 Corte Suprema de Justicia de la Nación

Buenos Aires, 27 de junio de 2017.-

Vistos los autos: "EDENOR SA c/ resolución 32/11 - ENRE - (expte. 33580/10) s/ entes reguladores".

Considerando:

1°) Que la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal declaró la inadmisibilidad formal del recurso directo que interpuso la Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR S.A.), contra la resolución 32/2011 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE).

2°) Que para decidir en el sentido indicado, el tribunal *a quo* tuvo en cuenta que la recurrente había omitido dar oportuno cumplimiento a la exigencia de la previa cancelación de las sumas involucradas en su impugnación judicial, fijada normativamente en el numeral 5.3 del subanexo 4 del contrato de concesión, que voluntariamente suscribió cuando comenzó a prestar el servicio de distribución de energía eléctrica.

Recordó que esta Corte reconoció la validez constitucional de la exigencia del pago previo -como requisito de intervención jurisdiccional- de las multas aplicadas con motivo de infracciones a reglamentos de policía y aclaró que no se verificaba en estas actuaciones un supuesto de excepción a la mencionada regla.

3°) Que, contra este pronunciamiento, la representación letrada de la actora interpuso recurso ordinario de apela-


ción ante esta Corte (cfr. fs. 296/302), que fue denegado por la cámara mediante la resolución de fs. 359/360, sin que se haya articulado oportunamente queja al respecto.

Asimismo, dedujo recurso extraordinario (fs. 310/327 vta.) que, tras ser contestado por la representación estatal (fs. 365/373), fue concedido en cuanto a la interpretación y alcance de disposiciones normativas de carácter federal y desestimado en lo relativo a la causal de arbitrariedad (conf. resolución de fs. 375). A raíz de tal decisión denegatoria, se interpuso el recurso de hecho CAF 9469/2011/1/RH1, que corre agregado por cuerda.

4°) Que los agravios de la recurrente se sustentan sobre la base de dos pilares argumentales.

Por un lado, sostiene que a la luz de las normas específicas del microsistema legal del derecho del consumidor y de elementales garantías de naturaleza constitucional, no es válido exigir, en el caso, el pago anticipado de la indemnización reconocida en los términos del artículo 40 *bis* de la ley 24.240, ya que no resulta aplicable la obligación prevista a ese respecto en la cláusula 5.3 del subanexo 4 del contrato de concesión.

Por el otro, postula que tampoco es aplicable la referida cláusula para justificar la imposición de las multas. Sobre el particular, aduce que no solo la regulación normativa resulta en sí constitucionalmente inválida sino que, además, el consentimiento que oportunamente prestó a la aplicación de la regla *solve et repete*, al suscribir el pertinente contrato de concesión, quedó estrictamente limitado a las sanciones que se



Corte Suprema de Justicia de la Nación

aplicaran por las infracciones a ese específico régimen normativo y no a las que se impusieran apartándose manifiestamente de dicho marco regulatorio, como sucede precisamente en el caso de autos.

5°) Que el recurso extraordinario es formalmente admisible, pues si bien las decisiones de índole procesal que no resuelven el fondo de la causa controvertida son materia ajena a dicho recurso, existe cuestión federal suficiente para apartarse de esta regla al incurrir el pronunciamiento impugnado en un injustificado rigor formal que atenta contra la garantía de defensa en juicio (doc. Fallos: 311:2004; 314:1661; 315:2690 y 325:1243; entre otras).

En el caso, la sala, al requerir indebidamente el cumplimiento de ciertas exigencias formales reguladas en una norma que no era aplicable íntegramente a la situación controvertida, afectó -en forma irreparable- la legítima expectativa de acceso a la justicia de la actora.

6°) Que, en efecto, en el acto administrativo cuestionado en las presentes actuaciones se dispuso sancionar a la actora por las diversas interrupciones en la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica, ocurridas entre los días 22 y 31 de diciembre de 2010: I) con una multa de 5.278.738 kWh, equivalente a la suma de \$ 749.580,80, por el incumplimiento de las obligaciones emergentes de los artículos 25, incisos a), f) y g) del contrato de concesión y 27 de la ley 24.065, y de acuerdo a lo establecido en los numerales 5.1 y 6.3 del subanexo 4 del referido contrato (artículo 1°); y II) con

una multa de 2.639.369 kWh, equivalente al total de \$ 374.790,39, por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de los incisos b) e y) del artículo 25 del contrato y de la resolución ENRE 905/1999, en virtud de lo previsto en el numeral 6.3 del aludido subanexo 4 (artículo 2°). El importe de dichas multas tendría que acreditarse, en un plazo determinado, mediante bonificaciones a los usuarios afectados por los cortes de luz.

