Procuración General de la Nación

S u p r e m a C o r t e :

- I -

A fs. 346/354, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I) admitió parcialmente el recurso directo que, en los términos del art. 81 de la ley 24.065, interpuso la Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR) contra la resolución 289/04 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) -en virtud de la cual aplicó a la empresa una sanción por interrupciones en el suministro de energía eléctrica- y dejó sin efecto su art. 2°, en cuanto dispuso que el valor que surja de la bonificación a favor de los usuarios -punto 3.2 del subanexo 4 del contrato de concesión- debe ser multiplicado por tres.

En lo que interesa para resolver el *sub lite*, sostuvo que lo dispuesto en el art. 2° citado se aparta de las cláusulas contractuales, toda vez que modifica, sin norma alguna que lo avale, los valores de las bonificaciones preestablecidos en dicho contrato.

Afirmó que no puede deducirse del texto de este último -en particular del subanexo 4-, como tampoco del resto de las normas específicas en materia de penalizaciones contenidas en la ley 24.065, en su decreto reglamentario 1398/92 y en el reglamento de suministro, que el ente estuviera habilitado a modificar unilateralmente el

monto de la multa por haberse superado un "estándar de referencia", parámetro que, por lo demás -y a su juicio-, tampoco se encuentra contemplado en el punto 3.2 aludido.

Descartó, asimismo, las razones de equidad aducidas por el ENRE para sustentar el cálculo de la sanción, al igual que desestimó el argumento referido a que hizo uso de las facultades jurisdiccionales que le otorga el art. 72 de la ley 24.065.

Dijo al respecto que, aun cuando pudiera asistir razón al ente en lo referido a la insuficiencia de las bonificaciones preestablecidas en el contrato para reparar los perjuicios causados a los usuarios por la interrupción del servicio, dichos motivos no podían ser invocados como fundamento para apartarse de la normativa vigente, máxime si se advierte que en estos actuados no se encuentra acreditado -ni es materia de debate- que los usuarios hubieran cuestionado el mecanismo de cálculo de las bonificaciones que les corresponden, a raíz del incumplimiento sancionado. Esto último —añadió— toda vez que de la mera lectura de las normas invocadas por el ENRE -arts. 71 de la ley 24.065, 106 del decreto 1759/72 y 165 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación- no se desprende que la competencia jurisdiccional pudiera ser ejercida de oficio, tal como la practicó.

- II -

Disconforme, el ENRE interpuso el recurso extraordinario de fs. 357/374, el que fue concedido por hallarse en juego la validez de normas y actos de naturaleza federal y denegado en cuanto a la causal de arbitrariedad (fs. 408).

Destaca que la interrupción del servicio aludida tuvo consecuencias extraordinarias, tanto en lo que se refiere al número de usuarios afectados (99.931) como a la prolongada demora en que incurrió la distribuidora para restituir el suministro de energía eléctrica. Agrega que todas ellas resultaron características fuera de lo común en la prestación de una distribuidora media y evidenciaron hechos que superaron ampliamente las pautas de "regularidad" del servicio, mereciendo, en consecuencia, un tratamiento distinto que el previsto para el régimen normal.

Aduce que los daños sufridos por los usuarios fueron responsabilidad de la distribuidora, agravados por la dilatada activación, por parte de la actora, del Plan Operativo de Emergencia (POE) y la insuficiente información brindada a sus usuarios y a los medios de comunicación, lo que impidió mitigar las consecuencias negativas que éstos debieron soportar, ya que con conocimiento de los lugares afectados y de los tiempos de reposición del servicio se podrían haber adoptado las acciones necesarias para atenuar los perjuicios.

Expone que la penalidad prevista en el contrato de concesión -subanexo 4, punto 3.2- y en el decreto 1398/92 para el caso de afectación de los niveles de calidad tiene carácter indemnizatorio, ya que está destinada a los usuarios afectados y que los daños y perjuicios, incluido el daño moral, estimativamente evaluados, provocados por la interrupción bajo examen, superaron ampliamente, para cada usuario, los montos de las bonificaciones previstas en el contrato en situaciones ordinarias.

Añade que, teniendo en cuenta la magnitud del hecho y el verdadero menoscabo patrimonial producido a los usuarios, el resarcimiento que hubiera representado la multa preestablecida en el contrato para compensar la afectación de la calidad del servicio técnico sólo hubiera cubierto una mínima proporción de aquéllos, lo cual, además, habría generado un beneficio injusto a la empresa.

Por otra parte, señala que el contrato de concesión se adecua al art. 42 de la Constitución Nacional, pues prevé un sistema que permite liquidar y acreditar los importes debidos por el incumplimiento del servicio sin que los usuarios realicen actividad alguna. Aclara que tal procedimiento se justifica en la necesidad de que se verifique el respeto de los derechos económicos de los usuarios y para que ellos no tengan que realizar gestiones y gastos que pudieran tornar ilusorio su reconocimiento, equilibrando la natural asimetría entre la distribuidora y los usuarios.

- III -

El recurso extraordinario interpuesto es formalmente admisible, toda vez que en autos se encuentra en discusión el alcance y la interpretación del marco regulatorio eléctrico, de carácter federal (ley 24.065, decreto 1398/92 y el contrato de concesión de distribución de energía eléctrica), y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa ha sido contraria a los derechos que el apelante funda en aquél (art. 14, inc. 3° de la ley 48).

- IV -

Con relación al fondo del asunto, ante todo, cabe recordar que en la tarea de establecer la inteligencia de normas federales, la Corte no está limitada por las posiciones de las partes o del *a quo*, sino que le incumbe realizar una declaración sobre el punto disputado (conf. doctrina de Fallos: 323:1491 y sus citas, entre muchos otros).

En tales condiciones, adelanto mi opinión en sentido coincidente con lo resuelto por el *a quo*, toda vez que la correcta interpretación del régimen de penalidades del servicio de distribución de energía eléctrica no permite sostener que el ENRE pueda multiplicar por tres el crédito que corresponde reconocer a los usuarios.

La ley 24.065 establece que los distribuidores de energía eléctrica deberán satisfacer toda demanda de

servicios que les sea requerida en los términos de sus contratos de concesión (art. 21).

El reglamento de dicha ley (aprobado por decreto 1398/92) prevé que el ENRE debe concentrar su función de control del concesionario de distribución de energía eléctrica sobre la calidad del servicio prestado, tomando en consideración los lineamientos que allí señala, entre los que se encuentra la calidad del servicio, definida como el conjunto de normas que especifican la calidad de la energía eléctrica a suministrar (producto) y del servicio a prestar, desde el punto de vista técnico y comercial (v. art. 56, inc. b, apartados b.1 y b.1.1).

En lo que aquí interesa, se prevé que la calidad del servicio técnico prestado tendrá en cuenta la frecuencia y duración de las interrupciones en el suministro (art. 56, inc. b, apartado b.1.1, tercer párrafo). El decreto también dispone que en el contrato de distribución deberán establecerse, claramente, las normas de calidad de servicio que regirán las condiciones de su prestación y fijar los límites de un servicio prestado satisfactoriamente, nivel a partir del cual se reglamentarán las penalidades por incumplimiento de tales normas (art. 56, inc. b, apartado b.1.2).

En cuanto al régimen de penalidades, establece que su determinación se hará en función del perjuicio económico que ocasione al usuario la prestación del servicio en condiciones no satisfactorias y que la multa por incumplimiento de las normas de calidad de servicio

técnico satisfactorio consistirá en la aplicación de bonificaciones sobre las facturaciones a los usuarios que hayan sido afectados, las que se calcularán en función del costo que representa, para cada grupo de usuarios, la energía no suministrada (art. 56, inc. b, apartado b.1.4).

El contrato de concesión del servicio de distribución de energía eléctrica de EDENOR, aprobado por el decreto 714/92 (t.o. por resolución 170/92 de la ex Secretaría de Energía Eléctrica) dispone que aquélla deberá prestar el servicio conforme a los niveles de calidad detallados en el subanexo 4 (art. 25, inc. a) y, a tal fin, realizar todas las inversiones necesarias (arts. 16 y 25, inc. f). En caso de incumplimientos, será pasible de las sanciones previstas en el mencionado subanexo y en el propio contrato (art. 36).

El subanexo 4 reitera que es responsabilidad de la distribuidora prestar el servicio público de electricidad con un nivel de calidad satisfactorio, a cuyo fin deberá cumplir con las exigencias que ahí se establecen y realizar los trabajos e inversiones que estime convenientes. Determina que se tolerarán interrupciones de energía hasta 3 minutos de duración y el tiempo total sin servicio y en los suministros en que se excedan estos valores la distribuidora le reconocerá al usuario un crédito en la facturación del semestre inmediatamente posterior al registro, cuyo monto será proporcional a la energía no suministrada (frecuencia y duración de los

cortes por encima de los admitidos), **calculados de acuerdo con la metodología que se describe en el punto 3.2.**

Este último (punto 3.2 del subanexo 4) dispone que iniciada la segunda etapa, la frecuencia y tiempo máximo de interrupciones admitida para cada usuario por semestre son: (i) usuarios en AT, 3 interrupciones y 2 horas de interrupción; (ii) usuarios en MT, 4 interrupciones y 3 horas de interrupción; (iii) usuarios en BT (pequeñas y medianas demandas), 6 interrupciones y 10 horas de interrupción y (iv) usuarios en BT (grandes demandas), 6 interrupciones y 6 horas de interrupción.

Si en el semestre controlado, **algún usuario sufriera más cortes que los estipulados o estuviera sin suministro más tiempo del preestablecido recibirá de parte de la distribuidora un crédito en sus facturaciones mensuales o bimestrales del semestre inmediatamente posterior al semestre controlado, proporcional a la energía no recibida en el semestre controlado y que según la clase de tarifa, oscila entre U$S 1,40/kWh y U$S 2,71/kWh.**

- V -

Cabe aclarar que la calidad del servicio técnico se relaciona con la confiabilidad, regularidad y continuidad del servicio prestado por la distribuidora, y se evalúa según la cantidad de veces que, en un período determinado, se interrumpe el suministro de energía eléctrica (frecuencia) y el tiempo total sin suministro en dicho período (duración). En ese sentido, el marco

regulatorio, a los fines de establecer las penalidades que deben aplicarse por el incumplimiento a la calidad del servicio tiene en cuenta ambos parámetros.

El ENRE, en su resolución 289/04, sostiene que corresponde triplicar, en este caso, la cláusula penal establecida en las normas reseñadas atendiendo a la magnitud y duración de los corte del servicio, tanto porque se evidenciaron hechos que superaron ampliamente las pautas de "regularidad" del servicio, como por la entidad de los daños ocasionados a los usuarios a raíz del incumplimiento de la distribuidora.

A mi modo de ver, este criterio interpretativo no encuentra sustento en las disposiciones mencionadas ni en las cláusulas contractuales citadas, antes bien, en el subanexo 4 se estipula que frente al exceso de las interrupciones que se estiman toleradas (menores a 3 minutos), la distribuidora reconocerá al usuario un crédito en la facturación del semestre inmediatamente posterior al registro, cuyo monto será proporcional a la energía no suministrada (frecuencia y duración de los cortes por encima de los admitidos), cuyos montos se calcularán de acuerdo a la metodología que se describe en el punto 3.2.

Dicho punto, como se vio, establece parámetros expresamente reglados para aplicar las sanciones por interrupciones o "cortes" en el servicio de energía eléctrica, sin que se contemple, según la discreción del ente, la posibilidad de triplicar la penalidad. En tales condiciones, no es posible soslayar el criterio que

establece que la primera regla de interpretación es dar pleno efecto a la intención del legislador y la primera fuente para rastrear esa intención es la letra de la ley (Fallos: 325:1922), sin olvido, además, de que la esfera de discrecionalidad susceptible de perdurar en los entes administrativos no implica en absoluto que éstos tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico (v. doctrina de Fallos: 323:1321).

Además, en tanto es inaceptable suponer la inconsecuencia o la falta de previsión del legislador, tengo para mí que debe entenderse que de haberlo así querido, aquél pudo haber contemplado sanciones excepcionales y ejemplificadoras cuando se verificaran situaciones que superaran la duración y frecuencia de las interrupciones indicadas en el contrato -ya sea porque se excedieron las pautas de regularidad del servicio, o por la entidad de las consecuencias provocadas por tales interrupciones-, cosa que no hizo.

Así pues, sobre la base de las consideraciones expresadas, corresponde coincidir con el *a quo* en cuanto a que no hay norma que sustente que el valor de la multa establecido en el punto 3.2 del subanexo 4 del contrato de concesión pueda ser multiplicado por tres, tal como lo hizo el ENRE en la resolución 289/04 *sub examine*.

Considero, por otra parte, que en nada modifica las conclusiones expuestas la insuficiencia, alegada por el ENRE, del monto de los créditos que las normas reseñadas reconocen a los usuarios damnificados, pues el pago de la

penalidad no releva a la distribuidora de los eventuales reclamos por los daños y perjuicios que aquéllos pudieran formular (v. punto 5.2 del subanexo 4).

Al margen de lo expuesto, estimo necesario acotar que es reprochable la resolución cuestionada en cuanto triplicó el crédito que correspondería a los usuarios por la interrupción del servicio por haberse transgredido el deber de legalidad, mas en modo alguno resulta cuestionable, a mi juicio, la decisión de sancionar a la actora y su motivación.

- VI -

Opino, por lo tanto, que el recurso extraordinario es formalmente admisible y que corresponde confirmar la sentencia apelada.

Buenos Aires, 11 de septiembre de 2013.

ES COPIA LAURA M. MONTI

ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación