

Expte. N° 13-04523654-9 “Edemsa c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza y Ente Provincial Regulador Eléctrico (EPRE) p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- La Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza S.A.- EDEMSA-, actora en autos, solicita por esta vía la anulación del Decreto N° 1649/18 que rechazó el Recurso de Alzada interpuesto contra la Resolución de Directorio N° 13/18 del Ente Provincial Regulador Eléctrico (EPRE), y pide en su lugar la admisión formal de dicho recurso y que se expida el Poder Ejecutivo sobre el fondo de la cuestión planteada.

Señala que el rechazo formal del recurso interpuesto resulta improcedente por cuanto afecta el debido proceso, el derecho de defensa, produciendo un perjuicio, cierto, objetivo y determinado por falta de pronunciamiento y consideración de la cuestión de fondo planteada, relacionada con la aplicación de una sanción inconstitucional que afecta la ecuación económico financiera del Contrato de Concesión, siendo el Decreto N° 1649/18 el corolario de una serie de actos administrativos emanados del Poder Concedente y del EPRE que implican afectación de derechos patrimoniales de EDEMSA, por alteración del marco legal vigente y la ecuación económico financiero del Contrato de Concesión.

Sostiene que el Recurso de Alzada es una vía impugnativa idónea, expresamente prevista en la vigente Ley 6497 y NO fue derogada por la ley 9003 y por tanto el rechazo formal es legalmente improcedente.

Alega la falta de mérito del Decreto N° 1649/18, el cual raya en la ilegalidad por omisión de un control que debe ejercer el Poder Ejecutivo en lugar de desentenderse bajo pretexto de una improcedencia formal, que no es tal, judicializando innecesariamente un tópico que es un resorte propio de la administración central.

En cuanto al fondo de la cuestión, arguye la incorrecta aplicación del “*solve et repete*”, tal como lo pretende hacer efectivo el EPRE por violación al debido proceso, tutela judicial efectiva y el principio de igualdad.

Postula que la multa resulta desproporcionada y confiscatoria al absorber una parte substancial del capital.

Aduce arbitrariedad por cuanto el convenio celebrado con el concedente a fin de regularizar el servicio, actualizando la retribución de EDEMSA (VAD), en fecha 14/07/2017, no había alcanzado a tener principio de ejecución cuando el EPRE aplicó la sanción en cuestión referida al semestre Nro. 17 que comprende el período 01/02/17 al 31/07/17, pero además aplicó sanción por el semestre N° 18 (Período 01/08/17 al 31/08/18) por la suma aproximada de \$ 88.000.000, es decir que no había transcurrido el tiempo necesario para que el servicio empezara a recomponerse y el EPRE sancionó en el mismo momento que se acordaba con la concedente la necesidad de adecuación de la tarifa y la ejecución de las obras para normalizar el servicio.

Explica que las sanciones para el período 2017 producen un impacto negativo en el patrimonio, porque representan un 29 % de la Ganancia Bruta Anual; el 92 % de la pérdida operativa; casi el 45 % del resultado neto del ejercicio 2017 y el 22 % del patrimonio neto al 31/12/17 y el 8 % del VAD del período actualizado; el importe de las multas del 2017 representan más del 65 % del monto de inversión en obras reconocido por el Concedente en el Convenio de Normalización del servicio de fecha 14/07/2017.

Finalmente denuncia la modificación unilateral e infundada del criterio para la determinación de la Energía No Suministrada, desconociendo los parámetros y principios establecidos en las Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones.

II- En el responde de fs. 336/343 y vta. el Ente Provincial Regulador Eléctrico solicita se declare la existencia de moot case por sustracción de la materia, por cuanto la aquí actora consintió la sentencia monitoria del 2do. Juzgado Tributario en Autos N° 13-04644653-9, carat, “Ente Provincial Regulador Eléctrico c/ Empresa Distribuidora de Electricidad

de Mendoza S.A. p/ Apremio”, favorable al progreso de la acción y depositó el monto de la multa.

En subsidio, contesta la acción y solicita el rechazo de la pretensión.

Expresa que la Distribuidora se encuentra obligada contractual y legalmente a abonar las multas por deficiente calidad del servicio prestado a los usuarios, previo interponer cualquier impugnación sobre las mismas, en consecuencia su conducta inapropiada tanto en sede administrativa como en sede judicial contraría palmariamente los preceptos normativos.

Sostiene que la exigencia del pago previo no es un valladar que impida el acceso a la jurisdicción sino que es una exigencia válida.

Señala que en el caso bajo análisis estamos frente a la aplicación de una sanción por deficiente calidad de “Servicio Técnico”-interrupción del servicio eléctrico- prestado por la Distribuidora durante el período semestral que corre desde el 01/02/2017 al 31/07/2017; que se calcula conforme a valores expresamente preestablecidos en el Contrato de Concesión y que se encuentran indicados en el Pto. 5.5.2 titulado Calidad de Servicio Técnico.

Resalta que los incumplimientos no configuran sanciones penales administrativas, por lo que carece de asidero lógico jurídico los argumentos equívocamente vertidos por la accionante en cuanto a pretender que las sanciones establecidas en el contrato de concesión se rijan por los principios del derecho penal.

En definitiva defiende la legitimidad de los actos impugnados los que han sido dictados por autoridad competente, se han respetado los procedimientos y se ha cumplido con la finalidad de su dictado.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 346/347 y expresa que realizará el control de legalidad que por ley le corresponde, previsto en el art. 177 de la Constitución Provincial y Ley 728, en defensa del interés patrimonial del Estado comprometido.

IV- Analizadas las actuaciones, los argumentos

esgrimidos por las partes en litigio, los elementos de juicio incorporados a la causa y teniendo en cuenta el control de legitimidad que ejerce V.E. respecto al obrar de la Administración Pública, este Ministerio Público Fiscal realiza las siguientes consideraciones:

1) En reiteradas oportunidades V.E. ha recordado que a los fines de adoptar una decisión definitiva, deben tenerse en cuenta las circunstancias actuales (Fallos 272:130; 285:353; 302:2020, 304:1088; 318:2439, entre otros).

2) En este orden de ideas, la accionada sostiene que la cuestión ha devenido abstracta por cuanto la pretensión de la actora consistente en que el Tribunal declare la nulidad de la Resolución EPRE n° 167/17 que impuso una multa de \$ 75.627.145,13 por apartamiento de los límites de Calidad de Servicio Técnico correspondiente al 17°Semestre de la II Etapa de Control; y la Res. EPRE n° 013/18 que no dio trámite al recurso de revocatoria interpuesto, consintió la sentencia monitoria favorable al progreso de la acción en fecha 27 de diciembre de 2018 dictada por el Segundo Juzgado Tributario en Autos N° 13-04644653-9, carat, "*Ente Provincial Regulador Eléctrico c/ Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza S.A. p/ Apremio*", y depositó el monto de la multa.

2) Tal circunstancia, sobreviniente al inicio de la presente acción procesal administrativa iniciada por EDEMSA, a criterio de esta Procuración General, configuraría, una remoción del obstáculo formal por el cual en sede administrativa el EPRE por Resolución N° 013/18 decidió hacer saber a EDEMSA que no iba a dar trámite al recurso por no encontrarse acreditado el cumplimiento del requisito previo establecido en el Numeral 5.3 (3er párrafo in fine) de las Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones del Contrato de Concesión.

3) Consecuentemente con lo anterior, se considera que, habiéndose dado cumplimiento al pago de la multa en forma compulsiva, mediante la vía de apremio, y por tanto al cumplimiento del requisito previo establecido en el Numeral 5.3 (3er párrafo in fine) de las Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones del Contrato de Concesión, correspondería que la discusión de fondo se dé en el ámbito natural en el cual deben ventilarse las cuestiones relativas al contrato de concesión y la calidad del servicio, por lo que resultaría admisible en este aspecto, la pretensión de

EDEMSA, que se resuelva la cuestión de fondo en el ámbito administrativo pertinente.

En efecto, conforme la Ley 6497 que establece el Marco regulatorio de la energía eléctrica, el EPRE es el organismo de control y fiscalización en materia de energía eléctrica y tiene las atribuciones indicadas en el Capítulo XII de la Ley, entre las que se encuentran las de cumplir y hacer cumplir la Ley, su reglamentación y disposiciones complementarias, controlando la prestación de los servicios y el cumplimiento de las obligaciones fijadas en los contratos de concesión y aplicar las sanciones previstas en la ley, en sus reglamentaciones y en los contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso. Agrega que en caso de que, a pesar de haberse aplicado multas por apartamientos del régimen de calidad, las distribuidoras persistan en el incumplimiento de los planes de obras e inversión que resulten necesarios para asegurar el abastecimiento y calidad del servicio, se podrán aplicar sanciones que serán determinadas conforme a la gravedad de la falta, a los antecedentes, y en particular, a las reincidencias incurridas, hasta el límite fijado para los supuestos de incumplimientos de "Otras obligaciones de la Distribuidora" en los subanexos que establecen las normas de calidad del servicio de los respectivos contratos de concesión.

Asimismo, se consigna que la interpretación de las normas, el control del servicio y la fiscalización de las obligaciones, estarán siempre subordinados al principio de protección y mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes de la Provincia.

Como corolario de lo expuesto, este Ministerio entiende que procede que V.E. haga lugar a la pretensión de EDEMSA en los términos señalados anteriormente, reenviando las actuaciones al ámbito administrativo pertinente.

Despacho, 16 de diciembre de 2021.-



Dr. HECTOR FRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Fiscalización General