

Expte. N° 13-05310087-7, “Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza S.A. (EDEMSA) c/ E.P.R.E. s/ A.P.A”

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- La Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza S.A.,- EDEMSA-, actora en autos, solicita por esta vía la anulación de la Resolución EPRE N° 327/19 que rechaza el Recurso de Revocatoria interpuesto contra la Disposición General EPRE GTS N° 450/19, así como de las actuaciones administrativas que le precedieron, en tanto rechaza las causales denunciadas como eximente de responsabilidad en las interrupciones del servicio en los casos: N° 26 del mes de agosto y N° 19 del mes de noviembre de 2018.

Recuerda que EDEMSA es responsable de la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica en el área territorial concesionada, en los términos establecidos por el Marco Regulatorio Provincial y Contrato de Concesión vigentes y por tanto es responsable de las interrupciones del servicio cuya duración sea mayor a tres minutos, razón por la cual se deberá bonificar a los usuarios afectados las sanciones determinadas por las Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones, de acuerdo a la frecuencia y duración de dichas interrupciones.

Agrega que no es responsable por las interrupciones de servicio cuando las mismas se originaran en: a) Autorizaciones del Ente Provincial Regulador Eléctrico: b) Ordenadas por el EPRE o Autoridad competente. C) Caso fortuito o fuerza mayor, en base a hechos imprevisible, inevitables, irresistibles y ajenos al ámbito propio de la actividad de la prestación del servicio público de distribución de electricidad.

Describe el procedimiento de denuncia y acreditación del hecho establecido en la Resolución EPRE N° 103/09 y hace una breve reseña del sistema eléctrico de la Argentina.

Refiere que con motivo de la

prestación del servicio eléctrico de distribución de energía eléctrica concesionado los días 20/08/2018 y 11/11/2018 se produjeron interrupciones del servicio por causas externas al sistema de distribución de EDEMSA, en el Alimentador COGASCO-GN1013.

Aduce que ante esta situación y en cumplimiento de los plazos y condiciones establecidas en el procedimiento de control de la calidad técnica del servicio vigente, EDEMSA denunció dichas interrupciones como un supuesto de fuerza mayor, en los términos del art. 1730 del Código Civil, ante el EPRE, a fin de ser liberada de las multas/sanciones asociadas a dichos cortes, resultantes de la aplicación de las Normas de Calidad del Servicio Público y sanciones.

Expresa que mediante Disposición General GTS N° 450/19 el EPRE rechazó la causal de fuerza mayor invocada como eximente de responsabilidad por las interrupciones de servicio eléctrico denunciadas.

Manifiesta que esa disposición fue impugnada en legal tiempo y forma por Recurso e Revocatoria, el cual fue rechazado por Resolución del EPRE N° 327/19, con la consecuente afectación del debido proceso, derecho de defensa y derechos patrimoniales, al no valorar adecuadamente las circunstancias de hecho registradas, las pruebas ofrecidas, omitiendo considerar el funcionamiento del Sistema Interconectado Argentino, el Mercado Eléctrico Mayorista y su regulación, así como la acreditación del nexo causal.

Postula que las interrupciones al servicio originadas por causas externas al sistema de distribución fueron indebidamente rechazadas como supuestos de eximentes y se debieron a fallas en el sistema eléctrico de generación, debido a la salida de la Central Atucha II “aguas arriba” de la distribución a cargo de EDEMSA, precisamente por la desconexión de su principal bomba de refrigeración (interrupción del día 20/08/2018 y la desconexión del generador por actuación de la protección del bloque (interrupción del día 11/11/2018), hechos que resultan absolutamente ajenos a EDEMSA, imposibles de prever por los cuales no debe responder.

Alega que el criterio del Ente Regulador resulta arbitrario, dado que en los casos analizados se han configurado los presupuestos para la procedencia de la fuerza mayor prevista

en los arts. 1730 y cs. del Código Civil y Comercial y la pretendida limitación de la fuerza mayor por haber acontecido el evento en el sistema nacional de generación carece de asidero legal y material.

Explica que conforme las características propias del contrato de Concesión EDEMSA tiene la obligación implícita de sujetar su accionar de Despejar carga a lo reglamentado en los procedimientos técnicos de CAMMESA y es arbitrario que se la sancione por ello.

Aduce que es imposible prever las fallas en instalaciones aguas arriba de la distribución por encontrarse fuera de la competencia de EDEMSA así como el pedido de CAMMESA de bajar demanda ante las fallas en análisis, como tampoco la extensión, gravedad o daño que dichas casusas pueden generar a partir de instalaciones que están fuera de la concesión.

Agrega que el EPRE tampoco ha contemplado el mandato legal establecido en el punto 8 (iii) de la Carta de Entendimiento de EDEMSA aprobada por Decreto N° 3050/05 y Ley N° 7544, en virtud de la cual el Poder Concedente se comprometió a flexibilizar los criterios de admisión de fuerza mayor como eximente de responsabilidad por interrupciones eléctricas provenientes de la red troncal externa o causales externas, debido a las condiciones actuales de funcionamiento del sistema eléctrico.

Sostiene que en los casos analizados las interrupciones del servicio se ejecutaron en cumplimiento a la orden de CAMMESA de despejar carga ante fallas en el Sistema Eléctrico Nacional, a los efectos de evitar el colapso del SADI, conforme los parámetros establecidos en el Procedimiento Técnico N°4 y 7 de CAMMESA.

En subsidio, plantea la excepción de incumplimiento, Art. 1075 CCN, dado que el incumplimiento del servicio tiene como causa un incumplimiento previo y precedente aguas arriba de su concesión.

Refiere que la distribuidora está indefectiblemente sujeta al poder dominante de CAMMESA en su rol de Administrador del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), lo que genera una conexidad evidente y un vínculo indisoluble entre los contratos de concesión y

los contratos de abastecimiento, siendo aplicables las disposiciones de los contratos conexos (Arts. 1073,1074 y 1075) del CCN., y tal circunstancia ha sido desconocida en las normas atacadas.

Advierte que si DISTROCUYO (Organismo Encargado del Despacho) incumple su obligación de suministrar energía a sus usuarios (EDEMESA) mal puede la Distribuidora continuar prestando el servicio a su vez a sus propios usuarios; lo cual resulta aplicable también a las empresas transportistas y generadoras (Central Atucha II).

Finalmente señala que existe una evidente desproporcionalidad entre la pena impuesta y la gravedad o importancia de la conducta desplegada por EDEMESA, que nada podía hacer frente a la interrupción del servicio cuestionada.

II- En el responde de fs. 203/212 vta. el Ente Provincial Regulador Eléctrico describe el tipo de servicio público que presta, lo conceptualiza y determina los caracteres esenciales del mismo que, cumplidos, llevan a la calidad del servicio, que se encuentra garantizada por expresas normas constitucionales (art. 42 CN).

Transcribe la normativa legal y contractual que regula la actividad eléctrica (Marco Regulatorio Ley N° 6497, Contrato de Concesión), de la cual surge la legitimidad del obrar de EPRE plasmada en la Resolución N° 371/2019.

Advierte que la conducta de la actora está en palmaria contradicción con la teoría de los actos propios, dado que hasta la presente acción la Distribuidora EDEMESA siempre ha considerado-para el cómputo de los indicadores correspondientes a la Calidad de Servicio Técnico- las interrupciones por causas externas a su sistema (Resolución EPRE n° 195/2004; Resolución EPRE n° 106/2013, entre otras).

Señala que la flexibilización de criterios no es un mandato legal, sólo un compromiso de estudio por ambas partes- Concedente y EDEMESA- que no se ha materializado con el alcance que pretende EDEMESA en ninguna norma regulatoria.

Expresa que no puede dejar de mencionar que con fecha 14/07/2017, EDEMESA celebró con el Gobierno de la Provincia un Convenio sobre Readequación de VAD y Normalización de Aspectos

Controversiales del Contrato de Concesión, conforme al cual EDEMSA desistió de todos los procedimientos, reclamos y procesos tanto administrativos como judiciales (Cláusula Cuarta del Convenio aprobado por Decreto N° 2310/2017 ratificado por Ley N° 9034) y destaca que han quedado firmes y consentidos todos los criterios de evaluación vinculados a causales de Fuerza Mayor.

Resalta que el usuario abona una tarifa autorizada en carácter de contraprestación de un servicio predeterminado, por tanto si el servicio no es prestado en las condiciones establecidas la tarifa no puede permanecer inalterada, de seguirse dicho razonamiento habría por parte de la Distribuidora un enriquecimiento sin causa que lo justifique.

Postula que las fallas externas, no constituyen por su mero acaecimiento un caso fortuito o de fuerza mayor que libere a la Distribuidora de su responsabilidad frente al usuario por la calidad del servicio suministrada, más aun teniendo en cuenta que el servicio es prestado en forma monopólica.

En punto a la desproporcionalidad de la sanción, indica que la misma es de naturaleza administrativa, de fuente legal y contractual que se rige por los principios establecidos en dicho marco normativo, cuya metodología de cálculo se encuentra preestablecida en las Normas de Calidad de Servicio Público y Sanciones del Contrato de Concesión y el EPRE la aplica en función de una potestad sustentada en la habilitación de una normativa expresa y en ejercicio de una actividad reglada que no posibilita graduar su monto.

Finalmente destaca que la Resolución del EPRE n° 327/19 no se encuentra suspendida en sus efectos jurídicos en sede administrativa ni judicial, sin embargo la Distribuidora no ha procedido a bonificar a los usuarios.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 216/220 a efectos del control que le compete.

Expresa que la actora aduce causal de fuerza mayor, sin embargo, coincidiendo con el dictamen técnico de fs. 11/12 del expte. N° 374-E-2018-09-80299, destaca que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, resultan de interpretación restrictiva, que en la especie no se han

dado ni probado, máxime teniendo en cuenta que, precisamente por su conocimiento y experiencia, no puede eximirse a la prestadora por hechos que forman parte del riesgo propio de la actividad (Res EPRE 103/09).

IV- Este Ministerio Público Fiscal en concordancia con Fiscalía de Estado entiende que para resolver el caso en cuestión, debe tenerse como pauta que tanto del art. 42 de la Constitución Nacional como de la Ley de Defensa al Consumidor N° 24.240, se desprende que el usuario es el sujeto más importante de la relación y sus derechos deben ser protegidos prioritariamente, siendo las sanciones una forma de protegerlo reintegrándole una suma proporcional por un servicio que no recibió.

Bajo este orden de ideas, luego de evaluar los argumentos de ambas partes, compulsar los expedientes administrativos venidos AEV, la normativa específica que rige el contrato de concesión y, teniendo en cuenta los caracteres esenciales del servicio público relativos a la continuidad y regularidad y el concepto de control de calidad garantizado en el citado art. 42 de la CN, se considera que no resulta arbitrario, el criterio del EPRE de no aceptar las causales denunciadas como eximentes de responsabilidad en las interrupciones del servicio en los casos N° 26 del mes de agosto y N° 19 del mes de noviembre de 2018.

Para el análisis de los casos presentados como hechos fortuitos o de fuerza mayor se tiene en cuenta la definición, alcances y efectos establecidos en el art. 1730 del Código Civil y Comercial de la Nación, criterios que han sido plasmados en la resolución del EPRE 327/19 y en la Disposición GTS N° 0450/19, la cual remite al dictamen conjunto del Area Jurídica y del Area Técnica del Servicio Eléctrico obrante a fs. 11/12 del Expediente N° 374-E-2018-09-80299.

En el dictamen mencionado se expresa:

- Caso N° 26 de agosto de 2018: La distribuidora informa que el día 20/08/18 a las 9:11:01 se produjo la interrupción N° POR 107781200, en breve descripción del suceso declara que se produce mínima frecuencia llegando a 49.004HZ a causa del desenganche de un grupo de despejo 700MW en Atucha II, que afectan al Sistema Eléctrico de Mendoza, entre las cuales se encuentran las instalaciones de la distribuidora, durante 00:18 hs.; Caso N° 19, de Noviembre de 2018: La distribuidora

informa que el día 11/11/18 a las 02:40:02 se produjo la interrupción N° POR 107781817, en breve descripción del suceso declara que se produce mínima frecuencia cuando desengancha la Central Nuclear Atucha II, despejando 710MW, que afectan al Sistema Eléctrico de Mendoza, entre las cuales se encuentran las instalaciones de la distribuidora, durante 00:05:07.

Se destaca que la causa invocada es evento ocurrido en el Sistema Nacional, lo que está expresamente excluido de las eximentes de responsabilidad, según el punto 3.4.1 del Procedimiento de Calidad aprobado por Resolución de Directorio 103/09.

- En el ámbito del derecho regulatorio, dada la pericia técnica y especialidad en la materia de la Concesionaria del servicio, tanto el caso fortuito como la fuerza mayor resultan de interpretación restrictiva, máxime teniendo en cuenta que no puede eximirse la Prestadora por hechos que forman parte del riesgo propio de la actividad.

- El régimen de calidad del servicio prevé e incluye en el régimen de responsabilidad – hasta la ocurrencia de causas externas: “... LA CONCESIONARIA no podrá invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establecen en el Subanexo 5(...); por ende , “las interrupciones cuyas causas origen se encuentren el Instalaciones Eléctricas ajenas a la DISTRIBUIDORA, tales como las que pertenecen a otras Empresas prestadoras del Servicio de Distribución, Transmisión o Generación de Energía Eléctrica, serán consideradas en el cálculo de los indicadores de calidad del servicio técnico, claramente discriminadas del resto de acuerdo al criterio lógico indicado en el anexo “D”. Por lo que la Distribuidora debe adoptar las medidas necesarias para asegurar la provisión y disponibilidad de energía eléctrica, en tiempo oportuno y conforme al nivel de calidad establecido en el Subanexo 5, asegurando las fuentes de aprovisionamiento (Art. 2, 2° p. y 22.7 del C.C.- Punto 3.6 Resol. EPRE n° 103/09).

- La concesionaria no ha logrado justificar debidamente que las interrupciones del servicio hayan ocurrido por la eximente de responsabilidad de caso fortuito o fuerza mayor invocada.

En función de dicho informe se dicta la

Disposición GTS N° 0450/19, la cual fue recurrida y confirmada por la Resolución EPRE N° 327/19 obrante a fs. 26/28 del Expediente N° 208-E-2019-09-80299.

En los considerandos de la norma citada se alude al dictamen jurídico de fs. 23/25 vta. en el cual se analiza la cuestión de fondo, art. 1730 del Código Civil el cual sostiene que la fuerza mayor puede constituirse en una causa de justificación de no hacer, pero que la misma debe ser invocada y probada y que debe apreciarse con criterio restrictivo, toda vez que justifica un incumplimiento legal; los eventos bajo análisis deben ser considerados a la luz de las características propias del Contrato de Concesión, en materia de interrupciones resulta aplicable el art. 13 de la Ley N° 6497, en cuanto se obliga al distribuidor a satisfacer la demanda de provisión de servicio eléctrico; el desabastecimiento de energía por causas externas al distribuidor, debido a la falta de suministro en cualquiera de los puntos de intercambio de energía eléctrica, no excusan a la Distribuidora de la prestación del servicio; la exclusión de responsabilidad supondría que los usuarios provinciales deban determinar quién ha resultado responsable por la interrupción del servicio y perseguir contra aquél los daños derivados de la falta de prestación, dicha hipótesis no sólo resulta ajena al marco regulatorio sino también a los principios protectorios propios de la relación de consumo, receptados en el art. 42 de la Constitución Nacional.

De lo antes expuesto surge que las normas atacadas describen los hechos, las normas infringidas y las pruebas que sustentan las medidas adoptadas, las cuales no se avizoran arbitrarias ni irrazonables.

Así, acreditado el incumplimiento en la prestación del servicio -que la actora no niega-, corresponde al EPRE en función de una potestad legal y en ejercicio de actividad reglada, la aplicación de la sanción prevista la cual, tal como lo sostiene la demandada directa, es de fuente legal y contractual cuya metodología de cálculo se encuentra preestablecida en las Normas de Calidad de Servicio Público y Sanciones del Contrato de Concesión.

En cuanto a la excepción de incumplimiento, prevista en el art. 1075 del CCCN, planteada en forma subsidiaria, si bien la doctrina y jurisprudencia ha aceptado la aplicación de la misma en materia de

contratos administrativos, V.E. ha señalado también que la presencia de dicho tipo de contratación provoca un mayor rigor en la ponderación de los requisitos necesarios para el ejercicio de la excepción: buena fe y proporcionalidad, siendo éste el efecto preciso que tiene el principio de continuidad como prerrogativa estatal en los contratos públicos (L.S. 364-177). Asimismo ha expresado que el hecho -u omisión- de la Administración tiene que producir una razonable imposibilidad de cumplir con las obligaciones contractuales y no puede ser invocado ante cualquier dificultad que se presente al contratista (L.S. 447-186).

En doctrina se señala que la pauta para la viabilidad jurídica de la excepción de incumplimiento es el interés público, el cual no gravita de la misma manera en todos los contratos administrativos y alcanza su máxima expresión en los contratos de concesión de un servicio público (cfr. *“La excepción de incumplimiento contractual en el Derecho Administrativo”*, por Julio Pablo Comadira, 2007, Libro Cuestiones de contratos administrativos, pág. 695, Ediciones RAP, id. SAIJ DACF 140301).

Conforme las pautas mencionadas, en la especie se advierte que no se configuran los presupuestos para la admisibilidad de la excepción de incumplimiento.

Como corolario de lo expuesto, procede que V.E. no haga lugar a la demandada incoada.

Despacho, 8 de noviembre de 2022.