado la acción de amparo incoada contra la Empresa de Energía Atlántica (EDEA SA). Ello, con fundamentos en que: i) mal podría considerarse desacertada la vía elegida cuando se ponderan las restantes circunstancias patentizadas por la actora, tales como: a) la magnitud económica que poseen los cargos que le fueron aplicados por la distribuidora eléctrica en comparación con lo presuntamente debido en concepto de fluido efectivamente suministrado; b) la grave incidencia negativa que esos montos eventualmente pudieran ocasionar sobre la economía de la empresa; c) la impracticable opción de no abonar los cargos para preservar el giro del emprendimiento, cuando ello ocasionaría —como contracara— la paralización de la planta frente al corte del suministro eléctrico por falta de pago; ii) no se operó el plazo de caducidad; iii) es dable una declaración de inconstitucionalidad en una acción como la incoada. Por ende, se acogió el recurso de apelación interpuesto por la actora, se revocó la sentencia apelada y se devolvió el expediente para que continuara su tramitación.

*Igualdad y razonabilidad.* Con temperamento similar al desplegado en “La Veloz Hoteles”<sup>35</sup> y en “Natal”<sup>36</sup>, en el caso “Monthelado”<sup>37</sup> se confirmó la sentencia anterior, que había hecho lugar a la acción de amparo de la firma actora, cuya demanda base, por ser nuevo agente, había suscitado incrementos en la factura del 100%, sin haber podido prever que su no consumo en 2005 iba a implicar que todo su consumo posterior fuera excedente, y en desigualdad con los usuarios anteriores. En la sentencia se puntualizó que no se había demostrado la razonabilidad de la distinción entre usuarios anteriores y posteriores a 2005, a la luz del derecho de trabajar y ejercer in-

<sup>32</sup> C. Fed. Mendoza, 27/3/2009, expte. 85.579-W-66, “Wal-Mart Argentina SRL v. Estado Nacional, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios por ordinario - Incidente”.

<sup>33</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 2/11/2007, causa 31.371/2007, “Molinos Argenpam SA - Inc. Med. v. EN —SE— res. 1281/2006 y otro s/amparo ley 16.986”, suscripta por los jueces Argento, Grecco y Fernández.

<sup>34</sup> C. Cont. Adm. Mar del Plata, 3/6/2008, causa A-511-MPO, “Guacars SA s/acción de amparo”, Dres. Riccitelli y Sardo.

<sup>35</sup> C. Fed. Salta, 19/10/2007, “La Veloz Hoteles SA v. Secretaría de Energía de la Nación”.

<sup>36</sup> Juzg. Fed. Rosario n. 2, 21/9/2001, sec. A, expte. 6 262-C, “Pieza Separada Natal SA v. Cammesa y/o Sec. de Energía de la Nación s/acc. meramente declarativa”, res. 838/2009, mayoría integrada por los Dres. Toledo y Vidal.

<sup>37</sup> C. Fed. Rosario, 30/6/2010, expte. 118/2010, “Monthelado SA v. Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y/o Secretaría de Energía y/o Empresa Provincial de la Energía s/acción de amparo”, mayoría integrada por los Dres. Toledo y Vidal.

dustria lícita y de la igualdad ante la ley. Se consideró que se hallaba en juego un servicio público, y en la fijación de la base cero no se había observado ni la ley 15.336 ni la ley 24.065 ni dos principios esenciales de todo servicio público: el principio de igualdad, que desplaza distinciones arbitrarias o fundadas en propósitos de hostilidad contra personas o grupos de personas que importen el otorgamiento indebido de privilegios; y el principio de razonabilidad, que exige que los actos estatales tengan un contenido, justo, razonable y valioso.