Asimismo, se estableció, con arreglo a lo regulado en los artículos 25 y 40 *bis* de la ley 24.240, la obligación de abonar un resarcimiento base de \$ 180, \$ 350 y \$ 450 a cada uno de los clientes que sufrieron interrupciones de una duración superior a las doce horas corridas (artículos 7° y 9°), indemnización que quedaba a cargo de la empresa prestataria y que luego se cuantificaría, en cada caso particular, según la extensión individual del evento.

7°) Que, sentado lo anterior, cabe destacar que la actora no desconoció haber omitido cancelar oportunamente el importe de las dos multas establecidas en los artículos 1° y 2° de la resolución ENRE 32/2011.

A su respecto, en principio, rige la regla del *solve et repete* del numeral 5.3 del citado subanexo 4 como recaudo especial para habilitar la instancia judicial, por tratarse de sanciones que fueron aplicadas, según la autoridad administrativa, en los términos de dicho régimen. Tal norma establece, en su parte pertinente, que: "...el Ente deberá expedirse definitivamente dentro de los 15 días hábiles subsiguientes a la presentación

Corte Suprema de Justicia de la Nación



de los descargos u observaciones. En caso de resolución condenatoria, la distribuidora, luego de hacer efectiva la multa, podrá interponer los pertinentes recursos legales”.

El planteo de la actora respecto a que no corresponde exigirle el pago anticipado de las sumas en cuestión, en tanto la resolución ENRE 32/11 se apartó del régimen que se pregonaba estar aplicando, no puede prosperar. Ello es así en tanto la referida cláusula 5.3 del subanexo 4 que EDENOR S.A. aceptó voluntariamente al suscribir el respectivo contrato de concesión no realiza la distinción conceptual a la que la actora se aferra para oponerse al pago previo de la multa.

Tampoco resultan idóneos los cuestionamientos de orden constitucional que se realizaron a la específica regulación normativa, en tanto no se ha acreditado suficientemente la configuración de un supuesto de excepción que obste, según la jurisprudencia del Tribunal, a la aplicación del principio *solve et repete* en el caso.

8°) Que, sin embargo, resulta atendible el agravio vinculado a la admisibilidad formal del recurso deducido para la impugnación judicial del resarcimiento fijado en los términos del artículo 40 *bis* de la ley 24.240.

En efecto, en este aspecto, la decisión de la cámara de aplicar una exigencia ritual prevista para el cuestionamiento en sede judicial de las multas aplicadas por incumplimientos detectados en materia de calidad del servicio –según las reglas del subanexo 4 del contrato de concesión– a un supuesto fáctico diferente, como es la discusión respecto del resarcimiento por

el daño directo a los usuarios dispuesto -según la motivación del acto cuestionado- en los términos de los artículos 25 y 40 bis de la Ley de Defensa del Consumidor -según el texto de la ley 26.361-, es inapropiada en tanto, prescindiendo de la correcta interpretación de las normas involucradas, privó a la actora del acceso a la jurisdicción.

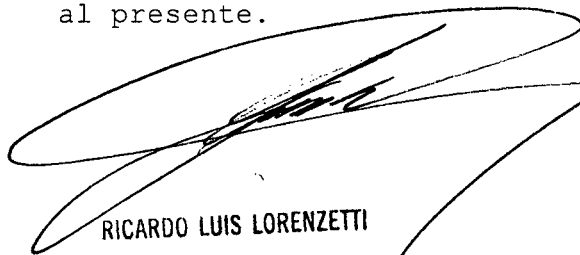
9°) Que, en los términos señalados, la sentencia apelada no constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa, lo que impone su descalificación como acto jurisdiccional válido (artículo 14 de la ley 48). En tal sentido, la ausencia de fundamentación fáctica y jurídica del pronunciamiento recurrido, pone de manifiesto que media relación directa e inmediata entre lo decidido y las garantías constitucionales invocadas (artículo 15 de la ley 48).

