

Poder Judicial de la Nación

Neuquén, 10 de febrero de 2012.

Por presentado, parte y con domicilio constituido.

Por promovida demanda contra el Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional- y contra el ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS (ENARGAS), con domicilio en la Ciudad de Buenos Aires, la que tramitará por las normas del proceso ordinario.

Previo a todo, líbrese oficio a la Procuración del Tesoro de la Nación a los fines previstos por el art. 8 de la Ley 25.344, con adjunción de copia de la demanda, de su ampliación y de la documental acompañada a fs. 1/267 y 285/351. A tal fin deberá la parte adjuntar dos (2) juegos de copias para traslado.

Agréguese la documental que se adjunta.

Téngase presente la reserva formulada en el punto IX y las personas autorizadas en el punto X.

Fíjase la tasa judicial en la suma de \$ 176.210,83 (\$ 5.873.694,30 a que ascendería estimativamente el cargo tarifario mensual cuyo pago se pretende eludir, según se denuncia a fs. 357 vta., tercer párrafo [64.610.637,28 : 11 meses] x 3%). Intímase a la actora a abonar la misma en el plazo de cinco días bajo el apercibimiento previsto por el art. 11 de la ley 23.898. Not.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Para resolver sobre la medida cautelar solicitada en los presentes caratulados **"APACHE ENERGÍA ARGENTINA S.R.L. C/ ESTADO NACIONAL (PODER EJECUTIVO NACIONAL) Y OTRO S/ ORDINARIO"** (Expte. N° 507, Folio 365, Año 2011); se presenta la firma Apache Energía Argentina S.R.L., por medio de su apoderado, a iniciar acción de inconstitucionalidad contra el Estado Nacional y el Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), persiguiendo que se declare la inconstitucionalidad del Decreto N° 2067/08, y de las Resoluciones ENARGAS N° I/1982/2011, N° I/1988/2011 y N° I/1991/2011 y consecuentemente se declare la inexigibilidad a su mandante de cualquier cargo creado o implementado por la referida normativa.

Relata que su mandante opera las áreas conocidas como "Estación Fernández Oro" y "Loma Negra" situadas respectivamente en las Provincias de Río Negro y de Neuquén, en las que posee y opera dos plantas de procesamiento de gas que se encuentran por fuera del sistema de transporte y distribución de gas regulado por la Ley N° 24.076. Explica

que allí su mandante procesa gas natural proveniente de los distintos yacimientos de la firma, obteniendo butano, propano, y gasolina natural. Agrega que una parte del butano y el propano lo comercializa libremente y el resto es destinado a cubrir los cupos correspondientes al acuerdo de "Estabilidad del precio del Gas Licuado de Petróleo envasado en garrafas de 5, 10 y 12 Kg" firmado con la Secretaría de Energía -que tiene por finalidad cubrir las necesidades de los sectores sociales más vulnerables permitiéndole el acceso al producto a precios muy por debajo de los comercialmente rentable para su mandante-.

Por otro lado, manifiesta que la gasolina natural que también produce APACHE procesando el gas natural, se integra y mezcla con el petróleo crudo, comercializándose luego ambos productos en forma conjunta.

Explica que mediante el Decreto N° 2067/08 el Poder Ejecutivo Nacional creó un Fondo Fiduciario destinado a atender las importaciones de gas natural, el que se integra entre otros recursos, por los "cargos tarifarios" que allí se crean y que son abonados por "*...los usuarios de los servicios regulados de transporte y/o distribución, por los sujetos consumidores de gas que reciben directamente el gas de los productores sin hacer uso de los sistemas de transporte o distribución de gas natural y por las empresas que procesen gas natural ...*" (art. 2).

Asegura que en la norma cuestionada se faculta al Ministerio de Planificación Federal a fijar y ajustar el valor de los cargos, así como también a exceptuar a ciertos usuarios de su pago.

Expone que solo tras el dictado de la Resolución N° 1982/11 (ENARGAS) el sistema de cargos implementado por la normativa cuestionada comenzó a afectar a su mandante, quien originariamente no fue incluida en la Resolución N° 563/08 de ENARGAS que implementó a partir de noviembre de 2008 los cargos aprobados por Providencia N° 3061/08 MPFIPyS, por no integrar APACHE el sistema de interconexión de transporte y/o distribución de gas regulado por la ley 24.076.

Explica que mediante la Resolución 1982 el organismo aludido concretó los ajustes encomendados por el Ministerio de Planificación Federal en la Providencia MPFIPyS N° 2609/2011, extendiendo el cargo a los casos en los que el

Poder Judicial de la Nación

gas era enviado para su procesamiento a una planta ubicada por fuera del sistema como es el caso de las operadas por su representada, lo que estima, se deriva de su art. 4 y del punto VII de la Providencia MPFIPyS 2609/11 transcripta en los considerandos de la Resolución 1982, quedando alcanzadas de este modo por el cargo referido las actividades que realiza su mandante en las plantas de Fernández Oro y Loma Negra.

Asegura que ello implicó además que aquellos productores que requieran el procesamiento de gas extraído del pozo a una planta que se encuentre por afuera del sistema deban ahora cancelar el cargo, sin que resulte óbice para ello que no se encuentre involucrado el sistema de transporte o distribución.

Concluye que por aplicación de tal normativa, su parte deberá abonar el cargo tarifario aludido, que se calcula en razón de la Reducción Térmica de Planta (RTP) que resulte del procesamiento de su gas natural en las Plantas de "Estación Fernández Oro" y "Loma Negra", respecto al propano y butano obtenido en dichos procesos, el que a modo ejemplificativo, añade, ascendería a \$ 24.026.729 por el período 1 de enero al 30 de noviembre de 2011, excluyendo del cálculo a los volúmenes de gas natural necesarios para la recuperación calórica por la extracción de la gasolina natural y al consumo de gas propio de la planta necesario para efectuar los procesos, por interpretar que las normas aludidas no los comprenden (los que de ser incluidos, como pareciera ser la intención del ENARGAS tras el dictado de la Resolución 1991, conducirían a un cargo de \$ 64.410.637,28, como surge del cuadro de fs. 310, con el consiguiente agravamiento de la situación).

Afirma que los ingresos brutos obtenidos durante el periodo enero a octubre de 2011 por la comercialización de butano y propano ascendieron a \$ 83.642.068 (reducidos a \$ 42.573.006,79 tras la aplicación de los derechos de exportación), lo que demuestra de manera patente el perjuicio económico que sufrirá su mandante.

Sostiene que el cargo referido desalienta la producción, pues supone un costo mayor al que se obtendría por la comercialización de los productos, poniendo además en serio riesgo la posibilidad de cumplir con el acuerdo

instaurado para asegurar la venta del Gas Licuado de Petróleo envasado en garrafas a bajos precios, toda vez que aquel esquema se sustentó en la posibilidad brindada a la firma de disponer libremente de la producción restante, una vez cumplidos con los volúmenes de venta allí dispuestos al precio fijado, lo que no resultará viable en su opinión de aplicarse un tributo tan elevado como el del supuesto cargo.

Sostiene que el cargo cuestionado se encuentra desvinculado por completo de la noción de servicio público, configurando un tributo, sin que haya sido establecido respetando el principio de legalidad.

Argumenta que la misma enumeración legal de los sujetos pasivos alcanzados por el cargo demuestra que se trata de un impuesto aplicable al consumo de gas y que su naturaleza tributaria se expresa también al excluírsele como base imponible de otros impuestos. Considera además que, a efectos de analizar el cargo, independientemente de la denominación de "tarifario" que la norma le otorga, debe atenderse a su origen, objeto y contenido, resultando por ello asimilable a otros cargos -fondo fiduciario para subsidio de consumos residenciales y fondo fiduciario para el Transporte eléctrico federal- que han sido catalogados como tributos. Cita jurisprudencia que abona su postura, y destaca que el cargo creado por el Decreto N° 2067/08 posee un elemento caracterizador del tributo cual es la coacción ejercida por el Estado para detraer parte de la riqueza de los habitantes para la satisfacción de determinadas necesidades públicas.

Reputa por ello como ilegítimo el origen del cargo ya que ostentando naturaleza tributaria, sólo puede proceder validamente del Poder Legislativo.