*Razonabilidad. Igualdad entre competidores. Motivación.* La argumentación en torno a la razonabilidad, en el caso “Wal Mart”<sup>38</sup>, fallado por la Cámara Federal de Apelaciones sita en Córdoba, ofrece un ramillete de argumentos, vinculados sólidamente entre sí, que sustentan la nulidad de la resolución que motiva estas líneas. Se entendió que: i) la mentada res. 1281/2006 era un acto administrativo de alcance general; ii) rige el principio de razonabilidad, entendiéndose por tal a la adecuada proporción de las medidas adoptadas a los fines perseguidos; iii) la razonabilidad es un estándar valorativo que permite escoger una entre varias alternativas, más o menos restrictivas de los derechos, en tanto ella tenga una relación proporcional adecuada entre el fin de bienestar o progreso perseguido por la norma discutida y la restricción que ella impone a determinados derechos; iv) una norma es razonable cuando guarda adecuada proporción entre el objetivo buscado y el medio empleado; v) el examen del requisito de la razonabilidad cobra especial relevancia respecto de los actos administrativos emitidos en ejercicio de facultades discrecionales; vi) éstas deben ser ejercidas con legitimidad —constituida por la legalidad y la razonabilidad—; vii) si la actuación administrativa debe ser racional y justa, la circunstancia de que la Administración obre en ejercicio de facultades discrecionales no constituye justificativo de su conducta arbitraria.

Sentado ello, el tribunal evaluó el hecho de que el régimen impugnado había impuesto, a la actora, cargos por excesos en el consumo de energía eléctrica en su establecimiento comercial ubicado en Río Cuarto, inaugurado en marzo de 2006, excesos medidos contra una demanda del 2005 igual a cero. Todo ello ponía en evidencia “la inequidad de la res. 1281/2006 respecto a la actora, quien al haber puesto en marcha su emprendimiento en el año 2006 tiene una demanda base fijada en ‘cero’, ubicándola frente a sus competidores en el grado de desigualdad de tener que pagar todo su consumo como si fuera excedente”.

Desde el plano de la motivación, el tribunal entendió que no bastaba, para convalidar la medida impugnada, la invocación de la necesidad de “preservar la continuación de la prestación del servicio”, “incentivar nueva oferta energética privada” o “velar adecuadamente por los derechos de los usuarios”, y agregó que advertía desproporción.

Finalmente, en punto a la igualdad, si bien el tribunal admite tratamientos diversos “siempre que la discriminación consecuente tenga un fundamento razonable y no resulte manifiestamente arbitraria”, asevera que “el control de razonabilidad debe ser más estricto cuando el criterio de diferenciación de la categoría resulta sospechoso”, y encuentra sospechosa la categorización efectuada en la resolución impugnada, ya

<sup>38</sup> C. Fed. Córdoba, sala A, 23/4/2010, “Walmart Argentina SRL v. Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios - Secretaría de Energía”.

que “la norma cuestionada sin razón atendible ha establecido una discriminación en perjuicio de los consumidores de energía que, como la actora, comenzaron a funcionar con posterioridad al año 2005, y no lo ha hecho respecto a otras empresas que contaban con un punto de suministro existente a esa fecha”.

De tal modo, declaró la nulidad de la res. 1281 “desde su aplicación a la actora”.

**Particularidades de la causa.** En “Maschwitz”<sup>39</sup> se rechazó la acción declarativa iniciada por una asociación civil sin fines de lucro que funciona como *country club* que subdistribuye energía eléctrica a cada lote, a fin de que se declarara la inconstitucionalidad de la res. SE 1281/2006, con fundamentos en que la actora —en atención al consumo de energía eléctrica que se le factura— no encuadraba en el concepto de usuario particular a quien el art. 72, ley 24.065, exige de someterse a la jurisdicción previa del ente regulador. Asimismo, se rechazó la acción de amparo en “Ecoave”<sup>40</sup> con fundamentos en que: i) no se advierte la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta alegada por la parte demandante respecto de las normas cuestionadas; ii) no se había fundado suficientemente la inconstitucionalidad de la normativa cuestionada en autos; iii) el actor ni siquiera había intentado demostrar el daño preciso y concreto, actual o inminente; iv) el actor no había acreditado la imposibilidad de abastecerse de la energía excedente mediante alguno de los mecanismos previstos en la misma norma atacada.

**Procedencia del remedio extraordinario.** En el precedente “Wal Mart”<sup>41</sup>, proveniente del juzgado federal de San Luis, se denegó el recurso extraordinario interpuesto por la demandada. A tal fin, se consideró que: i) el recurso extraordinario es un remedio excepcional; ii) la resolución recurrida no es definitiva ni equiparable a tal; iii) el requisito de definitividad de la sentencia no puede suplirse con la invocación de arbitrariedad; iv) no se ha acreditado gravedad institucional.

### III. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

Al momento de escribir estos párrafos no se ubican fallos de la Corte Suprema que versen sobre la validez o invalidez del régimen construido en torno a la res. SE 1281/2006. En especial, no hay fallos que declaren la validez o invalidez de dicha resolución, creadora del régimen de “Energía Plus”, y de su reglamentación, nota SE 1374/2006, que fija los “criterios”; o de los “cargos por excesos” por ella reglados.

Entiendo que no resultarían aplicables directamente las conclusiones volcadas en el dictamen producido por la Procuración General de la Nación en el caso “Establecimientos Liniers”<sup>42</sup>. Ello, en razón de que dicho caso versó acerca de los cargos originados en la ley 26.095, los cuales son distintos de los cargos por excesos de la res. 1281.

<sup>39</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 17/7/2008, causa 33.080/2007, “Maschwitz Club - Asoc. Civil (s/FL) v. Estado Nacional - Secretaría de Energía y otros”, Dres. Uslenghi y Galli.

<sup>40</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 12/12/2007, “Ecoave SA v. Estado Nacional”, Dres. Otero, Uslenghi y Galli.

<sup>41</sup> C. Fed. Apel. Mendoza, 15/10/2009, expte. 86.467, autos 86.467-W-69 (nro. de origen 524/2008), “Wal-Mart Argentina SRL v. Secretaría de Energía por ordinario”.

<sup>42</sup> “Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095”, dictamen del 4/8/2010.

Empero, no puede soslayarse el amplio radio de aplicación de los argumentos empleados en dicho dictamen para convalidar los cargos involucrados, a saber: i) naturaleza tarifaria de dichos cargos; ii) potestad tarifaria en cabeza del poder administrador.

### IV. DOS RÉGIMENES DIVERSOS

Considero que, más allá de la cuestión de la aplicabilidad del dictamen mencionado a casos como los reseñados en las secciones anteriores de este trabajo, cabe reparar en sustanciales diferencias entre los cargos de la ley 26.095, y los cargos por excesos de la res. SE 1281/2006. Cabe adelantar que tales diferencias conducirían a reconsiderar la ciega aplicabilidad del dictamen producido por la Procuración General de la Nación en el caso “Establecimientos Liniers”<sup>43</sup> a casos como los reseñados en las secciones anteriores de este trabajo. Veamos.

#### 1. Contexto

El régimen de cargos de la ley 26.095 se inserta en la emergencia declarada en la ley 25.561, así como en las medidas de emergencia energética del dec. 180/2004 y en el marco general de la legislación que regula la actividad eléctrica, ley 26.095<sup>44</sup>. En cambio, los cargos por excesos de la res. SE 1281/2006 hallan quicio en la recuperación económica de nuestro país<sup>45</sup>, en su crecimiento económico y productivo<sup>46</sup>, así como en un convenio celebrado entre la Unión Industrial Argentina y el Ministerio de Planificación y la Secretaría de Energía el 24/8/2006<sup>47</sup>.

#### 2. Naturaleza

Los cargos de la ley 26.095 evidencian naturaleza tarifaria y así se asevera en el cap. VI del dictamen en cuestión<sup>48</sup>. Los cargos por excesos de la res. SE 12.817/2006 no poseerían una naturaleza prístina. Empero, con apego a la realidad, puedo afirmar que, dada su calidad de “cargos por excesos”, ostentarían naturaleza punitiva, sujetos al permisivo criterio que convalida la delegación respectiva en la medida en que medien suficientes

<sup>43</sup> “Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095”, SC, E.280, libro XLIV, recurso extraordinario, dictamen del 4/8/2010.

<sup>44</sup> “Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095”, dictamen del 4/8/2010, cap. V, cuya transcripción se omite dada su extensión.

<sup>45</sup> Res. SE 1281/2006, consid. 1º.

<sup>46</sup> Res. SE 1281/2006, consid. 2º.

<sup>47</sup> Res. SE 1281/2006, consid. 7º.

<sup>48</sup> “Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095”, dictamen del 4/8/2010, cap. VI: “Por tal motivo, en cuanto aquéllos [cargos específicos] se asignan para la construcción de determinadas obras públicas que hacen a la organización del respectivo servicio, deben considerarse que tienen naturaleza tarifaria...”.

pautas para caracterizar el hecho tipificante<sup>49</sup>, detonante del cargo por exceso por sobre la demanda base, fijada en la de 2005.

### 3. Objetivo

Los cargos de la ley 26.095 apuntan al repago de inversiones por insuficiencia de las tarifas<sup>50</sup>. En cambio, los cargos por excesos de la res. SE 1281/2006, tienen por objetivo inducir la reducción de la demanda de potencia, penalizando los excesos por sobre la demanda base<sup>51</sup>.

### 4. Finalidad

Los cargos de la ley 26.095 son un nuevo modo de financiación de las obras<sup>52</sup>, tienen por finalidad la expansión del sistema de generación, transporte y distribución de los servicios de gas natural, gas licuado y electricidad<sup>53</sup>, razón por la cual el régimen alcanza a segmentos que no son, y a otros segmentos que sí son servicio público. Los cargos por excesos de la res. SE 1281/2006 son un medio de garantizar abastecimiento<sup>54</sup>; tienen por finalidad "impulsar nueva oferta energética privada" o la "instalación de nueva oferta de generación" mediante "inver[siones] (...) en el sector"<sup>55</sup>, con lo que reglan un segmento que no es servicio público<sup>56</sup>, sino actividad librada a las naturales reglas del mercado a los fines de la obtención de inversiones, sin perjuicio del interés general que lo gobierna<sup>57</sup>.

### 5. Excepciones al régimen

En el caso de los cargos de la ley 26.095, las excepciones son fijadas por el Poder Ejecutivo a favor de pequeños usuarios<sup>58</sup>, configurándose una regulación administrativa. Las excepciones al régimen de cargos por excesos van siendo fijadas judicialmente<sup>59</sup>, configurándose una regulación judicial, de neto basamento en la equidad.

<sup>49</sup> "Cerámica San Lorenzo ICSA s/apelación multa 20.680", Fallos 311:2453 (1988).

<sup>50</sup> "Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095", dictamen del 4/8/2010, cap. V.

<sup>51</sup> Res. SE 1281/2006, art. 3°.

<sup>52</sup> "Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095", dictamen del 4/8/2010, cap. V.

<sup>53</sup> "Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095", dictamen del 4/8/2010, cap. IV; ley 26.095, art. 1°.

<sup>54</sup> Res. SE 1281/2006, consid. 1°.

<sup>55</sup> Res. SE 1281/2006, consid. 5° y 6°.

<sup>56</sup> Ley 24.065, art. 1°.

<sup>57</sup> Ley 24.065, art. 1°.

<sup>58</sup> Ley 26.095, art. 9°, párr. 2°.

<sup>59</sup> Así, p. ej., en el caso citado en nota 7.

### 6. Discriminaciones

En el caso de los cargos de la ley 26.095, se discrimina a los usuarios según localización, tipo de servicios u otras razones justificadas<sup>60</sup>; de ello se deja constancia en el dictamen antes citado<sup>61</sup>. En el caso de los cargos por excesos de la res. 1281, se utilizan diversos criterios, entre los cuales se distingue el criterio de haber o no haber habido punto de suministro y consumo en el año base 2005<sup>62</sup>. Cabe recordar que, en rigor, en su momento se convalidó judicialmente la categorización según la demanda del punto de suministro<sup>63</sup>.

Sin embargo, no puede dejar de enfatizarse que la elección del año 2005 como punto de comparación no aparece fundado o motivado en la normativa analizada. El anexo II de la resolución lo fija dogmáticamente ("Se define como 'demanda base' a la demanda de potencia eléctrica abastecida durante el año 2005"), pero en los considerandos de aquélla no se hace mención de tal preferencia temporal.

### 7. Debido proceso. Razonabilidad. Derecho de propiedad

En el caso de los cargos de la ley 26.095, el citado dictamen advierte insuficiencia en los agravios a efectos de demostrar agravio a la tutela judicial efectiva o a la razonabilidad, y a la afectación del derecho de propiedad resulta ajena por involucrar cuestiones de hecho y prueba<sup>64</sup>. Cabe tener presente que, para la Corte Suprema, los medios arbitrados en la emergencia del 2001/2002 son razonables, y así lo declaró en diversos supuestos de contenido económico<sup>65</sup>, criterio que podría, eventualmente, hacerse aplicable a los cargos por excesos de la resolución anotada en oportunidad de la revisión judicial de su constitucionalidad.

### 8. Fijación

Los cargos de la ley 26.095 son fijados por el Poder Ejecutivo, por delegación en el art. 4° de la ley 26.095<sup>66</sup>. Los cargos por excesos de la res. 1281 son fijados por la

<sup>60</sup> Ley 24.076, art. 43.

<sup>61</sup> "Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095", dictamen del 4/8/2010, cap. VII.

<sup>62</sup> Res. SE 1281/2006, Anexo II.2, *in fine*.

<sup>63</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3°, causa 1211/2000, 29/4/2004, "Edenor SA v. res. 664/1999", confirmada por la Corte Suprema.

<sup>64</sup> "Establecimiento Liniers SA v. EN - L. 26.095", dictamen del 4/8/2010, cap. VII: "[L]os planteos atinentes a la garantía de tutela judicial efectiva y al principio de razonabilidad consagrados en la Constitución Nacional, sin fundamentar las razones por las cuales en el caso concreto se produciría una lesión directa a los derechos que a su favor consagrarían esos principios concebidos con alto grado de abstracción y de generalidad, no bastan para constituir un agravio, en este sentido, el recurso evidencia decisiva falta de fundamentación. No merece mejor suerte la aducida violación del derecho de propiedad, toda vez que su examen remite a cuestiones de hecho y prueba ajenos al recurso deducido (...)".

<sup>65</sup> "BankBoston NA v. Jane, Javier Esteban y otro s/ ej. hipotecaria", Fallos 332:2468 (2009); "Galli, Hugo Gabriel y otro v. PEN - ley 25.561", Fallos 328:690 (2005); "Bustos, Alberto R. y otros v. EN y otros s/ amparo", Fallos 327:4495 (2004); entre otros.

<sup>66</sup> "Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095", dictamen del 4/8/2010, cap. IV.

Secretaría de Energía en ejercicio de facultades "emergentes" de la ley 15.336, art. 37; ley 24.065, arts. 35, 36 y 85; dec. 432/1982, art. 1º; y dec. 186/1995, art. 8º<sup>67</sup>. Parecería aplicable, en ambos casos, la jurisprudencia conforme a la cual "(c)uando la ley delega en las autoridades del Poder Ejecutivo la determinación de las políticas y el dictado de las regulaciones que a su juicio resulten más adecuadas para cumplir los cometidos preestablecidos por aquél, los jueces no pueden *ex post facto* sustituir el criterio adoptado por las autoridades administrativas, al considerarlas inconvenientes, juzgarlas según su propia discreción sustituyendo indebidamente la que es propia del PEN"<sup>68</sup>.

El plazo de la delegación en la ley 26.095, art. 5º, es indeterminado pero determinable: los cargos tienen vigencia hasta el repago de los respectivos títulos. El régimen de la res. 1281 no parece sujeto a un plazo determinado o determinable.

### 9. Procedimiento previo a la fijación. El recaudo constitucional

La participación previa a la fijación de los cargos específicos de la ley 26.095 ha sido obliterada por la realidad normativa y la jurisprudencia. En cambio, hubo un tinte participativo en la elaboración de la res. 1281, aun cuando éste no se erigió en un recaudo ineludible. Veamos.

Tal como lo puntualizara, con precisión casi matemática, el Ministerio Público en un dictamen<sup>69</sup>, los cargos específicos de la ley 26.095 resultaban inválidos por haber sido fijados sin participación previa de los usuarios. Mas cabe recordar que tal criterio fue revocado por la alzada<sup>70</sup>, y la Procuración General de la Nación no se habría pronunciado, al presente, acerca de tal específico recaudo de participación previa a la fijación de cargos específicos de esa ley.

En cuanto a los cargos por excesos de la res. 1281, puede apuntarse que en la motivación de ésta se aludió a una suerte de etapa participativa con representatividad no directa: como se apuntó en la primera sección de este trabajo, la mencionada resolución se apoyó en un acuerdo previo concluido entre el Estado —a través del órgano Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y del órgano Secretaría de Energía— y la Unión Industrial Argentina, asociación civil gremial empresaria sin fines de lucro, representativa de la actividad industrial del país, acuerdo por el cual ésta habría brindado soporte a los "lineamientos" contenidos en la resolución ya citada<sup>71</sup>, proveyendo un tinte de representatividad democrática a la medida en cuestión, dentro del específico ámbito de representatividad de la citada unión.

<sup>67</sup> Res. SE 1281/2006, consid. 9º.

<sup>68</sup> "Friar SA v. EN - Ministerio de Economía", Fallos 329:3966 (2006).

<sup>69</sup> Causa 7738/2007, "Turbine Power Co. SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - res. 2008/2006 y otro s/amparo ley 26.986", radicada en el Juzg. Cont. Adm. Fed. n. 7, dictamen de la Fiscalía Federal (Dr. Fabián Canda) del 29/6/2007.

<sup>70</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, 16/10/2007, causa 7738/2007, "Turbine Power Co. SA v. EN - ley 26.095 - Ministerio de Planificación - res. 2008/2006 y otro s/amparo ley 26.986".

<sup>71</sup> Res. 1281/2006, consid. 7º.

### V. REFLEXIONES FINALES

Considero que, más allá de la cuestión de la aplicabilidad del dictamen mencionado<sup>72</sup> a casos como los reseñados en la sección II de este trabajo, el régimen de la res. SE 1281/2006 podría ser concebido como una de las medidas que, discrecionalmente, puede disponer la Administración para encarar el "suministro de la energía a los usuarios en las actuales condiciones de crecimiento de la demanda, dado el crecimiento económico y productivo del país"<sup>73</sup>. No olvidemos que es deber estatal asegurar tales suministros<sup>74</sup>.

Empero, no puede soslayarse que es una clase de medida que sólo armoniza con el abandono del dogma —de racionalidad económica— conforme al cual, así como las inversiones en los segmentos regulados son las que surgen de honrar el respectivo contrato, las inversiones en el segmento generación eléctrica proceden de que se creen las condiciones que permitan concitar "la mayor cantidad de actores del sector privado para que el mercado se abastezca adecuadamente"<sup>75</sup>. El mentado abandono surgiría de que el cargo por exceso significa punir el crecimiento de la demanda, e, incluso, las nuevas demandas.

Por otra parte, el problema son los costos para sobrellevar esas condiciones de crecimiento de la demanda originado en el crecimiento económico y productivo del país, y la asignación de aquéllos, campo en el cual la jurisprudencia parecería haberse hecho eco de las implicancias de esa asignación, generando precedentes de interés.

El escrutinio frío y objetivo de la repercusión económica que el pago de los cargos por excesos implica en los cuadros y balances del usuario surge prístinamente de precedentes tales como "Hogar de Ancianos"<sup>76</sup>, "Wal Mart"<sup>77</sup>, "Molinos"<sup>78</sup> y "Frío Dock"<sup>79</sup>. Esa repercusión económica brinda la base de apreciación de un factor que acarrea consigo a porciones de la sociedad: la continuidad de la empresa o negocio, o

<sup>72</sup> "Establecimiento Liniers SA v. EN - Ley 26.095", dictamen del 4/8/2010.

<sup>73</sup> Res. 1281/2006, consid. 2º.

<sup>74</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, "Regulación y servicios públicos. La seguridad jurídica después de las privatizaciones", *Fragmentos de derecho administrativo. Entre la justicia, la economía y la política*, Hammurabi, Buenos Aires, 2003, ps. 201/204, esp. p. 202.

<sup>75</sup> SILVA DE ALFANO, María G. A. - SCHNEIDER, R., "La reestructuración del sector eléctrico argentino a través del actual marco regulatorio: aspectos novedosos", en AA.VV., *Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad*, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, 8 y 9/6/1995, ps. 87/107, esp. p. 91.

<sup>76</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 29/4/2008, expte. 1190/2008, "Fundación Nvo. Hogar y Ctro. de Ancianos para la Comunidad Judía v. EN —Secr. de Energía— res. 1281/2006 s/proceso de conoc.", Dres. Herrera y Grecco.

<sup>77</sup> C. Fed. Mendoza, 27/3/2009, expte. 85.579-W-66, "Wal-Mart Argentina SRL v. Estado Nacional, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios por ordinario - incidente".

<sup>78</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 2/11/2007, causa 31.371/2007, "Molinos Argenpam SA - Inc. Med v. EN —SE— res. 1281/2006 y otro s/amparo ley 16.986", suscripta por los jueces Argento, Grecco y Fernández.

<sup>79</sup> Juzg. Fed. 1ª Inst. Civ., Com. y Cont. Adm. San Martín n. 1, 21/6/2007, "Frío Dock SA v. Secretaría de Energía del Ministerio de Planificación y otro".

su paralización; subsecuentemente, la conservación de la fuente de trabajo, o su pérdida. Por cierto, tal apreciación se halla siempre sujeta a la prueba documental acompañada por la actora y, en general, a los extremos fácticos acreditados en el pedido de la tutela cautelar.