Por ello, sin que lo decidido implique abrir juicio alguno sobre la validez o invalidez de la resolución adoptada en torno a la aplicación de la figura prevista en el artículo 40 bis de la ley 24.240 y en sentido concorde con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se admite la presentación directa, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia de fs. 290/293, con el alcance señalado en las consideraciones precedentes. Las costas de esta instancia se

-//-

Corte Suprema de Justicia de la Nación

-//-distribuyen por su orden. Reintégrese el depósito de fs. 2 del recurso de hecho. Agréguese la queja al principal. Notifíquese y vuelvan los autos a la instancia de origen para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo al presente.



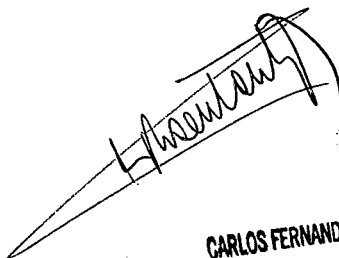
RICARDO LUIS LORENZETTI



ELENA I. HIGHTON de NOLASCO



JUAN CARLOS MAQUEDA



CARLOS FERNANDO ROSENKRANTZ

Recurso extraordinario interpuesto por la **Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima**, actora en autos, representada por la **doctora Ana María Murias**, en el doble carácter de letrada apoderada y patrocinante.

Traslado contestado por el **Ente Nacional Regulador de la Electricidad**, demandado en autos, representado por la **doctora Liliana Beatriz Gorzelany**, con el patrocinio letrado del **doctor Mariano Ignacio García Cuerva**.

Recurso de queja interpuesto por la **Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima**, actora en autos, representado por la **doctora Ana María Murias**, en el doble carácter de letrada apoderada y patrocinante.

Tribunal de origen: **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala I**.

Para acceder al dictamen de la Procuración General de la Nación ingrese a:

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=738338&interno=1>

<http://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumento.html?idAnalisis=738338&interno=2>

Procuración General de la Nación

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

A fin de evacuar la vista que se me corre en estas actuaciones, remito a lo expresado en mi dictamen del día de la fecha en el expediente CAF 9469/2011/1/RH1 "EDENOR S.A. C/ RESOLUCIÓN 31/11 -ENRE- (EXPTE. 33580/10) S/ ENTES REGULADORES", a cuyos términos y conclusiones cabe reiterar aquí en razón de brevedad.

En virtud de los fundamentos allí expuestos, opino que corresponde declarar admisible el recurso extraordinario, revocar la sentencia apelada en el aspecto indicado en dicho dictamen y devolver las actuaciones al tribunal de origen, a fin de que, por quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado.

Buenos Aires, *15* de febrero de 2016.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación

Procuración General de la Nación

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

- I -

A fs. 290/293 del expediente principal (a cuyas fojas me remitiré en adelante), la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala I) declaró la inadmisibilidad formal del recurso directo que interpuso la Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte Sociedad Anónima (EDENOR S.A.) contra la resolución 32/11 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), desestimándolo por incumplimiento del requisito de pago previo establecido en el art. 5.3 del subanexo 4 de su contrato de concesión.

Para así decidir, los magistrados, en lo esencial, rememoraron que el art. 5.3 del subanexo 4 del contrato de concesión establece expresamente que *"si dentro del plazo antedicho, la distribuidora formulara descargos u observaciones, se agregarán todos los antecedentes y se allegarán todos los elementos de juicio que se estime conveniente, y el Ente deberá expedirse definitivamente dentro de los 15 días hábiles subsiguientes a la presentación de los descargos u observaciones. En caso de resolución condenatoria, la distribuidora, luego de hacer efectiva la multa, podrá interponer los pertinentes recursos legales" (el subrayado es de la sentencia).*

Dijeron sobre tal condición para recurrir que, desde antiguo, el Tribunal ha admitido la validez constitucional del pago previo de las multas aplicadas con motivo de infracciones a reglamentos de policía y como requisito de la intervención judicial. Sin perjuicio de lo cual -añadieron-, configuran

excepciones a ese principio aquellos casos en los que tal requisito legal, por su desproporcionada magnitud con relación a la concreta capacidad económica del apelante, tornara ilusorio el derecho que le acuerda el legislador en razón del importante desapoderamiento de bienes que podría significar el cumplimiento de aquél.

A la luz de tal doctrina, estimaron que en este caso, según lo informado por el ENRE y de acuerdo con las constancias de autos, no se hallaba acreditado que la concesionaria hubiera cumplido con el pago de las obligaciones impuestas. Por otra parte, indicaron que la actora tampoco había aportado elementos objetivos que permitieran considerar que la magnitud del monto de la multa pudiere importarle un desapoderamiento de bienes que hiciera viable una excepción del pago previo.

