

Expte. N° 13-04793315-8, “Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza S.A. EDEMSA c/ Ente Provincial Regulador Eléctrico 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 de la Resolución EPRE N° 073/19 que rechaza el Recurso de Revocatoria interpuesto contra las Disposiciones Gerenciales EPRE GTS N° 653/18 y 656/18, en tanto rechazan las causales denunciadas como eximentes de responsabilidad en las interrupciones del servicio en los casos: N° 07 del mes de abril de 2018 y N° 38, 49 y 50 del mes de febrero 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 u otra Autoridad competente. c) Caso fortuito o fuerza mayor, en base a hechos imprevisibles, inevitables, irresistibles y ajenos al ámbito propio de la actividad de la prestación del servicio público de distribución de electricidad.

Realiza una breve reseña histórica del sistema eléctrico de la Argentina y describe el sistema de Interconexión – SADI.

Refiere que con motivo de la

prestación del servicio eléctrico de distribución de energía eléctrica concesionado el día 06/04/2018 se produjo una interrupción del servicio por causas externas al sistema de distribución de EDEMSA, en el Alimentador PONCE-GN1008.

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 vigentes, EDEMSA denunció dicha interrupción 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 asociada a dicho corte, resultante de la aplicación de las Normas de Calidad del Servicio Público y sanciones.

Expresa que mediante Disposición General GTS N° 653/18 y N° 656/18 el EPRE rechazó la causal de fuerza mayor invocada como eximente de responsabilidad por las interrupciones de servicio eléctrico denunciadas conforme a la prueba aportada.

Manifiesta que esas disposiciones fueron impugnadas en legal tiempo y forma por Recurso de Revocatoria, el cual fuera rechazado por Resolución del EPRE N° 073/19, 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 la interrupción del servicio originada por causas externas al sistema de distribución fue indebidamente rechazada como supuesto de eximente y se debió a fallas en el sistema eléctrico de generación, por la salida de la Central Atucha II “aguas arriba” de la distribución a cargo de EDEMSA, como consecuencia de la desconexión de su principal bomba de refrigeración, lo que ocasionó el desenganche de los alimentadores por decremental de mínima frecuencia, hecho que resulta absolutamente ajeno a EDEMSA, imposible de prever y evitar por el cual no debe responder.

Alega que el criterio del Ente Regulador, al rechazar la causal, resulta arbitrario, dado que en el caso analizado 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.

Agrega 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.

Alega en relación a las interrupciones por fuerte temporal registrado el día 26/02/2018, en el Departamento de San Rafael, casos 49 y 50 que constituyeron objetivamente causales de caso fortuito o fuerza mayor y que no se han valorado adecuadamente las circunstancias del caso siendo las fotografías e informes periodísticos contundentes que demuestran lo caótico y las dimensiones del fenómeno climático, con intensa ráfagas de viento y un caudal exuberante de precipitaciones que ocasionó imprevistas inundaciones, caída de árboles, etc.

Sostiene que el EPRE adopta un criterio simplista al manifestar en la resolución atacada que las instalaciones de EDEMSA no son idóneas para resistir el fenómeno climático, o bien la intensidad acusada por la Distribuidora no es tal, lo cual no es cierto.

Afirma que conforme lo informado por la Dirección de Agricultura y Contingencias Climáticas, cuyo informe acompaña, en la zona donde se produjeron los daños en las redes eléctricas, el día 26 de febrero del 2018 se registraron tormentas con fuertes lluvias y granizo y ráfagas de viento que alcanzaron los 70 km/h. y como consecuencia de ello la Distribuidora sufrió severos daños que causaron las interrupciones en análisis; prueba que fuera rechazada, así como la prueba testimonial, ofrecidas en el Recurso de Revocatoria, lo que afecta el derecho de defensa y el debido proceso legal.

Finalmente afirma que la resolución cuestionada desconoce absolutamente los principios del derecho administrativo sancionador y que existe una evidente desproporcionalidad entre la pena impuesta y la gravedad de la conducta desplegada por EDEMSA, que nada podía hacer frente a la interrupción del servicio.

II- En el responde de fs. 196/207 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 EDEMSA 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 EDEMSA- que no se ha materializado con el alcance que pretende EDEMSA en ninguna norma regulatoria.

Expresa que no puede dejar de mencionar que con fecha 14/07/2017, EDEMSA 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 concluye que la Resolución del EPRE n° 073/19 se encuentra debidamente motivada en cláusulas precisas de incumplimientos contractuales específicos, definidos en sus circunstancias esenciales de modo, tiempo y lugar, que circunscriben el espacio en el que puede acontecer la conducta sancionable.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 211/212 y vta. y expresa que adhiere en forma expresa al responde efectuado por el EPRE y que realizará el control de legalidad que por ley corresponde, previsto en el art. 177 de la Constitución Provincial y Ley 728, en defensa del interés patrimonial del Estado comprometido en la causa.

IV- Este Ministerio Público Fiscal 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 la causal denunciada como eximente de responsabilidad en la interrupción del servicio, como consecuencia de mínima frecuencia en el caso N° 07 del mes de abril de 2018.

Para el análisis de los casos presentados como hecho fortuito 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 las resoluciones cuestionadas resolución del EPRE 073/19 y en la Disposición GTS N° 653/18 y 656/187, las cuales remiten a los dictámenes conjuntos del Area Jurídica y del Area Técnica del Servicio Eléctrico obrantes a fs. 6/7 del expediente 127-E-2018 y 24/26 del expediente N° 071-E-2018-09-80299.

En relación a la mínima frecuencia, en el dictamen mencionado se expresa:

- Caso N° 07 de abril de 2018: La distribuidora informa que el día 06/04/18 a las 11:44:01 se produjo la interrupción N° POR 107844777, en breve descripción del suceso declara como consecuencia que desenganchan alimentadores por decremental de mínima frecuencia debido a la salida de la Central Atucha II, que afectan al Sistema Eléctrico de Mendoza, entre las cuales se encuentran las instalaciones de la distribuidora, durante 00:25:04 hs.

Se destaca que la causa invocada por la distribuidora 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, 2º 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 relación a la causal de viento, en el dictamen mencionado se expresa:

Caso N° 38, de febrero del 2018: La distribuidora denuncia con fecha 19/02/2018 a las 22:24 una interrupción del día 18/02/2018 a las 18.15 hs. en forma extemporánea. Sin perjuicio de que no se le da tratamiento por la extemporaneidad destaca que la distribuidora invoca un tornado/huracán y de las fotografías presentadas se observan daños que distan mucho con lo que generaría un tornado/huracán.

Caso N° 49, de febrero del 2018: En declaración testimonial de la distribuidora se denuncia J. AMT cortada, 12 postes quebrados y subestación en el piso. Se presentan ocho (8) fotografías, en las que se puede observar varios postes de madera quebrados en doble terna, 2 columnas de hormigón quebradas y subestación en el suelo pero no se observan conductores cortados; destaca que no se ha acreditado

fehacientemente que la magnitud del viento haya superado el orden común con que estos fenómenos se presentan en la Provincia de Mendoza.

Caso N° 50, de febrero del 2018: En declaración testimonial de la distribuidora se denuncia LAMT cortada, 12 postes quebrados y subestación en el piso. Se presentan ocho (8) fotografías, en las que se puede observar varios postes de madera quebrados en doble terna, 2 columnas de hormigón quebradas y subestación en el suelo pero no se observan conductores cortados y además destaca que no se ha acreditado fehacientemente que la magnitud del viento haya superado el orden común con que estos fenómenos se presentan en la Provincia de Mendoza.

- Resalta que las normas AEA referidas a la construcción de instalaciones eléctricas aéreas de MT establece en la Tabla 10.2-a- Estados atmosféricos, punto 10.2.20 Viento, y Anexo C, para la zona B del País (Córdoba, San Luis, Mendoza, La Pampa y las zonas de San Juan y La Rioja ubicadas al sur del paralelo 30), que una de las condiciones de carga que deben considerarse para el cálculo mecánico de las instalaciones es una velocidad de viento máxima promedio de hasta 120km/h aproximadamente para LAMT tipo B con una exposición tipo C (terrenos abiertos como granjas o sembrados), válida hasta un máximo de 850 metros de altura sobre el nivel del mar; dichos valores corresponden a un período de recurrencia de 50 años, sobre intervalos de 10 minutos en exposición abierta y a una altura de 10 metros.

- Las concesionarias al momento de contratar conocían las características técnicas de las instalaciones eléctricas existentes de la zona concesionada, por lo que la Distribuidora puede realizar acciones concretas para evitar la ocurrencia de las interrupciones de servicio como consecuencia directa de eventos como los denunciados.

- Es responsabilidad de la Distribuidora brindar a los usuarios el servicio eléctrico que establece la legislación vigente para lo que debe realizar el control, vigilancia y mantenimiento de las redes, debiendo tener en cuenta además el riesgo para la Seguridad Pública que representa no realizar las tareas descriptas.

- La concesionaria no ha logrado probar debidamente las causales invocadas, por lo cual no puede tenerse por acreditado ni el caso fortuito ni la fuerza mayor invocada.



En función de dichos informes se dictan las Disposiciones GTS N° 653/18 y 656/18, la cuales fueron recurridas y confirmadas por la Resolución EPRE N° 073/19 obrante a fs. 26/28 del Expediente N° 208-E-2019-09-80299.

En los considerandos de la norma citada se alude al dictamen legal de fs. 28/31 del expediente N° 357-E-2018, en el que 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; 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.

Finalmente se destaca que tanto el caso fortuito como la fuerza mayor, resultan de interpretación restrictiva, y en la especie no se han dado ni probado, máxime teniendo en cuenta que, 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) y la

responsabilidad de la misma, no cede aun cuando se encontraren reunidos algunos presupuestos de la Fuerza Mayor si las partes han pactado cláusulas contractuales de responsabilidad mediante las cuales el obligado se compromete a asumir las consecuencias que irroque el incumplimiento de la prestación.

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

Despacho, 14 de febrero de 2023.