Las argumentaciones en torno a la garantía de igualdad entre usuarios y a la razonabilidad de la medida han brindado soluciones diversas; así, entre otros supuestos, sustentaron el otorgamiento de la protección cautelar en "La Veloz Hoteles" <sup>80</sup>, pues el establecimiento quedaba, frente a sus competidores más antiguos, en un grado de desigualdad, en tanto aquél debía pagar todo su consumo como si fuera excedente. Mas en "Hera Ailinco" <sup>81</sup> se apeló a la igualdad y a la razonabilidad, arribándose a una solución diferente por predominio de la cuestión de política económica energética involucrada, de tinte irrevisable en sede judicial.

Por último, en el campo de acciones de amparo, tanto la garantía de igualdad como la máxima de razonabilidad permitieron que se hiciera lugar al planteo del amparista en —entre otros— "Monthelado" <sup>82</sup> y en "Wal Mart" <sup>83</sup>. En este último precedente —cabe destacarlo—, con sustancial apoyo en el requisito republicano de motivación y los recaudos de racionalidad y justicia en el actuar de la Administración, razón por la cual es dable enfatizar su importancia como tal.

## ALGUNOS PRINCIPIOS EN MATERIA DE REGULACIÓN

por JORGE H. SARMIENTO GARCÍA

### I.

Los principios en materia de regulación juegan un papel muy importante (como todas las verdaderas ascendencias), permitiendo que aquélla pueda no perder el rumbo, pues, ante intentos de cambios y frente a situaciones de exacerbación y coyunturalismo normativo, sólo la articulación del ordenamiento sobre un bosquejo de principios generales permite sustentar un buen sistema y entender su funcionamiento, manteniendo orientada la brújula hacia el auténtico bien común, lo mismo que en el tropel normativo que parece tener una aviesa disposición de embrollo insoluble.

Creo que en materia de regulación, el Estado puede asumir diversas modalidades y tipos de actuación, siempre que respete en su sentido y alcance propios los principios de *seguridad, libertad, propiedad, subsidiariedad, competencia, igualdad, solidaridad, control y pacta sunt servanda*. Es que estos principios no constituyen una "receta" bien definida, que simplemente hubiese que "aplicar", sino un "enfoque" del tratamiento de los problemas, que ha de ser constantemente complementado y concretado en las distintas situaciones históricas y regionales.

Para el logro del bien común —y, por ende, para la debida satisfacción de las necesidades individuales de importancia colectiva— mediante los principios que anteceden, es fundamental quiénes sean los que ejerzan el poder político, porque no es verdad que gobiernen las leyes, sino que son los hombres los que lo hacen, utilizando —bien o mal— las leyes, lo que me lleva a continuar esta ponencia con tópicos que, en rigor, son de teoría del Estado.

Ante todo evoco que el Estado democrático, sea monárquico o republicano, debe, como forma de Estado, estar investido del poder de mandar con autoridad verdadera y eficaz (*autoritas*); y la dignidad del hombre como *imago Dei*, la dignidad del Estado como comunidad moral exigida por el orden natural —trascendente y objetivo— para que el hombre pueda en él alcanzar sus fines, y la dignidad de la autoridad política como dignidad de su participación en la autoridad divina, determinan que si quien ejerce el poder público no ve u olvida más o menos esa vinculación, sacude las mismas bases de su propia autoridad.

De la misma manera, si no considera suficientemente esa relación y no ve en su cargo u oficio la misión de realizar la justicia u orden natural, surgirá el peligro de que

<sup>80</sup> C. Fed. Salta, 19/10/2007, "La Veloz Hoteles SA v. Secretaría de Energía de la Nación".

<sup>81</sup> C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, 26/5/2010, "Hera Ailinco SA v. Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal - Secretaría de Energía y otros".

<sup>82</sup> C. Fed. Rosario, 30/6/2010, expte. 118/2010, "Monthelado SA v. Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios y/o Secretaría de Energía y/o Empresa Provincial de la Energía s/acción de amparo", mayoría integrada por los Dres. Toledo y Vidal.

<sup>83</sup> C. Fed. Córdoba, sala A, 23/4/2010, "Walmart Argentina SRL v. Estado Nacional - Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios - Secretaría de Energía".