Asimismo, descartaron que la magnitud del resarcimiento económico dispuesto en el art. 7° de la resolución ENRE 32/11 se hallara supeditado al número de usuarios afectados por la interrupción del servicio, circunstancia que al modo de ver los jueces no aparecía documentada fehacientemente, en tanto sólo se había acompañado un intercambio de correos electrónicos de personal de la empresa que habría dado cuenta de ello.

Destacaron, finalmente, que tampoco debía olvidarse que la exigencia del pago previo a recurrir estaba ya estipulada en una cláusula contractual aceptada libremente por la empresa, lo que tornaba improcedente su impugnación ulterior con base constitucional.

Procuración General de la Nación

- II -

Disconforme con dicho pronunciamiento EDENOR S.A. interpuso el recurso extraordinario de fs. 310/327, el que fue concedido a fs. 375 por configurarse cuestión federal y denegado por la causal de arbitrariedad, lo que da lugar a la presente queja.

Sostiene que: (i) que en la sentencia se hizo una indebida aplicación analógica de la cláusula 5.3 del subanexo 4 del contrato de concesión, que prevé el pago previo de la multa por el incumplimiento del Régimen de Calidad de Servicio (arts. 1° y 2° de la resolución ENRE 32/11), a un supuesto no regulado en dicho contrato cual es el resarcimiento, fundado en una norma de derecho común -art. 40 bis de la ley 24.240-, de los daños y perjuicios ocasionados a los usuarios por la interrupción del servicio.

(ii) La alzada omitió tomar en cuenta que la potestad para declarar formalmente inadmisibles un recurso debe ser ejercida con criterio restrictivo por encontrarse en juego los derechos de acceso a la justicia y a la tutela judicial efectiva.

(iii) El consentimiento que dio en el contrato de concesión a la exigencia del pago previo de las multas por incumplimiento del Régimen de Calidad de Servicio, no puede ser extendido a otras situaciones no previstas en él.

(iv) Se le impidió ejercer el derecho a exigir el control judicial suficiente del acto jurisdiccional dictado por el ENRE y la cámara se apartó injustificadamente de lo establecido en el art. 40 bis de la ley 24.240, pues condicionó el control judicial suficiente de dicho acto al cumplimiento de la condena fijada en sede administrativa.

(v) La cámara prescindió de las previsiones del art. 40 bis de la ley 24.240 en cuanto establece que el acto administrativo que fije un daño directo "no es ejecutable" hasta tanto "no quede firme", disposición que a su criterio tiene origen en los arts. 109 y 116 de la Constitución Nacional y se ajusta a los precedentes "Litoral Gas" y "Ángel Estrada" de la Corte.

- III -

Ante todo, debo aclarar que la resolución ENRE 32/11 dispuso sancionar a EDENOR S.A., por el hecho ocurrido en sus instalaciones, que ocasionó la interrupción del servicio, entre el 22 y 31 de diciembre de 2010, con una multa de \$749.580,80 por incumplimiento de las obligaciones impuestas en los arts. 25 incs. a), f) y g) del contrato de concesión y 27 de la ley 24.065, de acuerdo a los numerales 5.1 y 6.3 del subanexo 4 de dicho contrato (art. 1° de la resolución ENRE 32/11) y otra de \$374.790,39 por haber incumplido las obligaciones impuestas en el art. 25, incs. b), e y) de tal contrato y la resolución ENRE 905/99, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 6.3 del subanexo 4 de ese convenio (art. 2° de la resolución ENRE 32/11). En estos casos la empresa debía acreditar el importe de las referidas multas mediante bonificaciones a los usuarios (arts. 3° y 4° res. cit.).

Al margen de ello dispuso, por su art. 7°, que la empresa debía abonar un resarcimiento base -de \$180 a \$450, según el tiempo de interrupción del servicio- a cada uno de los usuarios T1R que hubieran sido afectados por tal hecho.

Así pues, cabe apreciar preliminarmente, según surge de la resolución ENRE 32/11, que las multas aplicadas a la empresa por

Procuración General de la Nación

incumplimiento del subanexo 4 sobre Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones del contrato de concesión impuesta por el ENRE en los arts. 1° y 2° -de carácter eminentemente sancionatorias-, tienen una naturaleza jurídica diferente a la impuesta en su art. 7°, pues éste ordena el resarcimiento por el daño directo a los usuarios contemplado, según la motivación de dicho acto, en los arts. 25 y 40 bis de la Ley de Defensa al Consumidor.

- IV -

Sentado lo expuesto, a mi modo de ver, el recurso extraordinario es admisible, pues si bien las decisiones de índole procesal que no resuelven el fondo de la causa controvertida son materia ajena a dicho recurso, existe cuestión federal suficiente para apartarse de dichas reglas en tanto la resolución impugnada incurre en un injustificado rigor formal que atenta contra la garantía de defensa en juicio (Fallos: 311:2004; 315:2690, entre otras).

Así lo pienso porque el *a quo*, al desestimar el recurso directo por falta de pago previo del resarcimiento a los usuarios (art. 40 bis de la Ley de Defensa al Consumidor), con invocación de la cláusula 5.3 del subanexo 4 del contrato de concesión afectó irreparablemente el acceso a la jurisdicción de la actora, mediante la aplicación de una norma que no rige ese caso y con una interpretación que resulta, finalmente, en contra de los derechos de la empresa.

En efecto, la ley 26.361, al incorporar a la ley 24.240 el art. 40 bis, consagró legislativamente la figura del "daño directo" al cual definió como "*todo perjuicio o menoscabo al*

derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios" y estableció que la autoridad de aplicación podrá determinar la existencia de dicho daño resultante de la infracción y obligar al proveedor a resarcirlo, hasta un valor máximo que la norma detalla.

Asimismo, dispuso, en lo que aquí particularmente interesa, que el acto administrativo de la autoridad de aplicación puede ser apelado por el proveedor, mediante recurso directo ante la cámara federal que corresponda, en los términos del art. 45 de la ley, y, una vez firme, respecto del daño directo que determine constituirá título ejecutivo a favor del consumidor.

En ese contexto, estimo que la cámara prescindió de la correcta interpretación del art. 40 bis del cual no surge que, para cuestionar la procedencia del pago del daño directo impuesto por la autoridad de aplicación, el proveedor (en este caso el concesionario del servicio, EDENOR S.A.), como condición para interponer el recurso directo, tuviera que abonarlo previamente a los usuarios.

De ahí que, en mi opinión, sea inapropiado hacer extensiva la exigencia del "pago previo de las multas", dispuesto en el art. 5.3 del subanexo 4 del contrato de concesión suscripto entre la actora y el Estado Nacional, al resarcimiento del daño directo ordenado en el art. 7° del acto administrativo en cuestión.

De este modo, según mi criterio, no constituye una derivación razonada del derecho vigente la aplicación de las cláusulas de tal convenio para otros supuestos no previstos en

Procuración General de la Nación

él, máxime cuando, como sucede en el *sub lite*, significa privar a la actora del acceso a la jurisdicción.

En atención a lo expuesto, considero que la ausencia de fundamentación fáctica y jurídica del pronunciamiento recurrido pone de manifiesto que media relación directa e inmediata entre lo decidido y las garantías constitucionales invocadas (art. 15 de la ley 48), más aun si se desconoce el principio rector en materia contencioso administrativa *in dubio pro actione*, firmemente defendido por la jurisprudencia del Tribunal (Fallos: 312:1306; 313:83; 315:656; 316:2477, 3231, entre otros).

Por último debo aclarar que no se me escapa que el ENRE podría igualmente requerir el cumplimiento de todas las cláusulas de la resolución 32/11 ya que, por aplicación del art. 12 de la ley 19.549 los actos administrativos gozan de presunción de legitimidad y tienen fuerza ejecutoria desde de su dictado, lo cual faculta a la Administración a ponerlo en práctica por sus propios medios, impidiendo a la vez que los recursos que se interpongan contra ellos suspendan su ejecución y efectos.

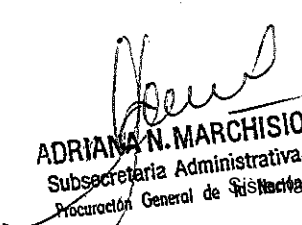
- V -

Opino, por lo tanto, que corresponde declarar formalmente admisible la queja, dejar sin efecto la sentencia apelada en el aspecto indicado y devolver, en consecuencia, las actuaciones a fin de que se dicte una nueva con arreglo a lo expuesto.

Buenos Aires, 15 de febrero de 2016.

ES COPIA

LAURA M. MONTI


ADRIANA N. MARCHISIO
Subsecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación