

Expte. N° 13-05463057-8, “Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza S.A. (EDEMISA) c/ Ente Provincial Regulador Eléctrico (EPRE) s/ A.P.A.” y acumulados.

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Se ha corrido vista a esta Procuración General de las acciones procesales administrativas iniciadas por la Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza S.A.,- EDEMISA-, contra las Resoluciones del EPRE N° 133/20; 134/2020; 135/2020; 136/2020; 137/2020; 138/2020;12/2021; 13/2021; 14/2021; 15/2021; 16/2021; 112/2021, 113/2021, 114/2021, 115/2021, 116/2021, 117/2021, 118/2021, 119/2021y 120/2021 que no dieron trámite a los Recursos de Revocatoria interpuestos contra las Disposiciones Gerenciales EPRE GTS N° 528/2019; 529/2019; 530/19; 532/2019; 104/2019; 105/2019; 255/2019; 256/2019; 264/2019; 265/2019; 266/2019; 311/2019, 313/2019; 427/2019; 428/2019; 381/2020; 382/2020; 622/2020; 623/2020; 673/2020; 69/2021; 66/2021; 70/2021; 72/2021; 73/2021; 733/2019; 734/2019; 743/2019 y 121/2021, respectivamente.

Sostiene la actora que las decisiones adoptadas por el EPRE resultan arbitrarias e inconstitucionales y afectan la tutela administrativa efectiva, el debido proceso, produciendo un perjuicio cierto, objetivo y determinado, por lo que solicita se resuelva la anulación y ordene la remisión de las actuaciones administrativas al EPRE para el dictado de una nueva resolución conforme a derecho.

Como consideración previa, recuerda que EDEMISA 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 (3) 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 imprevisibles, 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 concordantes.

Refiere que la Resolución atacada rechaza formalmente el Recurso de Revocatoria presentado contra las Disposiciones Gerenciales EPRE GTS N° 427 y 428/19, atento a 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”, con la consecuente afectación a la tutela administrativa.

Indica que el rechazo del recurso supone el análisis del aspecto formal referido a la procedencia del Recurso de Revocatoria contra las disposiciones del EPRE que resuelven sobre la procedencia-o rechazo- de las causales de fuerza mayor denunciadas por EDEMSA; así como el aspecto sustancial relacionado con la incorrecta aplicación del principio de “solve et repete” por parte del EPRE.

Explica que el cumplimiento del requisito previo consiste en el pago de una multa, conforme lo dispuesto en el numeral 5.3 de las Normas de Calidad que expresa: “... En caso de resolución condenatoria, LA DISTRIBUIDORA, luego de hacer efectiva la multa, podrá interponer los pertinentes recursos legales”, lo que resulta imposible de hecho para la empresa.

Alega que el solve et repete en modo alguno obliga a pagar multas que NO resultan exigibles dado que no se ha determinado su cuantía y por tanto no se encuentran conformadas aún, siendo prematura la resolución atacada, por lo que adolece de un vicio grosero en el objeto que la torna inexistente, conforme lo dispuesto por los arts. 51 inc. a),

76 y c.c. de la Ley N° 9003.

En lo sustancial, arguye que la posición del EPRE afecta el debido proceso y la juridicidad previstos en el art. 1 de la Ley N° 9003, toda vez que imposibilita a EEDEMSA cuestionar las Disposiciones Generales GTS N° 427 y 428/2019, que de forma arbitraria rechazaron las causales de fuerza mayor por interrupciones del servicio eléctrico.

Menciona que al margen de la inconstitucionalidad sustancial que afecta este mecanismo, se debe tener en cuenta que su interpretación es siempre restrictiva y aún en los casos en que es admitida, sólo juega respecto a Tasas, Impuestos y recursos ordinarios de entes estatales (NO Multas), como una suerte de habilitación para acceder a la instancia judicial y de ningún modo la Administración puede considerarse exenta de la revisión de sus propios actos.

Expresa que no existen dudas sobre la inconstitucionalidad directa del principio “solve et repete” cuando se refiere a multas y/o sanciones, la que ha sido reconocida por la doctrina y jurisprudencia; criterio seguido por la Sala I en los autos “Edemsa c/ Epre p/Apa” resolución fecha 25/08/2020, que ha resuelto respecto a la aplicación de sanciones: “ la regla en este proceso es que no se requiere su abono previo, salvo en lo relativo a tributos (v. Art. 10, Ley N° 3918) con lo cual debe prevalecer aquí la responsabilidad estatal de ejercer el control jurisdiccional de la actividad administrativa, permitiendo el acceso a la justicia de la actora, exigencia que debe respetarse en un Estado de Derecho, tal como desde larga data tiene dicho nuestro Máximo Tribunal (cfs. Fallos 247:646 in re “Fernandez Arias”); y que actualmente constituye un imperativo de orden convencional (arts. 8 y 25 de la C.A.D.H., art. 10 de la D.U.D.H., entre otras), con rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la C.N.)...” (Expte. N° 13-04711491-2, fs. 636. Fecha 25/08/20).

Sostiene que no puede aceptarse que el EPRE pretenda asignarle al solve et repete más efectos que los que corresponden por aplicación del ordenamiento jurídico que determinan la inconstitucionalidad de una sanción en la medida que prive al interesado del derecho a que sea revisada en sede administrativa y judicial en forma previa a su aplicación efectiva.

Finalmente, señala que el citado criterio rige

cuando se trata de revisión judicial de un acto administrativo que impone una multa, con mayor razón corresponde que la revisión se produzca en sede administrativa, pues el órgano que la aplica discrecionalmente, de hecho asume una supremacía al dejar a su merced los destinos de la empresa, con violación a la garantía que establece el art. 29 de la Constitución Nacional.

A fs. 33 se presenta EDEMSA y solicita la acumulación de las acciones y procesos que detalla, disponiendo V.E. a fs. 63 hacer lugar a la acumulación solicitada, ordenado que por Mesa de Entradas se proceda a acumular los autos N° 13-05463069-1, 13-05463071, 13-05463083-7, 13-05463088-8, 13-05463092-6, todos caratulados “Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza S.A. (E.D.E.M.S.A.) c/ Ente Provincial Regulador Eléctrico (E.P.R.E)” a este proceso.

II- En el responde de fs. 209/222 el Ente Provincial Regulador Eléctrico solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Expresa que de conformidad con lo legislado en la Ley 6497 y lo dispuesto por el contrato de concesión, la actora está obligada a satisfacer la demanda de provisión del servicio público de electricidad, asegurando un abastecimiento satisfactorio de acuerdo con condiciones de calidad y el contrato de concesión contiene sanciones que tienen como destinatarios, el o los usuarios perjudicados por la deficiente prestación del servicio.

Detalla el procedimiento especial para denunciar interrupciones que la Distribuidora estime se han producido por fuerza mayor y refiere que en caso de que el EPRE desestime la causal de caso fortuito o fuerza mayor, el mismo dispone que la actora debe incorporar dicha interrupción al cálculo de la sanción y efectuar las bonificaciones a los usuarios afectados y se prevé para el caso de que haya realizado bonificaciones en exceso un mecanismo de recupero.

Transcribe la normativa contractual de aplicación (Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones, Numeral 1- Introducción, Numeral 3.2 Calidad del Servicio en la Etapa 2, Numeral 5.1; Res. EPRE 103/2009 Procedimiento para el Control de Calidad del Servicio Técnico 2, Numeral 1 Objeto, Numeral 3.4 Interrupciones por Causas de

Fuerza Mayor), entre otras; así como el informe de Gerencia Técnica del Suministro acompañado en ocasión de interponer la excepción previa de competencia, en el que se concluye que no es cierto lo afirmado por EDEMSA ya que cada una de las Disposiciones Generales objetadas contienen interrupciones al servicio eléctrico que al incorporarse a las interrupciones del semestre de control, dan un nuevo valor de sanción perfectamente definida.

Subraya como dato relevante, la cuantificación que la propia accionante realizó de los dos casos de fuerza mayor rechazados respecto al Semestre 20 de Control y que ascendió a \$ 10.994.547,60- Res. EPRE n° 007/2021- verificándose así la falsedad del argumento de EDEMSA en lo atinente a que existe una imposibilidad de hecho de abonar la multa, en consecuencia no hay vicio alguno en las Disposiciones Generales emitidas.

Indica que la normativa contractual fue reafirmada en el Acuerdo de fecha 14/07/2017 celebrado entre la Secretaría de Servicios Públicos y EDEMSA, aprobado por Decreto Provincial N° 23102017 publicado en el Boletín Oficial de la Provincia en fecha 06/12/2017 y ratificado por ley 9034 publicada en el Boletín Oficial de la Provincia en fecha 29/12/2017, en el que se estipula en la Cláusula Tercera- Multas por Calidad del Servicio y Otros Reclamos Judiciales- Pto. 3.3.: “Sin perjuicio de la plana aplicación del principio “Solve et Repete”, expresamente dispuesto por el punto 5.3 del Subanexo 5 del Contrato de Concesión, lo que reconoce la Distribuidora, ésta se compromete expresamente que en lo sucesivo procederá en forma inmediata a la bonificación determinada, sin que pueda alegar para ello insuficiencia tarifa alguna, en los términos del presente acuerdo”.

Alega que no ha hecho otra cosa que cumplir con la norma contractual y legal conforme lo exige el propio Marco Regulatorio Eléctrico (art. 54 inc. b ley 6497), ajustándose al mandato constitucional dispuesto en el art. 42 de la CN.

En punto a 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.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 225/226 y vta. y manifiesta que su intervención se limitará al estado de cosas descrito en el responde, al que adhiere en todas sus partes y a cuya acreditación orientará su actividad probatoria.

Expresa que las normas legales y principios jurídicos que sustentan la resistencia a la pretensión material que se dirige contra la demandada directa, resultan adecuados a los hechos invocados en el responde, de modo que junto con la representación de la entidad estatal demandada y por las razones jurídicas expuestas por ella, peticiona el rechazo de la demanda.

IV- A fs. 265 EDEMSA solicita se acumulen al presente los expedientes N° 13-05561606-4 y N° 13-06710898-6 conforme a los arts. 42 a 45 y 98/100 del CPCCyT de Mendoza, petición que fue admitida por V.E. a fs. 279 y vta. de autos.

V- 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 jurisdiccional que ejerce V.E. respecto al obrar de los Entes Reguladores de los Servicios Públicos, este Ministerio Público Fiscal entiende que no correspondería hacer lugar a la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i- En primer término, resulta necesario la delimitación de la litis, respecto de la cual V.E. deberá expedirse.

De la lectura de la demanda, surge que la Empresa Distribuidora de Electricidad de Mendoza S.A. (EDEMSA) solicita la anulación de las Resoluciones del Ente Provincial Regulador Eléctrico (EPRE) que no dieron trámite a los Recursos de Revocatoria interpuestos, contra las Disposiciones Gerenciales detalladas ut-supra, atento a no encontrarse acreditado el cumplimiento del requisito previo establecido en el Numeral 5.3 de las Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones del Contrato de Concesión y pide se ordene la remisión de las actuaciones administrativas al EPRE para el dictado de una nueva resolución conforme a derecho.

Tal aspecto formal, relativo al previo pago de las multas, integra el objeto del litigio, dado que EDEMSA ha cuestionado su exigibilidad en la demanda, al cual deberá ceñirse el examen de la cuestión.

ii- Delimitado el objeto, corresponde expedirse sobre la legitimidad o ilegitimidad de las resoluciones administrativas dictadas por el Ente Regulador Eléctrico Provincial que decidieron no dar trámite a los recursos por falta de acreditación del pago de las multas consistentes en bonificaciones a los usuarios, funcionando tal recaudo como una especie de *solve et repete*, fundamentado en las normas que regulan el contrato de concesión.

iii- Para ello, este Ministerio Público Fiscal entiende que debe tenerse como pauta que tanto del art. 42 de la Constitución Nacional como de la Ley de Defensa al Consumidor N° 24.240 y del art. 1 de la Ley N° 6497, 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.

iv- 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, regularidad y el concepto de control de calidad, se considera que las decisiones del EPRE, no resultan arbitrarias.

Ello por cuanto tienen sustento en el régimen contractual y regulatorio vigente al cual se ha sometido voluntariamente EDEMSA, no ha sido cuestionado en su constitucionalidad sino que por el contrario ha sido reafirmado en su validez, a través del Convenio Referido al Proceso de Readecuación del Valor Agregado de Distribución (VAD) y Normalización de Aspectos Controversiales del Contrato de Concesión, celebrado con la Secretaría de Servicios Públicos en fecha 14/07/2017, aprobado por Decreto Provincial N° 2310/2017 y ratificado por Ley N° 9034, en el que se establece en la cláusula tercera – Multas por Calidad del Servicio y otros reclamos judiciales- Pto.3.3, que sin perjuicio de la plena aplicación del principio “Solve et Repete”, expresamente dispuesto por el punto 5.3 del Subanexo 5 del Contrato de Concesión, lo que reconoce la Distribuidora, ésta

se compromete expresamente que en lo sucesivo procederá en forma inmediata a la bonificación determinada, sin que pueda alegar para ello insuficiencia tarifaria alguna.

De allí que EDEMSA se encuentra obligada contractual y legalmente a abonar las multas por deficiente calidad del servicio a los usuarios, previo a interponer recursos sobre las mismas y la conducta del EPRE de hacer saber a EDEMSA que no dará trámite a los recursos por no encontrarse acreditado tal requisito previo -que la actora no niega-, en función de una potestad legal y en ejercicio de actividad reglada, no resulta ilegítima o contraria a derecho, máxime si se tiene en cuenta que es obligación del mismo controlar y exigir el cumplimiento del Marco Regulatorio Eléctrico que rige la actividad de prestación del servicio público concesionado, el cual tiene como destinatario a los usuarios y sus derechos deben ser protegidos prioritariamente.

v- Así, los argumentos que sustentan la pretensión no logran abatir las decisiones adoptadas por el EPRE que contienen una adecuada fundamentación en las circunstancias de hecho corroboradas y en el derecho vigente aplicable y no se advierte la existencia de prueba o elementos de convicción que permitan afirmar con pleno convencimiento que el obrar del EPRE fue irrazonable o contrario a derecho.

Por lo expuesto, procede a criterio de esta Procuración General que V.E. rechace la demanda.

Despacho, 04 de julio de 2023.