Entiende que aún en el caso en que se aceptase la legalidad del tributo, la conducta de las demandadas vulnera derechos adquiridos de su mandante pues por el art. 6 del Decreto 1588/91 por el cual se le otorga la concesión de explotación del área "Estación Fernández Oro", el titular de la concesión "*...estará sujeto a la legislación fiscal general que le fuera aplicable, no siendo de aplicación a los mismos las disposiciones que pudieran gravar discriminada o específicamente la persona, condición jurídica o actividad de*

Poder Judicial de la Nación

los titulares o el patrimonio destinado a la ejecución de las tareas respectivas."

Finalmente señala que en razón de la inconstitucionalidad y nulidad del Decreto N° 2067/08 corresponde decretar la inconstitucionalidad de las Resoluciones 1982, 1988 y 1991 dictadas a efectos de reglamentarlo e implementar el supuesto cargo tarifario.

A fs. 352/358 amplia la prueba documental acompañada y solicita el dictado de una medida cautelar consistente en la suspensión de los efectos del Decreto N° 2067/08 (PEN) y de las Resoluciones N°I/1982/2011, N° I/1988/2011 y N° I/1991/2011 (ENARGAS) hasta que se dicte sentencia de fondo, requiriendo además que se ordene a las demandadas, al Fondo Fiduciario creado y/o a cualquier otro organismo estatal o no que se abstengan de aplicar a su mandante -ya sea que aquel actúe como productor, como operador de una planta de procesamiento y/o usuario de los servicios de procesamiento en Plantas de terceros- la normativa cuestionada.

Considera acreditada la verosimilitud de su derecho a tenor de los hechos expuestos y añade que recientemente el ENARGAS le requirió mediante notas ENRG/GDYE/ACER/GT/GAL/I n° 13615/2011, 14082/2011, 14484/2011 y ENRG/GCER/GGDyE/GAL/I n° 580/12 la presentación de información sensible -desde el punto de vista comercial- sobre la producción y consumo de sus plantas, tendiente a cobrar los cargos creados e implementados por el Decreto 2067/08.

Explica que además la Secretaría de Energía le solicitó a su mandante mediante Nota SE N° 429/12 la presentación de una declaración jurada sobre información relativa a sus plantas de procesamiento tendiente a instrumentar el Cargo de Gas Importado previsto por el Decreto referido.

Asegura que no obstante haber su mandante presentado la respuesta a los requerimientos, ENARGAS le imputó un incumplimiento parcial de los pedidos de información, en los términos del art. 71 de la ley de gas 24.076, intimándola a presentar el correspondiente descargo y a completar la información presuntamente pendiente, todo bajo apercibimiento de aplicarle una multa diaria (Nota ENRG/GDyE/GCER/GT/GAL/I N° 786).

Finalmente expone que el pasado 30 de enero de 2012 APACHE recibió dos facturas emitidas por Nación Fideicomisos S.A. en su carácter de fiduciario del "Fideicomiso de Administración Importación de Gas Natural", la primera de ellas por la suma total de \$ 10.893.472,39 -que se compone en \$ 9.002.869,74 en concepto de "Cargo Decreto 2067/08 costo gas importado" más \$ 1.890.605,65 en concepto de IVA- mientras que la restante factura se emitió por la suma de \$ 2.184.466,46 -compuesta de \$ 1.805.344,20 en concepto de "Cargo Decreto 2067/08 costo gas importado" más \$ 379.122,28 en concepto de IVA-, ambas con vencimiento dentro de los 5 días de recibidas. Aclara que si bien las facturas han sido emitidas a nombre de Apache Petrolera Argentina S.A., su verdadera destinataria es la aquí actora, pues aquélla no posee plantas de tratamiento de gas.

En cuanto al peligro en la demora estima que radica básicamente en el riesgo inminente de sufrir un perjuicio económico irreparable configurado por la efectiva facturación del cargo, y la posibilidad de su inmediata ejecución en caso de incumplimiento. Finalmente asegura que de no accederse a la tutela preventiva solicitada, la producción de su mandante se reducirá, lo que redundará a su vez en perjuicios para terceros -pues implicará la afectación de puestos de trabajo y la imposibilidad de cumplir con los volúmenes del plan de garrafas sociales referido-.

Llegados los autos a despacho para resolver, será necesario examinar si se reúnen los extremos exigidos por el ordenamiento procesal para la procedencia de toda medida cautelar, esto es, la verosimilitud del derecho invocado y el peligro en la demora (art. 230 CPCyC).

Para ello será menester recordar que el art. 12 de la ley 19.549 atribuye a los actos administrativos una presunción de legitimidad que les permite gozar de fuerza ejecutoria, de modo que la Administración queda facultada para ponerlo en práctica sin que los recursos que los interesados interpusieren suspendan su ejecución y efectos, salvo norma expresa en contrario.

Esta presunción -iuris tantum- tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba, dicho de otro modo, ella importa desplazar sobre el peticionante la carga de invocar la legitimidad del acto y **demostrarla**.

Poder Judicial de la Nación

En función de ello, *"Tanto la Corte de Justicia nacional, como los tribunales inferiores especializados en materia administrativa subordinan el dictado de medidas cautelares con impronta innovativa contra la Administración en una matriz más severa que la utilizada en las causas entre particulares. Así, el más alto tribunal tiene dicho que a los requisitos ordinariamente exigibles para la admisión de toda medida cautelar debe agregarse la acreditación del peligro irreparable en la demora y, además, la ineludible consideración del interés público"*.(Cfr. Patricio Marcelo E. Sanmartino, "La suspensión de los efectos del acto administrativo y el daño irreparable", ED-177-768).

De manera que para la procedencia de la medida cautelar requerida -que pretende la suspensión de los efectos del Decreto N° 2067/08 (PEN) y de las Resoluciones N°I/1982/2011, N° I/1988/2011 y N° I/1991/2011 (ENARGAS)- será menester verificar la presencia de la **verosimilitud del derecho** con la estrictez antes señalada, a lo que se añade la existencia de un peligro en la demora caracterizado por la **irreparabilidad del daño** que habría de seguirse para la actora en caso de no dictarse la providencia cautelar.

Puesta en la tarea, tenemos que el Poder Ejecutivo Nacional creó por Decreto N° 2067/08 el Fondo Fiduciario *"para atender las importaciones de gas natural y toda aquella necesaria para complementar la inyección de gas natural que sean requeridas para satisfacer las necesidades nacionales de dicho hidrocarburo, con el fin de garantizar el abastecimiento interno y la continuidad del crecimiento del país y sus industrias."* (Art. 1°)

De acuerdo al art. 2, el Fondo Fiduciario estaría integrado por los siguientes recursos *"(i) cargos tarifarios a pagar por los usuarios de los servicios regulados de transporte y/o distribución, por los sujetos consumidores de gas que reciben directamente el gas de los productores sin hacer uso de los sistemas de transporte o distribución de gas natural y por las empresas que procesen gas natural; (ii) los recursos que se obtengan en el marco de programas especiales de crédito que se acuerden con los organismos o instituciones pertinentes, nacionales e internacionales; y (iii) a través de sistemas de aportes específicos, a realizar por los sujetos activos del sector."* (el resaltado me pertenece).

Aclaró la norma que *"...los cargos referidos no constituirán ni se computarán como base imponible de ningún tributo de origen nacional, con excepción del Impuesto al Valor Agregado (IVA)." (Art. 2º)*

Finalmente en el Art. 6º del Decreto cuestionado se facultó *"...al Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública Y Servicios, con la asistencia técnica de la Secretaría de Energía bajo su dependencia y del Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS), a fijar el valor de los cargos y a ajustarlos, en la medida que resulte necesario, a fin de atender el pago y/o repago de las importaciones de gas natural."*

Por otro lado, la Resolución N° 1451/2008 del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios -modif. por Res. N° 1493/2008- reglamentó el Fondo Fiduciario, constituido con la única finalidad de *"...garantizar y asegurar la disponibilidad de recursos necesarios para atender el pago y/o repago de las diferencias del costo de las importaciones y/o adquisiciones de gas realizadas y la reventa y/o entrega del mencionado producto, a fin de satisfacer las necesidades de dicho hidrocarburo con el fin de garantizar el abastecimiento interno y la continuidad del crecimiento del País y sus industrias"* (art. 6), instruyendo a la Secretaría de Energía y al ENARGAS para que, dentro del ámbito de sus respectivas competencias, determinen el valor de los cargos y los agentes de percepción de los mismos y que una vez aprobado por ese Ministerio su valor, procedan a instrumentarlos y aplicarlos, estableciendo asimismo el procedimiento para su percepción y posterior integración en el Fideicomiso (Conf. Art. 7º y 8º).

A su turno el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios aprobó los cargos aludidos, los que fueron implementados por Resolución N° 563/08 de ENARGAS, norma que definió en su art. 3º que las Transportadoras, Distribuidoras, Terceros interesados previstos en el Art. 16 Inc. b) de la Ley 24.076 y Subdistribuidoras de gas natural, actuarían como Agentes de Percepción.

Ahora bien, hasta aquí el cargo habría sido abonado por los usuarios del sistema de transporte y distribución, con las excepciones dispuestas oportunamente por diversas

Poder Judicial de la Nación

normas (Resolución N° 730/09, N° 768/09, N° 1179/2010 y N° 1707/11).

Tras la Resolución 1982/11 (ENARGAS), según se denuncia, el cargo se extendió a todo el universo de sujetos contemplados por la norma de su creación (art. 2 Decreto 2067/2008), lo que se desprende de la lectura de su Considerando noveno, en el que se transcribe textualmente la Providencia MPFIPyS N° 2609 de fecha 4 de noviembre de 2011, por la cual "el Ministerio instruyó a este Organismo a: "I) Actualizar el monto indicado en el punto I) de la Providencia MPFIPYS N° 3038/08 de fecha 12 de diciembre de 2008 a la suma de PESOS TRECE MIL MILLONES (\$ 13.000.000.000); II) En base al punto I), ajustar los valores unitarios del Cargo Decreto 2067/08 incluyendo a todas y cada una de las categorías de usuarios, ampliando entonces el alcance de la Providencia MPFIPyS 3038/08 a todos los usuarios de gas natural. Respecto de las Usinas termoeléctricas, el cálculo del valor del cargo al momento de aplicar el ajuste del punto I), debe resultar de considerar el volumen de la totalidad de las Usinas juntamente con el volumen total de los usuarios residenciales y considerando el promedio ponderado dentro de sus respectivos cargos. III) A los efectos del pago del Cargo por parte de los usuarios alcanzados de acuerdo a la Providencia MPFIPyS N° 3038/08 y a la presente, mantener los valores unitarios indicados en la Providencia N° 3061/08, salvo los usuarios que se indican en el punto V) de la presente; IV) Se instruya a las Empresas Licenciatarias de Gas Natural a identificar y discriminar a sus usuarios por actividad económica conforme al "Codificador de Actividades" establecido en la Resolución General de la ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS N° 485 del 9 de marzo de 1999, de acuerdo a la actividad principal o secundaria que desarrollen en el punto de suministro conforme el ANEXO I de la presente; V) A los usuarios de gas no residenciales cuya actividad se encuentre encuadrada conforme el ANEXO II de la presente, se les deberá aplicar, a partir del 1 de diciembre de 2011, el Cargo ajustado en forma completa; VI) A todo el universo de usuarios pasibles de la aplicación del Cargo, los Agentes de Percepción (Artículo 3 Resolución ENRG 563/08) deberán facturar el valor unitario del Cargo ajustado, por el consumo del período y en línea separada el Subsidio al

USO OFICIAL

Consumo que surge de la diferencia entre valor unitario de la Providencia 3061/08 y el Cargo ajustado de acuerdo a las directivas de la presente, por el consumo correspondiente; VII) **Se deberán incluir como Agentes de Percepción/Pago a controlar por esa Autoridad Regulatoria a partir de la fecha, a las Plantas de Tratamiento fuera de la medición regulada, que sea provista por los productores, debiendo intervenir ese Organismo en todo lo relacionado con la aplicación e instrumentación del Cargo a los mismos;**... La presente medida será de aplicación para los consumos que se efectúen a partir del 1º de diciembre de 2011"...".

A su turno el art. 4º instruyó los titulares de las Plantas de Tratamiento ubicadas fuera de la medición regulada, en su carácter de Agentes de Percepción/Pago de acuerdo a lo ordenado en el punto VII de la Providencia MPFIPyS N° 2609/11, que remitieran la información necesaria para ejercer el control que a partir de entonces ejercería ENARGAS.

Posteriormente, la Resolución 1991/11 en su artículo 1º dispuso implementar igual tratamiento que el previsto en los artículos 3º y 6º de la resolución ENRG n° I/1982/11 a quienes integran el listado de Actividades y Sujetos (Anexos I y II integrantes de la presente), de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, por medio de la Providencia MPFIPyS N° 2755/11., incluyendo en su ANEXO I denominado como "CODIFICADOR DE ACTIVIDADES" - RESOLUCION GRAL. N° 485/99- ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS (AFIP) entre el listado de actividades y sujetos a los que se les deberá aplicar el cargo completo al "SECTOR PROCESAMIENTO DE GAS NATURAL" disponiendo que "...quedan comprendidas aquellas empresas que tengan como actividad principal o secundaria:- 241110 Fabricación de gases comprimidos y licuados.- 241190 Fabricación de materias químicas orgánicas básicas n.c.p.- 402001 Fabricación y distribución de gas.- 402009 Fabricación y distribución de combustibles gaseosos n.c.p.", lo que solo aplica a las siguientes empresas según Nota SE 8727/11 "...APACHE (Código de Actividad Principal: 111000) 30658994251, San Sebastián (Tierra del Fuego) 30654521561, Loma Negra (Neuquén) 30709551163".

Poder Judicial de la Nación

Finalmente la Resolución N° 1988/11 aprobó el texto ordenado de la Resolución ENRG N° 615/09, que establece la Metodología para la Facturación, Percepción, Información y Depósito de los Cargos - Decreto N° 2067/08 (art. 1°), lo que dispuso comunicar y notificar a los titulares de las Plantas de Tratamiento fuera de la medición regulada (art. 4°).

Por Nota N° 00580/12 del ENARGAS, glosada a fs. 292/294, se comunicó a la actora el Procedimiento Informativo referido al cargo del gas importado indicándosele que la información a proporcionar *"será la relacionada con el consumo que se materialice en el proceso de gas natural que se efectúa en las Plantas de Tratamiento, la cual deberá ser concordante con la producción de los derivados, más el volumen de gas que se consume adicionalmente en dicho proceso (Gas combustible, venteo, merma, etc.)."*

Efectuada la reseña legal del marco normativo aplicable, tenemos que ya la Alzada ha señalado en **"SAVANCO LAURA IRENE Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS s/ ACCIÓN DE AMPARO"** (Expte. N° 257, Folio 248, Año 2009), SI 283/09, que si bien no es este el ámbito apropiado para dilucidar cuál es la naturaleza jurídica del cargo tarifario cuestionado, los argumentos en su contra desplegados en similar sentido que la aquí accionante, básicamente ligados a la violación del principio de legalidad tributaria, por usuarios particulares y por organización de consumidores que cuestionaron la constitucionalidad del mismo eran suficientes para tener por acreditada la verosimilitud del derecho.

A similar conclusión arribó el Conjuez que intervino en la primera instancia, quien recordó que el mismo Poder Ejecutivo Nacional había acepado en el décimo Considerando del Decreto 2067/08 que **"... constituye una obligación para el Estado Nacional asegurar el abastecimiento interno de gas natural, conforme los lineamientos previstos en la Ley N° 17.319 y en la Ley N° 24.076."**, por lo que no era admisible, en principio, el traslado de dicha carga hacia los particulares sin una ley formal que así lo estableciera.

Estimo en suma que es verosímil la posición de la actora según la cual el cargo cuestionado ostenta naturaleza tributaria, resultando indiferente determinar su especie -o sea si se trata e un impuesto, tasa o contribución- pues todas se encuentran amparadas por el principio de reserva de

ley en materia tributaria (art. 17 de la Constitución Nacional) que atribuye en forma exclusiva, al Congreso Nacional, la potestad de su creación, vedada al Poder Ejecutivo, incluso en materia de decretos de necesidad y urgencia (inc. 3, art. 99).

Por todo ello, considero configurada la verosimilitud del derecho invocado. A similar conclusión se arribó respecto de una petición similar formulada por los usuarios del servicio en autos **"SAVANCO IRENE LAURA Y OTROS C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS s/ ACCIÓN DE AMPARO"** (Expte. N° 257, Folio 248, Año 2009) (Res. N° 259, f° 420/425, Año 2009), cuya línea argumental fue mantenida por la suscripta en autos **"CONTRERAS JOSÉ DOMINGO Y OTRO C/ ESTADO NACIONAL Y OTROS s/ ACCIÓN DE AMPARO"** (Expte. N° 306, Folio 252, Año 2009) y ratificada en **"SAVANCO..."** en el auto del 20/12/11 por el cual se amplió el alcance de la tutela cautelar, y por la Alzada en su SI 186/2009, mediante la cual confirmó similar medida cautelar otorgada por el Juzgado Federal de General Roca y en su SI 283/09, por la cual avaló la otorgada en **"SAVANCO..."**.

En cuanto el peligro en la demora, en los precedentes citados se lo estimó acreditado por estimarse el daño actual y configurado en atención a la cuantía de los importes de las facturas recibidas por los consumidores.

En nuestro supuesto, no se trata de un usuario de gas residencial, lo que brinda un matiz distinto al análisis, que deberá transitar por la gravedad del daño con que está amenazada la empresa, de modo de medir su irreparabilidad.

Y así observo que de acuerdo a la certificación contable de fs. 333/346, el total de ingresos **brutos** obtenidos por la empresa por la venta de butano, propano y reventa de butano ascendió para el periodo **enero a octubre de 2011** a la suma total de **\$ 84.823.395,53**, mientras que el cargo fiduciario facturado solamente para el mes de **diciembre de 2011** ascendió a **\$ 13.077.938,88** -IVA incluido según fs. 303/304-. O sea que el cargo de un único mes asciende al 15,42 % del total facturado en **diez meses**. O expuesto de otra manera, sin necesidad de realizar mayores cálculos es posible observar que el monto facturado supera ampliamente el promedio mensual facturado por la firma el pasado año (**\$ 8.382.339,55**), por lo que su aplicación generaría a la

Poder Judicial de la Nación

empresa un quebranto de \$ 4.595.599,32 **por mes**.

Si a ello sumamos que ENARGAS ha puesto de manifiesto su voluntad de aplicar de manera inmediata el cargo, estimo que el peligro en la demora se encuentra suficientemente presente ante la gravedad del daño que al giro económico de la empresa irrogará la medida.

Por ello, admitiré la pretensión cautelar ejercida ordenando la suspensión de los efectos del Decreto N° 2067/08 (PEN) y de las Resoluciones N°I/1982/2011, N° I/1988/2011 y N° I/1991/2011 (ENARGAS) hasta que se dicte sentencia de fondo, sin que resulte necesario disponer además, como se pretende, que se ordene a las demandadas, al Fondo Fiduciario creado y/o a cualquier otro organismo estatal o no que se abstengan de aplicar a su mandante -ya sea que aquel actúe como productor, como operador de una planta de procesamiento y/o usuario de los servicios de procesamiento en Plantas de terceros- la normativa cuestionada, pues esta conducta será una consecuencia de considerar suspendida la normativa respecto de la firma actora, por lo que resultaría sobreabundante así ordenarlo.

En lo atinente a la contracautela, considerando la naturaleza de la obligación cuyo cumplimiento queda suspendido y a los fines de garantizar el efectivo ingreso de los fondos en caso de resultar desfavorable a la actora el pronunciamiento de fondo, consistirá en una caución real, debiendo la actora ofrecer bienes a embargo suficientes para cubrir la suma de \$ 80.000.000 -a la que se estima que ascendería aproximadamente el cargo tarifario intimado según constancias de fs. 303/304 durante seis meses, plazo que se estima suficiente para agotarla tramitación de la causa- o en su defecto, adjuntar seguro de caución por tal importe.

Por todo lo expuesto,

RESUELVO: I) **HACER LUGAR** a la medida cautelar solicitada por **APACHE ENERGÍA ARGENTINA S.R.L.** contra el **ESTADO NACIONAL** (PODER EJECUTIVO NACIONAL) y el **ENTE NACIONAL REGULADOR DEL GAS** (ENARGAS) y en consecuencia, **suspender** a su respecto los efectos del Decreto N° 2067/08 (PEN) y de las Resoluciones N°I/1982/2011, N° I/1988/2011 y N° I/1991/2011 (ENARGAS) hasta que se dicte sentencia de fondo, bajo apercibimiento de aplicarle sanciones conminatorias en caso de incumplimiento y considerar al infractor incurso en el

delito de desobediencia a una orden judicial. Para su toma de razón líbrese oficio a las entidades demandadas, debiendo previamente la actora ofrecer bienes a embargo suficientes para cubrir la suma de \$ 80.000.000 o en su defecto, adjuntar seguro de caución por tal importe.

REGÍSTRESE Y NOTIFÍQUESE.

María Carolina Pandolfi
Juez Federal