

Angel Estrada y Cía. S.A. v. Secretaría de Energía y Puertos

C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 15/10/1999 - JA 2001-IV-248. JA 2001-IV-271

Con notas de HORACIO L. BERSTEN y NIDIA K. CICERO

2ª INSTANCIA.- Buenos Aires, octubre 15 de 1999.- ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El Dr. Coviello dijo:

1. Que contra la resolución del secretario de Energía y Puertos n. 71/1996 (conf. fs. 476/479 del expte. administrativo MEyOSP. E. 750-002119/1996, agregado por cuerda), por la que se rechazó el recurso de alzada (conf. fs. 425/431 expte. adm.) deducido contra la resolución 221/1995 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE.) (conf. fs. 406/422 expte. adm.), la actora dedujo el recurso directo previsto en el art. 76 ley 24065 (1) (LA 1992-A-74) (conf. fs. 1/5), que fue contestado por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

2. Que, con sustento en lo dispuesto en la cláusula 5.2 párr. 2º del subanexo 4 (normas de calidad del servicio público y sanciones) del contrato de concesión de EDESUR -aprobado por la resolución 170/1992 del secretario de Energía Eléctrica-, el recurso deducido por la citada firma estuvo enderezado a reclamar a la Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDESUR S.A.) el resarcimiento de los daños sufridos en concepto de alquiler y sueldos abonados al personal como consecuencia de la baja tensión y cortes reiterados de suministro de energía eléctrica, ocurridos entre el 23/11/1993 y el 7/1/1994 en la planta industrial que aquélla posee en la localidad de Carlos Spegazzini, provincia de Buenos Aires. El perjuicio fue justipreciado por la reclamante -a los meses de enero y febrero de 1994- en la suma de \$ 163770, en concepto de daño emergente.

3. Que de la resolución del ENRE., puede rescatarse para la solución del caso que: a) las obligaciones de la Distribuidora "constituyen obligaciones de resultados y no de medios", por lo que ella "no agota su obligación disponiendo una actividad razonable para la continuidad del servicio, sino que se compromete al cumplimiento de dicha prestación en los niveles de calidad (seguridad) establecidos, exceptuándose las causas de fuerza mayor derivándose consecuencias patrimoniales ante cualquier incumplimiento de la misma"; b) las multas establecidas para el supuesto de cortes del suministro quedan encuadradas en las que se derivan del contrato de suministro celebrado entre el concedente y el usuario, y cuyo destino es este último, de forma que su naturaleza es resarcitoria; c) dichas multas se establecen en principio en función del "costo de la energía no suministrada", que está estrechamente vinculado con el valor de los daños que estimativamente ocasiona el corte; d) para determinar como única indemnización por la energía no suministrada con motivo de un corte, existe la cláusula penal contenida en el contrato de suministro celebrado con el usuario que es la que fija la autoridad, en el caso, como subanexo del contrato de concesión; e) en conclusión, para el caso de interrupciones del suministro, la Distribuidora debe pagar las multas previstas en el contrato de concesión como única y total reparación; en cambio, por las alteraciones en los niveles de tensión, la responsabilidad comprende el pago a los usuarios de las multas y la reparación de los daños provocados como consecuencia directa e inmediata de dichas alteraciones; f) destacó también que la sanción por incumplimiento a la calidad del servicio del primer semestre (del 1/9/1993 al 28/9/1994) había sido aplicada a EDESUR por la resolución ENRE. 79/1994 ; en efecto, por ésta el ENRE. sancionó a la prestataria por el apartamiento de los niveles de calidad del producto técnico con una multa de \$

122613,121 y por el apartamiento de los niveles de calidad del servicio técnico con una multa de \$ 3.847.230, cuyo importe debería ser acreditado sobre la facturación de los usuarios; g) como consecuencia de ello, rechazó el reclamo, en virtud de que el resarcimiento se limita a los montos y condiciones que surgen de las penalizaciones establecidas en la reglamentación del contrato de suministro, que habían sido aplicadas por la resolución ENRE. 79/1994.

4. Que la actora impugnó la decisión mediante la deducción del recurso de alzada, que fue rechazado -como se expuso más arriba- por el secretario de Energía y Puertos, la que se sustentó -al igual que el dictamen que la precedió- en los mismos fundamentos que la resolución del ENRE.

5. Que en el recurso directo, la actora, reiterando los términos de sus presentaciones anteriores, expone básicamente que: a) del desarrollo argumental dado en el acto impugnado debió seguirse su derecho a la indemnización reclamada; b) en virtud de la sanción impuesta a EDESUR por la resolución 79/1994 del ENRE., correspondía el pago, que -advierte- no es uniforme para todos los afectados, sino determinado por circunstancias tales como la calidad del usuario, consumo, perjuicios, etc.; c) no obstante el reconocimiento de las anomalías en la prestación del servicio, no se le abonó o acreditó en su facturación suma alguna en concepto de multas, pese a ofrecer prueba pericial contable.

6. Que el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación invocó que: a) el recurso directo debe ser declarado improcedente, porque correspondía que fuera deducido contra la resolución del ENRE. y no la del secretario de Energía y Puertos, ello en virtud de que aquél reviste el carácter de una entidad autárquica; b) en cuanto al fondo del asunto, entiende que la pretensión de la recurrente significaría cambiar los términos del contrato de concesión, que establece como cláusula penal y como única indemnización, las sanciones allí previstas.

El ente regulador de su lado: a) defendió su criterio consistente en que la sanción prevista contractualmente era la única indemnización correspondiente al incumplimiento de la prestataria, y b) señaló que el párr. 3º del punto 5.2 del subanexo 4 del contrato de concesión, que dispone que el "pago de las penalidades no relevará a la Distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios", sólo se refiere a terceros extraños a la relación usuario-prestador.

Finalmente, la prestataria EDESUR coincidió, luego de las extensas y profundas consideraciones sobre el tema, que la única indemnización a que tenía derecho la recurrente era la prevista en el contrato respectivo.

7. Que el contrato de concesión fija la responsabilidad de la Distribuidora por "todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de estos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o el incumplimiento de las obligaciones asumidas" (art. 24), en cuyo caso el ente regulador podrá aplicar las sanciones previstas en el subanexo 4 (art. 36).

A su vez, la cláusula 5.2 párr. 2º, de dicho subanexo ("normas de calidad del servicio público y sanciones") establece: "La Distribuidora deberá abonar multas a los usuarios en los casos de incumplimiento de disposiciones o parámetros relacionados con situaciones individuales. Una vez comprobada la infracción, el Ente dispondrá que la Distribuidora abone una multa al usuario, conforme a la gravedad de la falta, a los antecedentes de la Distribuidora y en particular a las reincidencias. Las multas individuales deberán guardar relación con el monto de la facturación promedio mensual del usuario". Además, el párr. 3º de la cláusula establece que "el pago de la

penalidad no relevará a la Distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios" (el énfasis es del tribunal).

Cabe poner de relieve que en el "Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica para los Servicios Prestados por las empresas EDENOR y EDESUR S.A.", aprobado por la resolución 168/1992 del secretario de Energía Eléctrica (B.O. del 9/9/1992), dispone en su art. 3 inc. e, que en los casos de daños a las instalaciones o artefactos de los usuarios provocados por deficiencias de la calidad técnica del suministro imputables a la Distribuidora y que puedan ser evitados mediante la instalación de "protectores de norma", la Distribuidora deberá hacerse cargo de la reparación o reposición correspondiente, salvo el caso de fuerza mayor.

8. Que dichas sanciones pueden estar motivadas, según los términos del contrato, por la entrega de un producto con características distintas a las convenidas (nivel de tensión y perturbaciones), o por prestar un servicio con características técnicas distintas a las convenidas (frecuencia de las interrupciones y duración), las que se valoran conforme al perjuicio del usuario, y que el ente regulador las percibe y que las destinará a éstos por los daños o sobrecostos por el accionar de la Distribuidora (conf. cláusulas 5.5.1 y 5.5.2).

La forma de determinar y concretar el monto de las sanciones responde a un sistema técnico fijado según sea la característica del servicio a prestar, del que resulta una suma que se reparte entre los usuarios a través de bonificaciones o descuentos en las facturaciones (conf. cláusulas 2, 2.1, 2.2, 3, 3.1 y 3.2), dispositivo este que tiene su fuente en el art. 56 inc. b 1.4 de la reglamentación de la ley 24065, aprobada por el decreto 1398/1992.

9. Que la competencia atribuida al ENRE. para imponer sanciones (conf. arts. 56 inc. o, y 78 ley 24065, y subanexo 4 del contrato de concesión), está ceñida a la comprobación, determinación de la falta y fijación de su monto, conforme a las pautas establecidas por vía reglamentaria y contractual.

No puede, por ende, en virtud de lo dispuesto en el marco regulatorio, reconocer el derecho a la indemnización de daños y perjuicios, en la medida que no está habilitada legalmente para ello. En efecto, en el art. 56 de la ley, donde se fijan las atribuciones del ente regulador, no se establece concretamente ninguna competencia en materia de reconocimiento de daños y perjuicios; antes bien, allí sólo se hace referencia a la competencia del ENRE. para reglamentar el procedimiento "para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales" (inc. m), y a la de aplicar las sanciones previstas en la... ley, en sus reglamentaciones y en los contratos de concesión" (inc. o).

De allí surge que el rechazo del reclamo formulado por la recurrente encuentre sustento jurídico en dicho marco regulatorio, en la medida que la competencia del ente regulador exclusivamente se limita a la determinación de la existencia del incumplimiento contractual y la imposición de la sanción, cuyos parámetros están previamente definidos, en virtud de constituir -en principio- una pena de tipo objetivo.

10. Que no obstante lo dicho, la resolución del ENRE. -que dista de la claridad exigible por aplicación del art. 42 del actual texto de la Constitución Nacional-, y cuyo contenido se reproduce en la resolución impugnada de la Secretaría de Energía y Puertos, excede el ámbito de su competencia, puesto que sostener llanamente que en caso de interrupciones la Distribuidora debe pagar las multas previstas en el contrato concesión "como única y total reparación", constituye una preocupante afirmación dogmática en una materia que, por imperativo constitucional (art. 75 inc. 12), sólo

corresponde hacerlo a los jueces, salvo concreta atribución de competencia en el ente regulador, que en la especie -como arriba se puntualizó- no se configura.

Ello, claro está, no significa abrir juicio en el sub lite acerca del alcance que corresponde dar a tales penalidades -esto es, si constituyen o no cláusulas penales, excluyentes de otro tipo de indemnizaciones- el cual será determinado por el tribunal federal competente (conf. sala 3ª del fuero in re "Cooperativa de Obra Serv. Púb. y Serv. S. Ltda. de Tres A. y otro v. Ente Nacional Regulador de Electricidad", del 17/4/1997, y el comentario de Oscar Aguilar Valdéz: "Cuestiones que suscita el control judicial de los entes reguladores de servicios", en ED, suplemento de Derecho Administrativo del 15/5/1998).

11. Que es menester recordar que esta sala en las causas "Y.P.F. S.A. v. ENARGAS resolución 22/1994 ", del 20/2/1996, "Transportadora de Gas del Norte S.A. v. Ente Nacional Reguladora del Gas - Resolución 10-V-94", del 15/3/1996, "Coop. de Serv. Púb. y de Viv. de Salliqueló Ltda. (COSPYV.) v. Distribuidora de Gas Pampeana S.A. - Resolución ENARGAS 48/1995 ", del 28/4/1998, dijo que en el orden jurídico administrativo la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales. Ello al punto tal que la competencia no se configura como un "límite" externo a tal actuación, sino, antes bien, un "presupuesto" de ella, en virtud de la vinculación "positiva" de la Administración al ordenamiento jurídico (conf. Corte Sup., disidencia del juez Belluscio en Fallos 312:1686 [2] [JA 1989-IV-365], causa S.182 XXIV, "Serra", del 26/10/1993; C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, in re "Peso", del 13/6/1985, ED 114-231, esp. consid. 9; González Arzac, Rafael M., "La competencia de los órganos administrativos", ED 49-885; Cassagne, Juan Carlos, "Derecho Administrativo", t. II, 1994, p. 123 y ss.; Comadira, Julio R., "Acto administrativo municipal", p. 20 y ss.).

También dijo esta sala en dichos precedentes que, en especial, la atribución de competencia "jurisdiccional" a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada -a la luz de la preceptiva constitucional- con carácter estricto (Fallos 234:715. Guastavino, Elías P., "Tratado de la jurisdicción administrativa y su revisión judicial", t. I, 1987, p. 253; Comadira, Julio R., "Derecho Administrativo", 1996, p. 241 y ss.; Aguilar Valdéz, Oscar, "Reflexiones sobre las funciones jurisdiccionales de los entes reguladores de servicios públicos a la luz del control judicial de la Administración", Anuario de Derecho 1994/1 de la Universidad Austral, p. 181 y ss., esp. ps. 219/220. Asimismo, ver más recientemente la doctrina del alto tribunal en la causa L.25 XXXIII, "Litoral Gas", del 16/4/1998, esp. consid. 6, en cuanto a los alcances de la competencia y la ausencia de las características propias de un tribunal administrativo del ENARGAS, consideraciones que son extensibles al ENRE.).

Merece citarse sobre esto que un precepto legal no debe ser aplicado ad litteram, sin una formulación circunstancial previa, conducente a su recta interpretación jurídica, porque de lo contrario se corre el riesgo de arribar a una conclusión irrazonable (doct. de Fallos 301:67) (3) (JA 1979-II-327). En tal orden de ideas sobre todo en materia del ejercicio de las denominadas actividades "jurisdiccionales" por parte de la Administración, interpretar que la mención hecha en el art. 72 ley 24065 que "toda controversia" con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad que se suscite entre distribuidores y usuarios que voluntariamente se hubieran sometido a la jurisdicción previa y obligatoria del ente (párr. 2º de dicho artículo), significaría proveer al ente regulador de una competencia desgajada del contexto de la ley específica. Ello implicaría, además, no tener en cuenta lo dispuesto en el art. 56, donde sólo se hace referencia a sanciones a aplicar por el ENRE., mas no -como se expuso más arriba- a indemnizaciones por daños y perjuicios.

12. Que, consecuentemente, es manifiesto que la afirmación formulada por el ente regulador acerca de la procedencia exclusiva de la aplicación de las multas como única y total indemnización, constituye en primer lugar un vicio en la competencia y luego en el objeto del acto dictado por ENRE., que por su lógica interrelación y contenido se traslada a su confirmación a través de la resolución de la Secretaría de Energía y Pesca de la Nación, vicios que determinan la respectiva nulidad absoluta (arts. 7 inc. a y c, y 14 inc. b ley 19549) (4) (ALJA 1972-A-382), constituyendo, por otro lado, esa confirmación la situación determinante de que asuma la Administración Central la calidad de parte en la sustanciación del recurso directo (conf. sala 3ª, in re "Coop. de Obras Serv. Púb. y Serv. S. Ltda. de Tres A.", cit.).

13. Que, además, y dentro del contexto del reclamo de la actora, resulta que pese a reconocer el ENRE. el alcance del derecho que aquella tiene como destinataria de las multas -de acuerdo al procedimiento que se mencionó en el consid. 7- lo cierto es que no determina su magnitud en punto a cuantificarlo o, cuanto menos, comparar las cifras que resulten entre lo reclamado y lo bonificado. De tal forma el acto impugnado está viciado en su objeto, puesto que no resolvió una de las cuestiones propuestas - los alcances de la multa reconocida a la recurrente-, y, en consecuencia corresponde la declaración de su nulidad parcial por esa circunstancia (conf. arts. 7 inc. c y 14 inc. b ley 19549).

Por lo expuesto, voto porque: 1. Se rechace el reclamo de daños y perjuicios reclamados por la actora contra EDESUR y 2. Se anule parcialmente la resolución impugnada, por las causales mencionadas en los consid. 11 y 12. 3. Se remitan los autos a la Secretaría de Energía y Puertos del Ministerio de Economía y Servicios Públicos de la Nación a fin de que se dicte un nuevo acto con los alcances señalados en dichos considerandos. En virtud de lo decidido sugiero, que las costas se impongan en el orden causado.

El Dr. Licht dijo:

1. Que contra la resolución del secretario de Energía y Puertos n. 71/1996 (conf. fs. 476/479 del expte. administrativo MEyOSP. E. 750-002119/1996, agregado por cuerda), por la que se rechazó el recurso de alzada (conf. fs. 425/431 expte. adm.) deducido contra la resolución 221/1995 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE.), la actora dedujo el recurso directo previsto en el art. 76 ley 24065, que fue contestado por el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos.

2. Que, en su presentación ante el ENRE. el usuario persigue la reparación de "daños y perjuicios por parte de EDESUR S.A. a mi mandante por su responsabilidad como Distribuidora, y en razón de la falta de suministro de electricidad en la forma solicitada por Ángel Estrada y Cía. S.A., se le reclama la suma de U\$S 163770", poniendo énfasis en la independencia de las penalidades aplicables por el Ente Regulador de la Electricidad respecto de las responsabilidades de los daños y perjuicios a que se hagan merecedoras las empresas distribuidoras (fs. 7/11 del expte. adm. 750-002119/1996, agregado sin acumular).

3. Que de la resolución del ENRE., puede rescatarse para la solución del caso que: a) las obligaciones de la Distribuidora "constituyen obligaciones de resultados y no de medios", por lo que ella "no agota su obligación disponiendo una actividad razonable para la continuidad del servicio, sino que se compromete al cumplimiento de dicha prestación en los niveles de calidad (seguridad) establecidos, exceptuándose las causas de fuerza mayor, derivándose consecuencias patrimoniales ante cualquier incumplimiento de la misma"; b) las multas establecidas para el supuesto de cortes del

suministro quedan encuadradas en las que se derivan del contrato de suministro celebrado entre el concedente y el usuario, y cuyo destino es este último, de forma que su naturaleza es resarcitoria; c) dichas multas se establecen en principio en función del "costo de la energía no suministrada", que está estrechamente vinculado con el valor de los daños que estimativamente ocasiona el corte; d) para determinar como única indemnización por la energía no suministrada con motivo de un corte, existe la cláusula penal contenida en el contrato de suministro celebrado con el usuario que es la que fija la autoridad, en el caso, como subanexo del contrato de concesión; e) en conclusión, para el caso de interrupciones del suministro, la Distribuidora debe pagar las multas previstas en el contrato de concesión como única y total reparación; en cambio, por las alteraciones en los niveles de tensión, la responsabilidad comprende el pago a los usuarios de las multas y la reparación de los daños provocados como consecuencia directa e inmediata de dichas alteraciones; f) destacó también que la sanción por incumplimiento a la calidad del servicio del primer semestre (del 1/9/1993 al 28/9/1994) había sido aplicada a EDESUR por la resolución ENRE. 79/1994 ; en efecto, por ésta el ENRE. sancionó a la prestataria por el apartamiento de los niveles de calidad del producto técnico con una multa de \$ 122613,121 y por el apartamiento de los niveles de calidad del servicio técnico con una multa de \$ 3.847.230, cuyo importe debería ser acreditado sobre la facturación de los usuarios; g) como consecuencia de ello, rechazó el reclamo, en virtud de que el resarcimiento se limita a los montos y condiciones que surgen de las penalizaciones establecidas en la reglamentación del contrato de suministro, que habían sido aplicadas por la resolución ENRE. 79/1994.

4. Que la actora impugnó la decisión mediante la deducción del recurso de alzada, que fue rechazado -como se expuso más arriba- por el secretario de Energía y Puertos, la que se sustentó -al igual que el dictamen que la precedió- en fundamentos similares a los que abonan la resolución del ENRE.

5. Que en el recurso directo, la actora, reiterando los términos de sus presentaciones anteriores, expone básicamente que: a) del desarrollo argumental dado en el acto impugnado debió seguirse su derecho a la indemnización reclamada; estima, en función de ello, que "el pago de la penalidad no relevará a la Distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios"; b) en virtud de la sanción impuesta a EDESUR por la resolución 79/1994 del ENRE., correspondía el pago, que -advierterno es uniforme para todos los afectados, sino determinado por circunstancias tales como la calidad del usuario, consumo, perjuicios, etc.; c) no obstante el reconocimiento de las anomalías en la prestación del servicio, no se le abonó o acreditó en su facturación suma alguna en concepto de multas, pese a ofrecer prueba pericial contable.

6. Que a fs. 26/32 el Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación invocó que: a) el recurso directo debe ser declarado improcedente, porque correspondía que fuera deducido contra la resolución del ENRE. y no la del secretario de Energía y Puertos; ello en virtud de que aquél reviste el carácter de una entidad autárquica; b) en cuanto al fondo del asunto, entiende que la pretensión de la recurrente significaría cambiar los términos del contrato de concesión, que establece como cláusula penal y como única indemnización, las sanciones allí previstas.

A su turno, y como consecuencia del traslado dispuesto por el tribunal a fin de salvaguardar el derecho de defensa se presentaron el ENRE. y la empresa EDESUR. El ente regulador, de su lado: a) defendió su criterio consistente en que la sanción prevista contractualmente era la única indemnización correspondiente al incumplimiento de la prestataria, y b) señaló que el párr. 3º del punto 5.2 del subanexo 4 del contrato de concesión, que dispone que el "pago de las penalidades no relevará

a la Distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios", sólo se refiere a terceros extraños a la relación usuario-prestador.

Finalmente, la prestataria EDESUR coincidió, luego de las extensas y profundas consideraciones sobre el tema, que la única indemnización a que tenía derecho la recurrente era la prevista en el contrato respectivo.

7. Que el art. 76 ley 24065 es la vía procesal apta para impugnar las resoluciones del Ente Nacional Regulador de la Electricidad o de la autoridad de aplicación que haya intervenido -en su caso- en el recurso de alzada cuyo carácter es optativo (conf. art. 24 decreto 1759/1972 [5] [LA 1983-B-1816], modif. por el número reglamentario de LNPA.). En consecuencia, corresponde desestimar la excepción opuesta por el Estado Nacional relativa a la habilitación de la instancia.

8. Que ello sentado, corresponde discernir ahora si la competencia atribuida por la ley 24065 al ENRE. está ceñida a "aplicar las sanciones previstas en la presente ley, en sus reglamentos y en los contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso (art. 58 inc. o); o puede conocer, también, de una pretensión de daños y perjuicios promovida por un usuario contra una distribuidora del suministro.

9. Que para acceder a ese cometido cuadra puntualizar que los usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en las relaciones de consumo, conforme el art. 42 CN. (6) (LA 1995-A-26), a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección; a condiciones de trato equitativo y digno.

Asimismo el constituyente estableció que "...la legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos".

10. Que en doctrina se tiene expresado que "el art. 42 CN. establece la obligación de todas las autoridades nacionales tanto legislativas como administrativas y jurisdiccionales, de tutelar los derechos e intereses económicos de los usuarios y consumidores de bienes y servicios. El empleo de la palabra "autoridades" no puede hacer suponer que se refiere sólo a las administrativas, como es obvio. Sería una burda manera de incumplir la tutela judicial de los derechos individuales de los usuarios y consumidores y por ende un obvio mal desempeño de la función.

Antes de la reforma del Estado el poder económico lo ejercía el Estado, ahora lo ejercen también en nombre y por privilegio concedido por el Estado, las licenciatarias o concesionarias, en condiciones de monopolio o exclusividad. Se ha vuelto así al sistema previo al fallido crecimiento del Estado empresario y consecuentemente corresponde reajustar el control judicial" (1).

Bajo un continuo desarrollo social aparecen también géneros nuevos de relaciones, cuya dirección quiere ser sometida a nuevas reglas, nuevos axiomas. Y como esta movilidad es indefinida y progresiva, la necesidad de organizar axiomas nuevos de derecho es de todos los tiempos (2).

En orden a ello, en el ámbito del servicio de electricidad, se puede describir que a partir del año 1995 existen procedimientos para: 1) la formulación y solución de reclamos de los usuarios; 2) la reparación de daños ocasionados a artefactos e instalaciones y 3) la reparación de daños ocasionados a los artefactos por falla en la calidad del producto técnico (3).

Específicamente, en el caso de la reparación de daños, los reclamos deben iniciarse ante las distribuidoras, correspondiendo la intervención del ENRE. en caso de que el usuario decida cuestionar los reclamos rechazados por aquellas. Asimismo la reglamentación prevé la aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (4).

11. Que la ley 24065, en su art. 72 determina que "toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente. Es facultativo para los usuarios así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente".

En ese sentido, resulta indubitable que el hecho que dio origen al reclamo de autos tiene estricta relación con aquellos que determinan la competencia del ENRE.

12. Que afirmada la competencia del ente para entender en el reclamo deducido por el usuario, corresponde dilucidar el derecho aplicable a la relación jurídica ventilada en autos. Específicamente la cuestión gira en torno a establecer si el reclamo del accionante debe limitarse a lo establecido en el contrato de concesión, o puede aspirar a que se resuelva su demanda conforme a las disposiciones existentes en la legislación de fondo.

13. Que la ley 24065 establece el marco regulatorio de la generación, transporte y distribución de electricidad. El art. 78 de la normativa referida prevé que "las violaciones o incumplimientos de los contratos de concesión de servicios de transporte o distribución de electricidad serán sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de concesión".

Por su parte, el decreto 714 del 28/4/1992 modificado por decreto 1323/1992 y resolución de la Secretaría de Energía Eléctrica del MEyOSP. 168/1992 establecen el reglamento del suministro de energía eléctrica. En el art. 3 inc. e se establece: "Resarcimiento por daños. En el caso en que se produzcan daños a las instalaciones y/o artefactos de propiedad del 'usuario', provocados por deficiencias en la calidad técnica del suministro imputables a la 'Distribuidora' deberá hacerse cargo de la reparación y/o reposición correspondiente, salvo caso de fuerza mayor.

La reparación del daño causado mencionada en el párrafo precedente no eximirá a 'la Distribuidora' de la aplicación de las sanciones regladas en el punto 5 de 'Normas de calidad del servicio público y sanciones del contrato de concesión'".

Este precepto, establecido por un decreto, al limitar la responsabilidad a los mencionados extremos, conlleva una dispensa de la responsabilidad integral de la empresa concesionaria, ya que ésta sólo debe responder por daños que se produzcan a instalaciones y/o artefactos de propiedad del usuario.

De tal modo que, fuera del supuesto anterior, el usuario debería conformarse con las sanciones previstas en el punto 5.5.1; 5.5.2 y 5.5.3; calculadas conforme a lo normado en los puntos 2 y ss. y 3 y ss. del contrato que establecen el monto en relación a la calidad exigida, que a su vez contempla la tarifa prevista en el servicio. En ese sentido el art. 3 inc. a del reglamento del suministro prescribe que "el titular tendrá derecho a exigir de la 'distribuidora' la prestación del servicio de energía eléctrica de acuerdo a las 'Normas de calidad del servicio' que resulten de su contrato de concesión".

14. Que se ha sostenido el carácter de cláusulas penales a las aludidas sanciones previstas en el contrato de concesión, entre otras razones, porque resultan bonificables directamente al usuario.

En ese mismo orden de razonamiento el decreto reglamentario a la ley 24065 , decreto 1398/1992 , determina en el art. 56 b.1.4 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, los que se calcularán en función del costo que representa, para cada grupo de usuarios, la energía no suministrada".

15. Que no obstante la dispensa aludida, existen cuantitativas y cualitativas razones que obstan la facultad que se arrogó el Poder Ejecutivo para limitar la responsabilidad de la empresa concesionaria del servicio público. Entre ellas cabe mencionar:

1) La vigencia inmediatamente operativa de los principios del art. 42 CN. El mismo establece el derecho de los usuarios a la protección de sus "intereses económicos". En relación a ello, procede puntualizar que nuestra Corte Suprema ha reconocido la necesidad de cumplir los fallos y opiniones consultivas de los organismos internacionales de aplicación de los tratados que suscribimos (Giroldi, 1995, LL 1995-D-462 [7] [JA 1995-III-571]; Arce, LL 1997-F-697, con nota "Los Derechos Humanos no son para, sino contra el Estado"). A su turno la Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene dicho que "por ello, la protección de los derechos humanos requiere que los actos estatales que los afecten de manera fundamental no quedan al arbitrio del poder público, sino que estén rodeados de un conjunto de garantías enderezadas a asegurar que no se vulneren los atributos inviolables de la persona dentro de las cuales, acaso la más relevante tenga que ser que las limitaciones se establezcan por una ley adoptada por el Poder Legislativo, de acuerdo con lo establecido por la Constitución" (párr. 22 de la OC. 6/1986). En igual sentido se pronuncia la Comisión Interamericana de Derechos Humanos: "Por lo tanto, cualquier acción que afecte los derechos básicos debe ser prescripta por una ley aprobada por el Poder Legislativo y debe ser congruente con el orden jurídico interno" (5).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos define pues, como leyes, "la norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos y elaborada según el procedimiento establecido por las constituciones de los Estados Parte para la formación de las leyes" (6) pues "el principio de legalidad, las instituciones democráticas y el estado de derecho son inseparables" (7); es la legislatura electa y no la autoridad constitucional o de facto la que tiene la potestad legislativa. Todo ello ha sido reiterado en el voto concurrente del representante argentino ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Fappiano, Oscar L., caso 10843, Chile, 15/10/1996, Informe 36/1996, párr. 31, p. 197 del Informe de 1996 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ob. y loc. cit.;; el principio de buena fe nos obliga a cumplir en el plano interno lo que sostenemos y nos obliga en el plano interno e internacional, como también lo reconoce la Corte Suprema en Arce al citar lo expresado en nombre de nuestro país por su representante en Naciones Unidas (LL 1997-F-697) (8).

2) La limitación de la responsabilidad importa un privilegio y la concesión de los mismos es atribución del Congreso (art. 75 inc. 18); de lo que se desprende que el legislador no facultó al poder administrador la suscripción de contratos que contengan dichas cláusulas.

En todo caso "la interpretación del contenido contractual de la concesión tiene carácter

restrictivo". "El derecho del concesionario no puede ir más allá de la concesión define y enumera, siendo la regla más segura en materia de interpretación de concesiones la de que toda duda debe ser resuelta en sentido adverso al concesionario, porque nada debe tenerse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia clara" (Fallos 155:12). "No existen derechos implícitos en la concesión en beneficio del concesionario". La afirmativa -en materia de interpretación de concesiones- necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario" (Corte Sup., Fallos 49:224, cit. De Cooley, "Constitutional limitations", p. 565). La jurisprudencia norteamericana es, en ese sentido concordante con el principio de la interpretación restrictiva (97 U.S. 659, in re 'Northwestern Fertilizing Co. v. Village o Hyde Park').

Recuerda igualmente Bielsa que a tenor de lo resuelto por nuestra Corte Suprema... "es una regla consagrada por el derecho administrativo que en materia de franquicias a una corporación como en toda concesión de privilegios por el Estado a personas o individuos, en caso de duda la interpretación debe ser en contra de los concesionarios, porque la presunción más aproximada a la verdad es la de que el Estado ha acordado sólo lo que en términos expresos resulte de ellos".

"Vacilar acerca de la extensión del privilegio es estar resuelto y toda resolución que dimanase de una duda debe ser en contra de la concesión (Cooley's, 'Constitutional limitations', ps. 565/566)". Y la Corte Suprema de los Estados Unidos ha expresado reiteradamente, en ese mismo sentido, lo siguiente: "La regla de la interpretación más segura en esta clase de casos es la que aquélla es en contra de la corporación". "Toda razonable duda debe ser resuelta en forma adversa". "Nada debe tomarse como concedido sino cuando es dado en términos inequívocos o por una implicancia igualmente clara". "La afirmativa necesita ser demostrada, el silencio es negación, y la duda es fatal para el derecho del concesionario 97 U.S. 659" (9).

3) Si bien las empresas suelen llamar "clientes" a los que reciben su servicio, consideramos que esta designación presupone libertad de elección; al no existir tal libertad y tratarse de "clientes" cautivos, corresponde más estrictamente la denominación de usuario. La relación usuario-concesionario se rige por el derecho administrativo sobre todo a partir de la reforma de 1994 y los indubitables derechos públicos y de incidencia colectiva del usuario y consumidor que ella establece en sus artículos 42 y 43 (10).

4) La Ley de Defensa del Consumidor rige supletoriamente en las relaciones entre la concesionaria y el usuario. En ese sentido la ley 24240 (8) (LA 1993-C-3012) prescribe que en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor. De conformidad a ello, los arts. 37 y 38 de la misma ley, prohíben que los contratos de adhesión contengan cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños. Seguidamente la ley faculta al juez tanto a declarar la nulidad parcial, como a integrar el contrato, si ello fuera necesario.

5) El argumento de que la multa se bonifica directamente a los usuarios para abonar la naturaleza de cláusula penal, no es inequívoca. En ese sentido, en la praxis contractual cuando se torna imposible hallar al usuario acreedor, el ENRE. se convierte en acreedor de los montos aludidos. Por otro lado deviene altamente significativo que aun cuando en el subanexo 4 se estableciera que la sanción prevista en el numeral 6.3 debía ser destinada a compensar a quien sufriese un daño o sobrecoto por el accionar de la Distribuidora, no lo es menos que el art. 31 ley 24447 (9) (LA 1994-C-3277) estableció que a partir de la iniciación del ejercicio fiscal 1995 los Entes Reguladores ingresarán al Tesoro Nacional los recursos originados en las multas que se aplicasen en cumplimiento de sus funciones de contralor. Este mandato

legislativo, aun cuando se exhibe operando en el marco de las sanciones administrativas, lo cierto es que da cuenta de la modificación del destino que se atribuyó a la percepción de las multas impuestas; lo que, por vía de hipótesis podría configurarse respecto de las percepciones previstas en el nominal 5.1, 5.2 y 5.5 del referido subanexo 4.

15. Que por las razones expuestas en los acápite precedentes y las que abonan el voto de mi distinguido colega el Dr. Buján las que concitan mi adhesión, voto para que se deje sin efecto la decisión 221/1995 del Ente Nacional Regulador de Electricidad y la resolución 71/1996 del secretario de Energía y Puertos y para que se remitan las actuaciones a ese ente a fin de que se sustancie el reclamo del actor y en el ejercicio de la jurisdicción previa y obligatoria que le corresponde actuar en la causa la resuelva teniendo en cuenta lo dispuesto en la presente resolución. Las costas propicio que se distribuyan en el orden causado en atención a lo novedoso de la cuestión traída a conocimiento y las dificultades interpretativas suscitadas.

El Dr. Buján dijo:

1. Corresponde principiar por poner de relieve que las presentes actuaciones tienen inicio con motivo del escrito de fs. 1/5 -presentando directamente ante este tribunal-, por el cual Ángel Estrada y Cía. manifiesta interponer recurso, en los términos del art. 76 ley 24065, contra la resolución 71/1996 de la Secretaría de Energía y Puertos -dictada el 16/12/1996 en el expte. 750-002119/1996- (conf. fs. 476/479 del administrativo que corre agregado sin acumular), por la que se le rechazara el recurso de alzada que había deducido contra la resolución del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE.) 229/1995 (ver fs. 402/418 del citado administrativo), a través de la cual se le había desestimado el reclamo indemnizatorio que formulara contra EDESUR S.A. con sustento en que "...el resarcimiento de los daños y perjuicios en concepto de alquiler de grupo electrógeno y sueldos abonados al personal como consecuencia de baja tensión y cortes reiterados de suministro de energía eléctrica, ocurridos en el período comprendido entre el 23/11/1993 y 7/1/1994, se limita a los montos y condiciones que surgen de las penalizaciones establecidas en la reglamentación del contrato de suministro, que fueran aplicadas por resolución ENRE. 79/1994".

2. La impugnación de la resolución del ENRE. como objeto del recurso directo incoado; las personas que, como consecuencia de ello, deben revestir el carácter de partes en el sub lite; la procedencia de la participación del ENRE. como tercero, en defensa del acto jurisdiccional recurrido.

Previo a entrar a considerar las cuestiones suscitadas con motivo de lo que ha sido decidido en sede administrativa, corresponde poner de relieve que:

1) Ante la providencia de secretaría de f. 12 -que ordenó correr traslado a la demandada de la acción ejercida por la actora a través del recurso directo en análisis-, el letrado de la accionante libró cédula al Ministerio de Economía y Servicios Públicos-Secretaría de Energía y Puertos, cuya representación legal, al presentarse, pidió que se declarase la improcedencia del recurso directo que se le dirigiera a su mandante, sosteniendo que siendo el ENRE. un ente autárquico -con personalidad jurídica propia y capacidad para estar en juicio-, aquel recurso sólo debió ser interpuesto contra ese organismo, que fue el que emitió la resolución que causó el alegado agravio del accionante.

2) Ante la insistencia del demandante, y previa intervención del fiscal de Cámara -quien dictaminó que, previendo el art. 76 ley 24065 un recurso de alzada contra las

resoluciones del ENRE., y habiendo éste sido desestimado en el caso por la Secretaría de Energía y Puertos, la apelación directa ha sido bien dirigida por el actor contra esta Secretaría-, la sala, por resolución de f. 42 -emitida encontrándose el suscrito de licencia-, y con sustento en las consideraciones en ellas expuestas, resolvió citar a estar a derecho al Ente Nacional Regulador de la Electricidad y a la empresa EDESUR S.A.

3) Los apoderados del ente (fs. 59/65), tras manifestar que la resolución del ENRE. 299/1995 , por la que se puso fin a la controversia dentro del ámbito de actuación de su mandante, era de naturaleza jurisdiccional, sostuvieron que el ENRE. no era ni podía ser parte en el recurso, por lo que entienden que la participación que en él se le acordó se "encontraba referida a la importancia y eventual afectación que pueda tener la resolución de este asunto, en lo que hace al régimen del servicio público de distribución de electricidad, objeto principal de la actividad de mi representada", pasando a contestar en ese contexto la citación, defendiendo la legitimidad de la resolución impugnada.

4) La improcedencia del recurso y, consecuentemente, la legitimidad de las resoluciones del ENRE. y de la Secretaría de Energía impugnadas fue también planteada a su turno por EDESUR S.A.

3. Así las cosas, conviene destacar que el actor dedujo ante el ENRE. el reclamo resarcitorio cabeza del administrativo en los términos de lo establecido en el art. 72 ley 24065, por lo que el acto administrativo por el que el referido ente autárquico rechazó tal pretensión, de conformidad a lo establecido en la citada norma legal y lo que dispone la reglamentación que de ella se aprobara por el decreto 1938/1992 (10) (LA 1981-B-1587), debe reputarse como de índole jurisdiccional, ya que a través de él, el ENRE., como tercero imparcial, habría resuelto un conflicto de intereses contrapuestos entre dos partes privadas sobre una materia comprendida en el marco regulado por la ley 24065 (11).

En tales condiciones, y más allá de la incoherencia (12) que pudiera atribuirse al sistema previsto por la ley 24065 -en cuanto para cuestionar esas resoluciones jurisdiccionales del ENRE., admite tanto la impugnación administrativa (por vía de recurso de alzada) como el recurso judicial directo por ante esta Cámara (conf. art. 76)-, no cabe duda de que el actor, no obstante los términos bajo los que describió el objeto de la acción judicial incoada por medio del recurso previsto en el art. 76 de la citada ley, lo que realmente pretende es la declaración judicial de nulidad de la resolución del ENRE. -que le rechazó en sede administrativa el reclamo resarcitorio que dedujera contra EDESUR S.A.-, la cual, de disponerse traerá aparejada, como consecuencia necesaria, la de la Secretaría de Energía y Puertos que le rechazó el recurso de alzada contra aquélla interpuesto.

Ello así, resulta manifiesto que esa acción judicial debió necesariamente sustanciarse - como se lo hizo- con EDESUR S.A., que es la persona con la que se encontraba planteado el conflicto que en sede administrativa fuera dirimido por medio de la mentada resolución jurisdiccional del ENRE. y, que, por otra parte, es la legitimada para satisfacer la pretensión resarcitoria contra ella ejercida.

Ahora bien, aún cuando esta sala le ha negado a los entes reguladores legitimación para intervenir como parte cuando se impugnan resoluciones por ellos dictadas en ejercicio de la función administrativa de naturaleza jurisdiccional que les ha sido legalmente acordada (conf. "Gas Natural Ban S.A." del 2/9/1997) (13), lo cierto es que, mediando la conformidad del organismo para intervenir como tercero interesado, no existe mérito para negarle tal derecho a participar en la litis -en los términos del inc. 1

del art. 90 CPCCN.- en los supuestos en que -como el del sub lite, en que se discute la extensión de la responsabilidad contractual de las prestadoras del suministro de electricidad frente a los usuarios- la solución del conflicto puede exceder el solo interés particular de las partes que en él se encuentran involucradas, comprometiendo el interés público que al ente le corresponde preservar en razón de su eventual influencia sobre la política regulatoria que él debe ejecutar.

Distinta es la situación, en cambio, de la Secretaría de Energía y Puertos, habida cuenta de que habiendo ella intervenido en el procedimiento administrativo en el marco del ejercicio de la función administrativa de contralor de legitimidad propia del recurso de alzada -que también se encuentra normativamente previsto para impugnar las resoluciones jurisdiccionales del ENRE. (14)- (conf. arts. 94, 99 y concs. de la reglamentación de la ley de procedimientos administrativos, conforme al texto aprobado por el decreto 1883/1991), ante la expresa oposición que ella formulara para intervenir en autos, y no encontrándose esa Secretaría legitimada para satisfacer la pretensión de la actora recurrente, no corresponde imponerle tal participación.

3. Doy mi voto en este aspecto, pues, porque así se declare, imponiéndose en el orden causado las costas correspondientes a las relaciones procesales trabadas entre el actor y el ENRE. y el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (Secretaría de Energía y Puertos), en atención a las particularidades del caso y las dificultades interpretativas que genera el poco feliz sistema de impugnación normativamente establecido en la materia de que se se trata en autos.

4. El ENRE., en ejercicio de la función administrativa de naturaleza jurisdiccional que le ha sido legalmente acordada, tiene competencia para decidir respecto de la fundabilidad de la pretensión contenida en el reclamo administrativo de la actora.

Corresponde ahora poner de relieve que la ley 24065 -cuyas disposiciones, juntamente con las que subsisten como vigentes de la ley 15336 (11) (ALJA 1960-92), conforman el marco regulatorio eléctrico (MRE.) (conf. art. 92 de la reglamentación aprobada por el decreto 1398/1992)-, tras establecer en el párr. 1º del art. 72 que "toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, (y) grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente (ENRE.)", por el segundo párrafo de esa norma dispone que "es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente" (la bastardilla pertenece al suscripto).

Ello así, corresponde poner de relieve que:

1) Si bien es cierto que la actora, en su carácter de usuaria -el que revisten quienes no están facultados para contratar, en forma independiente y para consumo propio, su abastecimiento de energía eléctrica con el generador o el distribuidor (ver arts. 9 y 10 ley 24065)- se encontraba autorizada a formular su reclamo directamente en sede judicial, también lo es que no estaba obligada a ello, habida cuenta de que el MRE. la habilitaba a someter la dilucidación de la cuestión a la previa -previa a la judicial, se entiende- y obligatoria "jurisdicción" -administrativa, se aclara- del ENRE. (15).

2) Así como si el usuario hubiere optado por la jurisdicción judicial, el juez de primera instancia requerido no podría negarse a intervenir, difiriendo la solución al ENRE. (16), planteada la controversia ante este organismo administrativo, no existe mérito para negarle al ente competencia para decidirla, en la medida que ella aparece suscitada

con motivo -en cuanto importa- del suministro -o falta de adecuada prestación de él- de electricidad -tal como lo contempla el art. 76 ley 24065-, y la norma resulta lo suficientemente clara en cuanto a que impone someter a la previa y obligatoria "jurisdicción" del ENRE. la dilucidación de todas esas controversias, por lo que no se advierte razón válida que permita limitar la competencia de ese organismo administrativo a algunas de ellas, con exclusión de otras (17).

3) En el caso, no cabe duda -en mi criterio- que de conformidad a lo prescripto en ese art. 72 del MRE., el ENRE. era plenamente competente para resolver el reclamo que ante él optó por interponer la actora -en su condición de usuaria-, solicitando a la demandada -en su carácter de prestadora del suministro- el pago de los daños y perjuicios que dijo haber sufrido como consecuencia de la imposibilidad de hacer funcionar plenamente su planta industrial -situada en la localidad de Carlos Spegazzini, Provincia de Buenos Aires- a raíz de la baja tensión y cortes de suministro de energía eléctrica ocurridos en distintos días de noviembre y diciembre de 1993 y enero de 1994 (ver, en expte. adm., reclamo del accionante de fs. 7/11, ofrecimiento de prueba de fs. 32/34 y contestación de traslado de EDESUR de fs. 287/320).

4) Ello así, habida cuenta de que el ENRE., en ejercicio de esa función administrativa de naturaleza "jurisdiccional" que le está legalmente acordada, tenía plena competencia para pronunciarse sobre el alcance de la responsabilidad contractual de EDESUR S.A. respecto de sus usuarios y, por consiguiente, sobre la procedencia de la indemnización de daños y perjuicios reclamada por uno de estos. Por tanto, el ENRE. -en cuanto desestimó el resarcimiento pretendido por la usuaria, sobre la base de considerar que, de conformidad con lo establecido en el MRE., la responsabilidad de la distribuidora para con ella se encontraba limitada al monto de las penalidades que en función de lo contractualmente previsto le fueran anteriormente aplicadas- no incurrió -en mi parecer- en exceso de competencia alguno y, por ello, su resolución no es susceptible de ser nulificada -como lo propone el Dr. Coviello, quien niega al organismo administrativo competencia para desconocerle a la accionante que le asistiera derecho a la indemnización de daños y perjuicios reclamada (18) -por vicio de tal naturaleza, sin perjuicio de que -lo adelanto-, atento el error de derecho incurrido al decidir sustancialmente el caso, aquélla deberá ser revocada por esta razón.

5) En definitiva, a la luz de nuestro derecho positivo, resulta claro que el propósito del legislador en la materia ha sido el de crear una instancia administrativa previa a la judicial para la dilucidación de las específicas controversias relativas a la materia de que se trata, acordando al Poder Judicial facultades de revisión de lo decidido por ese organismo administrativo especializado. En tal sentido, la ley 24065, al incorporar por su art. 72 un organismo administrativo (19) con facultades jurisdiccionales -desde un punto de vista material- cuyo sometimiento por parte de los sujetos que contempla implica, desde el punto de vista de la acción contenciosoadministrativa, el mismo agotamiento de la vía o instancia administrativa allí creada, nada nuevo ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

6) En orden a ello, sólo cabe recordar la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en cuanto al ejercicio de facultades jurisdiccionales por órganos administrativos (Fallos 247:646 [12] [JA 1960-V-447]; 253:485 [13] [JA 1962-V-610]; 301:1103 [14] [JA 1980-II-302]), a efectos de una mayor protección de los intereses públicos mediante el aprovechamiento de la experiencia administrativa en la decisión judicial que finalmente se adopte. La actuación de tales entes u órganos ha sido siempre condicionada a limitaciones constitucionales que surgen del art. 109 CN. y de la garantía consagrada en el art. 18 ley fundamental, tales como la exigencia de dejar expedita una vía de control judicial verdaderamente suficiente (Fallos 247:646; 310:2159 [15] [JA 1988-IV-291]; 311:334 [16] [JA 1989-I-810]) y la limitación que se deriva de la materia

específica que la ley sometió al previo debate administrativo.

5. El alcance de la responsabilidad contractual de EDESUR S.A. respecto de sus usuarios

La actora, sometiéndose a la jurisdicción previa y obligatoria del ENRE., reclamó por los daños y perjuicios que dijo haber sufrido como consecuencia del deficiente servicio de suministro de energía eléctrica -por baja tensión e interrupciones del servicio- que le fuera brindado durante distintos días de noviembre y diciembre de 1993 y enero de 1994, a cuyo efecto afirmó que EDESUR no cumplió con las pautas de calidad técnica establecidas en el subanexo 4 del contrato de concesión, y fundó su pretensión resarcitoria en la norma contenida en el punto 5.2 de éste, la cual -dijo- resalta expresamente la independencia de las penalidades aplicables por el ente de las responsabilidades por los daños y perjuicios que le corresponden a las empresas distribuidoras (ver fs. 7/11 del expte. administrativo que corre agregado sin acumular).

EDESUR S.A., si bien reconoce los hechos expuestos por la actora, niega la interpretación que a ellos le atribuye la recurrente, afirma haber "brindado el servicio con la continuidad que razonablemente se le puede exigir" -a cuyo respecto sostiene que "asegurar el riesgo de falla es absolutamente imposible", niega haber incumplido "las normas de calidad del servicio", así como haber incurrido en "desidia en atender los inconvenientes del suministro a la planta fabril de la reclamante"-, atribuye el desperfecto al "anegamiento de una parte de la zona de enclave del conductor" -a la que caracteriza como un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor-, y -en cuanto importa- sostiene que el reclamo debe ser rechazado in limine por ausencia de sustento normativo, toda vez que la indemnización pretendida excede el marco de la responsabilidad que los usuarios pueden exigirle, la cual -dice-, de conformidad a lo establecido en el MRE., se encuentra limitada al pago de las penalidades -a ellos destinadas- que en razón de él pueden aplicársele por incumplimiento de las normas de calidad, las que funcionan como cláusulas penales, con manifiesta naturaleza resarcitoria.

El ENRE., por la mentada resolución 299/1995, tras plantear las posiciones de ambas partes, y no obstante reconocer implícitamente que en el caso nos encontraríamos ante un supuesto de inexcusable incumplimiento por parte de la distribuidora de las normas de calidad que le eran contractualmente exigibles (20), sostuvo que en atención a como había quedado planteada la controversia correspondía resolver si como consecuencia de los cortes reiterados del suministro de energía, la distribuidora debía abonar al usuario, además de las multas previstas en el punto 5.2 del subanexo 4 del contrato de concesión, la indemnización de los daños y perjuicios (conf. f. 406); interrogante al que dio respuesta negativa sobre la base de afirmar -en lo sustancial- que dichas penalidades constituían cláusulas penales, en razón -fundamentalmente- de que estaban destinadas a los usuarios afectados que habían contratado el servicio (ver, en particular, f. 408), por lo que entendió que debía admitirse su naturaleza resarcitoria ya que, de lo contrario, carecería de causa la fijación de ese destino y constituiría un enriquecimiento injustificado por parte de los usuarios (conf. f. 411), agregando que las normas contenidas en los 24 arts. de los contratos de concesión y en los puntos 5.2 del subanexo 4 de ellos se encontraban referidas a la responsabilidad extracontractual de las distribuidoras existiendo empero una responsabilidad contractual expresamente establecida en el Reglamento de Suministro -en relación a los daños a los artefactos e instalaciones que no pueden ser evitados mediante la instalación "de protecciones de normas"- (21), que funciona como "indemnización complementaria (...) porque las multas establecidas sólo contemplan el perjuicio por la `energía no suministrada' y por variaciones de tensión que afectan la calidad del servicio, pero no otros daños que puedan ocasionarse como consecuencia

directa e inmediata por problemas de tensión". Concluye por ello que "en caso de interrupciones del suministro la distribuidora debe pagar las multas previstas en el contrato de concesión como única y total reparación. En cambio, por alteraciones en los niveles de tensión, la responsabilidad de las distribuidoras comprende el pago a los usuarios de las multas establecidas (cláusulas penales), y además debe reparar los daños provocados como consecuencia directa e inmediata de alteraciones de los niveles de tensión".

Así las cosas, el adecuado análisis de esta cuestión obliga a poner de relieve que:

1) Para determinar si la naturaleza jurídica de la relación que se establece entre el prestador de un servicio público y el usuario es "legal" o "reglamentaria" o "contractual", no corresponde efectuar generalizaciones, resultando menester distinguir entre servicio público *uti universi* -por ej., servicio de policía de seguridad, de salubridad, de inspección bromatológica (en que el usuario no es el individuo, sino la comunidad)- y *uti singuli*, debiéndose, entre estos últimos, diferenciar también entre aquél que es "obligatorio" para el usuario -como la enseñanza primaria- y el que sólo le es "facultativo", que es el que interesa al caso que nos ocupa -electricidad-, en el que la relación es "contractual", de derecho privado principalmente (civil o comercial, según los casos), sin perjuicio de los principios y notas de derecho público que le resultarán aplicables en razón de la calidad de "servicio público" de la actividad en cuestión (22).

En relación al servicio público de electricidad, la precedente opinión encuentra apoyatura normativa en los arts. 9 y 10 ley 24065 -que establecen claramente el carácter contractual de la relación entre el usuario y la distribuidora de electricidad- y los sendos arts. 44 de los respectivos contratos de concesión de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. (23), los que disponen que el convenio "...será regido e interpretado de acuerdo a las leyes de la República Argentina, y en particular, por las normas y principios de Derecho Administrativo, sin que ello obste a que las relaciones que la distribuidora mantenga con terceros se rijan sustancialmente por el derecho privado..." (24).

2) Ello no obstante, por mi lado, me interesa poner de relieve que aún cuando se asigne un carácter predominantemente administrativo a la relación jurídica que se constituye entre la distribuidora de electricidad y sus usuarios, ante la inexistencia de particulares preceptos de derecho público que contemplen específicamente la cuestión en análisis, le serían a ella aplicables las normas del derecho común de modo supletorio (conf. doct. Corte Sup., Fallos 241:313; 288:170; entre muchos otros).

3) Ello así, aún cuando esa relación entre concesionario y usuario -la que sólo se constituye ante la petición de éste, configurando una figura contractual que, no obstante los pronunciados matices de adhesión a normas reglamentarias, da lugar a una suerte de contrato, del que nacen obligaciones para ambas partes- tenga una acentuada naturaleza administrativa, en la medida que la cuestión debe dilucidarse con aplicación preponderante de normas de derecho común relativas al incumplimiento de las obligaciones (conf. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, in re "Las Tapas S.A. v. EDESUR S.A." del 1/11/1994; *id.*, sala 2ª, in re "Berajano, Mónica N. v. EDESUR S.A." del 7/2/1995; e *ibíd.*, sala 3ª in re "Tucumán 902 S.R.L. v. EDESUR S.A." del 16/8/1996, entre otros), no puede necesariamente seguirse que el incumplimiento de la empresa prestadora -pues de ello se trata cuando el servicio es interrumpido por circunstancias inexcusables- la exima de responsabilidad frente al usuario por los daños originados como consecuencia de esa inejecución (conf. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, autos "Pombo, Ernesto J. v. ENTel." [Texto](#) del 30/11/1981) (17) (JA 1983-I-33).

4) Es cierto que si uno de los fines de los marcos regulatorios consiste en la protección de los usuarios o consumidores, esa protección no puede traspasar las normas regulatorias y las cláusulas de los contratos de concesión o licencia, afectando los derechos de los concesionarios o licenciarios, no pudiendo tampoco interpretarse que corresponde beneficiar al usuario en perjuicio de la calidad técnica del servicio (Cassagne, Juan C., "Los marcos regulatorios de los servicios públicos y la inserción de la técnica contractual", en LL 1994-D-Sec. Doctrina, p. 949 y ss.; en particular, p. 969).

5) En este sentido, no cabe duda de que la concesión, pese a los aspectos contractuales que cuadre reconocérsele, es primordialmente un acto de gobierno que tiene por fin organizar un servicio público de utilidad general (Corte Sup., Fallos 257:173 y sus citas), de lo que se desprende que el acto estatal regulatorio de la prestación del servicio, es de carácter unilateral, llámese legal o reglamentario, siguiéndose de ello que así como los concesionarios, por vía de invocar el derecho de libre contratación, no pueden alterar los términos de la reglamentación legal de la prestación del servicio, los usuarios, por su parte, no están legitimados para discutir el régimen reglamentario que constituyen las condiciones de la oferta (Corte Sup., Fallos 258:322 [18] [JA 1964-V-496] y sus citas).

6) Consecuentemente con ello, no podrían los usuarios pretender la prestación de un mejor servicio que aquél al que la distribuidora se obligó de conformidad a los niveles de calidad establecidos en el subanexo 4 de los respectivos contratos de concesión, tanto en cuanto a la calidad técnica del servicio prestado -que tiene en cuenta la frecuencia y duración de las interrupciones del suministro- como a la calidad técnica del producto suministrado -que se relaciona con el nivel de tensión y sus perturbaciones-, todo ello en función de las etapas temporales que al efecto han sido contractualmente contempladas.

7) Sin embargo lo que se discute en el sub lite no es el alcance de las obligaciones de las distribuidoras para con sus usuarios -y, en orden a ello, la índole de las causas exculpatorias o exonerativas de responsabilidad, como pueden serlo aquellas que la práctica belga denomina "las perturbaciones inevitables en el estado actual de la técnica", que puede actuar vinculada a límites de tolerancia (parámetros por debajo de los cuales no existe responsabilidad), o con independencia de ellos-, dado que lo que aquí se ha puesto en tela de juicio es la magnitud de la responsabilidad de ellas por los daños y perjuicios que pueden ocasionar como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones; lo que constituye una cuestión muy distinta.

8) Así las cosas, debe ponerse de relieve que la protección de los derechos de los usuarios tiene hoy rango constitucional -por el art. 42 de la Carta Magna se establecen los derechos de los consumidores, y usuarios de bienes y servicios en la relación de consumo, obligándose a las autoridades a proveer a la protección de esos derechos, entre ellos, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos; mientras que por el art. 43 de la ley fundamental, para la protección de sus derechos, se faculta la interposición de la acción expedita y rápida de amparo, tanto a los usuarios y consumidores en su calidad de afectados, como a las asociaciones que propendan a tales fines- (25), y es a la luz de ello que debe interpretarse la normativa de la ley 24065 -cuyas disposiciones, juntamente con las de la ley 24240 de Defensa del Consumidor (26), integran la situación jurídica garantizada del usuario-, de la que no se desprende limitación alguna a las responsabilidades de las distribuidoras de energía eléctrica respecto de los daños y perjuicios que pudieren causar a sus usuarios como consecuencia del incumplimiento imputable de las obligaciones que le incumben como prestataria del servicio público en cuestión.

9) En efecto, la ley 24065, tras prever las sanciones aplicables a los terceros no concesionados por las violaciones o incumplimientos a sus disposiciones y normas reglamentarias (art. 77), en relación a los concesionarios, por el art. 78 -que no fue reglamentado- se limita a establecer que serán sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de concesión en relación a las violaciones o incumplimientos de ellos, sin contemplar cláusula limitativa de responsabilidad alguna.

10) Por su lado, los contratos de concesión suscritos entre el Estado Nacional (Poder Ejecutivo de la Nación) y EDENOR S.A. y EDESUR S.A., establecen por sus sendos arts. 24 que "la distribuidora será responsable por todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de éstos como consecuencia de la ejecución del contrato y/o el cumplimiento de las obligaciones asumidas conforme al mismo y/o la prestación del servicio público". En relación al alcance de esta cláusula contractual, cabe poner de relieve que:

10.1) En la medida que los usuarios son ajenos al contrato de concesión, no cabe negar que ellos revisten el carácter de "terceros" a su respecto (conf. art. 1195 CCiv.; en doctrina, ver Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-B, p. 594) (27), máxime cuando el último párrafo de la citada cláusula contractual -el precedentemente transcrito art. 24 del convenio de concesión- aclara expresamente que a los efectos de lo en ella estipula, entre los terceros se considera incluso incluida a la concedente; es de destacar que la propia EDESUR admite expresamente la aplicación de este art. 24 tanto respecto de los "terceros (puros)" -aceptando a su respecto una plena e íntegra responsabilidad extracontractual- como a los "terceros (usuarios)" -en relación a los cuales, empero, sostiene que, al margen de lo atinente a las penalidades que pudieren imponérsele por incumplimiento de las normas de calidad (las que afirma que tienen carácter resarcitorio y funcionan como cláusulas penales), sostiene que su responsabilidad contractual respecto de estos usuarios se encuentra circunscripta a los daños enunciados en el art. 3 del Reglamento de Suministros- (conf. f. 294 y ss. del administrativo, punto e.1 -"sujetos del resarcimiento"-).

10.2) No se comparte por ello que este art. 24 del contrato entre concedente y concesionaria aluda sólo a la responsabilidad extracontractual de la distribuidora, no resultando por ello aplicable a la responsabilidad contractual que une a ella con el "usuario" -tal como lo afirma el ENRE. en la resolución impugnada (conf. f. 414 del administrativo)-, habida cuenta de que:

10.2.1) La norma no contempla tal limitativa distinción en forma expresa y su estructura no autoriza a inferirla válidamente por vía interpretativa.

10.2.2) En este orden de ideas, no resulta razonable sustento de tal tesis la afirmación de que la responsabilidad que establece este art. 24 "no puede ser otra que la extracontractual, ya que habla de daños como consecuencia de la ejecución del contrato y, obviamente, de la ejecución en sí misma no se pueden derivar daños contractuales para el cocontratante" -como lo sostiene el ENRE. en la resolución impugnada (ver f. 414 del administrativo, párr. 4º)-, ya que es evidente que la debida ejecución -jurídica y material- por parte de la distribuidora de cualquiera de las obligaciones que le impone el contrato de concesión -tanto en lo atinente a la satisfacción de las normas de calidad del producto y del servicio técnico respecto a sus usuarios, como en lo concerniente a los otros deberes que ese contrato de concesión contempla respecto de la propia concedente como de los terceros no usuarios en general (conf. art. 25)- no puede derivar la ilícita producción de daño alguno y, consiguientemente, responsabilidad contractual o extracontractual a su respecto.

10.2.3) En consecuencia, resulta claro, entonces, que la cláusula contractual en análisis alude aquí a los daños causados como consecuencia de la indebida ejecución del contrato de concesión, del incumplimiento de las obligaciones asumidas conforme al mismo y/o de la inadecuada prestación del servicio público.

10.3) Tampoco puede compartirse que la norma contenida en el art. 3 inc. e del Reglamento de Suministro -en cuanto establece que "en el caso que se produzcan daños a las instalaciones y/o artefactos de propiedad del usuario provocadas por deficiencias de la calidad técnica del suministro imputables a la distribuidora, y que no puedan ser evitadas mediante la instalación en los mismos de las protecciones de normas, la distribuidora deberá hacerse cargo de la reparación y/o reposición correspondiente, salvo caso de fuerza mayor"-, autorice válidamente -como lo pretende EDESUR S.A. a f. 293 y ss. del administrativo (punto e)- a restringir la extensión del resarcimiento que claramente fija el tantas veces citado art. 24 del contrato de concesión, el cual -se reitera- dispone que "la distribuidora será responsable por todos los daños y perjuicios causados a terceros y/o bienes de propiedad de éstos..." -el destacado pertenece al tribunal-; ese art. 3 inc. e del Reglamento del Suministro, por el contrario, sólo puede ser entendido como que, para el particular caso de los artefactos e instalaciones del usuario que regula, incorpora un nuevo requisito para que el resarcimiento del daño por parte de la distribuidora resulte procedente, cual es, que el usuario no hubiera evitado su producción de haber instado protecciones de normas en aquellos bienes, por lo que sólo hace jugar en el caso la norma contenida en el art. 1111 CCiv., la cual -en cuanto establece que "el hecho que no cause daño a la persona que lo sufre, sino por una falla imputable a ella, no impone responsabilidad alguna"- constituye un estándar jurídico que admite ser aplicado también a los casos de incumplimiento contractual.

11) Es cierto que en el capítulo 5 -Sanciones- del subanexo 4 de los contratos de concesión, en relación a las multas que el ENRE. -de conformidad a lo establecido en el art. 78 ley 24065 y conforme lo estipulado en los sendos arts. 36 de esos contratos- puede aplicar a las distribuidoras por los incumplimientos que éstas incurran respecto de las normas relativas a la calidad del producto técnico (ver numeral 5.5.1), del servicio técnico (ver numeral 5.5.2) y del servicio comercial (ver numeral 5.5.3), se establece que estas penalidades deben ser abonadas "a los usuarios" (ver párr. 2º del numeral 5.2) y que se determinarán "en base al perjuicio que le ocasiona al usuario la contravención..." (ver punto 5.1 in fine) (28), lo que obliga a reconocerle carácter "resarcitorio" -máxime cuando se encuentra previsto que están destinadas "a compensar a quien sufriese un daño o un sobrecosto por el accionar de la Distribuidora", tal como lo expresan las normas contenidas en los citados numerales 5.5.1 y 5.5.2-; mas de ello no se sigue -como necesaria consecuencia- que funcionen como "cláusulas penales", tal como lo afirma dogmáticamente el ENRE. en la resolución impugnada, habida cuenta que:

11.1) Se opone a ello la letra de la clara norma contenida en el último párrafo del numeral 5.2 de estos subanexos 4 de los contratos de concesión, por la cual, ratificando el principio de integridad de la reparación que rige -como principio- la responsabilidad civil, se establece en forma expresa que "el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios".

11.2) Razones axiológicas imponen negar a estas penalidades el carácter de "cláusulas penales", habida cuenta que, en caso contrario, para la primera etapa de la concesión, habría que reconocer que se estableció una total impunidad a favor de las distribuidoras (29).

12) El objetivo de la aplicación de estas sanciones económicas por parte del ENRE. se encuentra claramente expresado en la norma contenida en el numeral 5.1 que dispone que tienden "a orientar las inversiones de la distribuidora hacia el beneficio de los usuarios, en el sentido de mejorar la calidad en la prestación del servicio público de electricidad", por lo que una interpretación íntegra, valiosa y razonable de la totalidad de las normas aplicables, entonces, si bien obliga a reconocer que estas penalidades, además de su clara función conminatoria -en tanto resultan aplicables no sólo con la finalidad de disuadir el incumplimiento, sino también con el objetivo de inducir el mejoramiento del servicio-, tienen también naturaleza resarcitoria -en la medida que están instituidas en favor de los usuarios y están dirigidas a repararles los eventuales daños (ya que no tienen obligación de acreditar su producción) que la deficiente prestación del servicio se presume les causó-, no admite empero asignarles el alcance de una cláusula penal que opere a la manera de tope reglamentario, limitativa de la íntegra indemnización que corresponde por los efectivos daños causados por la distribuidora en razón de la negligente o imprudente conducta que pueda serle demostrada, de conformidad a las normas del derecho común que rige la relación.

13) Debe aquí ponerse de relieve que la tésis de las normas aplicables al servicio público de distribución de energía eléctrica y a las obligaciones contractuales que vinculan a los usuarios con las distribuidoras, en caso de oscuridad, obliga a interpretarlas en favor de los derechos de los usuarios, comprendiendo la reparación integral de los perjuicios que la inejecución injustificada de sus obligaciones por parte de la distribuidora le pueda ocasionar, de conformidad a los principios rectores del ordenamiento jurídico fundamental, que garantiza los derechos económicos de los usuarios y obliga a la prestación con calidad y eficiencia de los servicios públicos, admitiendo sólo restrictivamente las excepciones limitativas de los derechos amparados por la Constitución Nacional, cuya renuncia no cabe presumir.

14) Dejando de lado que el art. 31 ley 24447, en cuanto dispuso que a partir de la iniciación del ejercicio fiscal 1995, los entes reguladores deben ingresar al Tesoro Nacional los recursos originados en las multas que apliquen en cumplimiento de sus funciones de contralor, pareciera comprometer seriamente la causa eficiente en que se ha pretendido fundar el carácter resarcitorio de estas penalidades, no puede perderse de vista que estas sanciones económicas están destinadas a reintegrar el valor de la energía no recibida en las condiciones pactadas (niveles de tensión, por ejemplo) o directamente la no recibida (interrupciones, tanto en su frecuencia como en su duración), razón por la cual -aunque lo que se paga al usuario, en concepto de estas penalidades, no es equivalente a lo que él ha pagado y no recibido- sus montos no guardan relación alguna con el de los eventuales daños y perjuicios que puedan haberse efectivamente sufrido.

15) En tales condiciones, cuando la interrupción del servicio eléctrico es imputable a la distribuidora y carece de justificación alguna legítima, aquélla debe responder por los perjuicios ocasionados (conf. doct. Corte Sup., Fallos 258:322). Al respecto, la sala 1ª de la C. Nac. Civ. y Com. Fed. ha sostenido que -reconociéndose la existencia de un vínculo contractual-, el mero incumplimiento de EDESUR a su obligación de proporcionar el fluido eléctrico es determinante de su responsabilidad, a menos que ella pruebe que el hecho responde a caso fortuito o fuerza mayor (conf. "Las Tapas S.A. v. EDESUR S.A." del 9/3/1997).

16) La invocación de una suerte de genérica exención de responsabilidad por parte de EDESUR S.A. es impropia de la relación contractual que ella mantiene con sus usuarios, gobernada por los principios del derecho común, cuya aplicación supletoria en la materia no cabe soslayar ante la ausencia de específicas normas de derecho público que las contradigan.

17) Ha sido el propio Ente Nacional Regulador de la Electricidad quien -ante el conflicto que se generó con la demandada en febrero último, cuando un apagón de once días a oscuras a varios barrios de la Capital Federal-, por resolución 292/1999 del 21/2/1999 -tras poner de relieve que por su anterior resolución 222/1999, del 17/2/1999, había dispuesto que EDESUR debía determinar y acreditar las penalidades previstas en el punto 3.2. del subanexo 4 del contrato de concesión a favor de los más de 150000 usuarios afectados por la interrupción del suministro de energía eléctrica, comenzando el 15/2/1999, a las 3:47 hs., y que superó ampliamente los límites de tiempo establecidos en ese punto, produciendo perjuicios particularmente severos-, puso de relieve que las disposiciones del contrato de concesión relativas a la determinación del monto bonificable por energía no suministrada fueron establecidas en el contexto de las previsiones normales de producción de contingencias, fijándose plazos máximos admisibles de interrupción del servicio de distribución de electricidad - diez horas- durante el cual la distribuidora no resultaría penalizable, y señaló que el caso, ante la gran cantidad de usuarios que permaneció varios días sin el restablecimiento del servicio en forma efectiva y normal, ponía en evidencia un hecho extraordinario que superaba las pautas contractualmente previstas y que indudablemente merecía un tratamiento distinto y especial, por lo que, afirmando que los reales daños y perjuicios -incluido el daño moral- sufridos superaban ampliamente para cada usuario el monto de las bonificaciones dispuestas, sostuvo que limitar el resarcimiento a la multa preestablecida, importaría tanto como permitir a la distribuidora incumplir con obligaciones tan esenciales como las que tiene, lo que entendió que repugnaba al criterio de equidad que debe existir en las relaciones entre usuarios y la distribuidora y la custodia de la seguridad pública. En razón de ello, y tras afirmar que es indiscutible que la interrupción del suministro por sí mismo, importa la producción de daños a los usuarios y sus familias, cuya entidad varía en cada caso, sostuvo que era posible determinar un monto que representase una indemnización mínima de esos daños para cada usuario residencial, aclarando que, siendo posible que los daños sufridos por los usuarios superasen ese monto, la acreditación referida en ningún caso importará aceptación como indemnización total, sino que se recibiría a cuenta de la justificación de los mayores daños sufridos, haciendo saber a los usuarios afectados que podían reclamar individualmente ante el ente el reconocimiento de la diferencia o accionar al efecto ante la justicia.

6. Voto, en consecuencia, porque se declare la nulidad de la resolución (ENRE.) 229/1995 recurrida -y, por ende, de la resolución (SEyP.) 71/1996, por la que se rechazó el recurso de alzada contra ella interpuesto-, debiendo volver las actuaciones al Ente Nacional Regulador de la Electricidad para que sustancie el reclamo del actor y, en ejercicio de la jurisdicción previa y obligatoria que le corresponde actuar en la causa, la resuelva, teniendo en cuenta lo dispuesto en la presente resolución.

Por lo que resulta del acuerdo que antecede, se resuelve: declarar la nulidad de la resolución (ENRE.) 229/1995 recurrida- y por ende, la resolución (SEyP.) 71/1996. Remitir las actuaciones al Ente Nacional Regulador de la Electricidad para que sustancie el reclamo del actor y, en ejercicio de la jurisdicción previa y obligatoria que le corresponde actuar en la causa la resuelva teniendo en cuenta lo dispuesto en la presente resolución. Costas en el orden causado.- Bernardo Licht.- Néstor H. Buján. En disidencia: Pedro J. J. Coviello. (Sec.: Silvia Lowi Klein).

NOTAS:

(1) Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", consid. IV-29.5, Ed. Fundación de Derecho Administrativo.

- (2) Alberdi, Juan B., "Fragmento preliminar al estudio del Derecho", Ed. Ciudad Argentina, p. 18.
- (3) Tawil, Guido S., "El procedimiento administrativo ante los entes reguladores", en Procedimiento Administrativo, Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, p. 259.
- (4) "Procedimiento para la reparación de daños ocasionados a los artefactos por fallas en la calidad del producto técnico", arts. 3 y 13, B.O. n. 28063 del 18/1/1995, p. 16.
- (5) Organización de los Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1996, Washington DC., 1997, p. 65.
- (6) Opinión Consultiva 6/1986, párr. 23 y 32.
- (7) Opinión Consultiva 8/1987, párr. 24.
- (8) Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, VI-24, Ed. Fundación de Derecho Administrativo.
- (9) Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. I, IV-35/36, Ed. Fundación de Derecho Administrativo.
- (10) Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", VI-30, Ed. Fundación de Derecho Administrativo.
- (11) Ver Corte Sup., in re "Complejo Agroindustrial San Juan S.A. v. ENARGAS" del 23/4/1996, en relación a la norma contenida en el art. 66 ley 24076.
- (12) Conf. Aguilar Valdéz, Oscar, "Cuestiones que suscita el control judicial de los entes reguladores de servicios", en ED del 15/5/1998.
- (13) Como es el caso de la revisión judicial que autoriza el recurso directo previsto en el art. 76 ley 24065, el que difiere del que contempla en su art. 81 para la impugnación de las sanciones aplicadas por el ente en ejercicio de la facultad prevista en el inc. o del art. 56 de esa norma legal.
- (14) De conformidad a lo establecido en el art. 76 de la reglamentación de la ley 24065 , a los efectos de determinar los alcances de su contralor respecto de los actos del ENRE. que fueran recurridos, la Secretaría de Energía debe previamente caracterizarlos, según sean o no de naturaleza jurisdiccional.
- (15) Aún en el caso de los usuarios y terceros interesados, en que el sometimiento de la controversia a la previa y obligatoria jurisdicción del ENRE. es optativo, no existe la posibilidad de concurrencia de competencias entre el Poder Judicial y el organismo administrativo: o se elige la jurisdicción del ente -en cuyo caso queda excluida la judicial, salvo en lo atinente a la posterior revisión de lo decidido por el organismo administrativo- o bien se opta por la jurisdicción judicial, quedando en consecuencia excluida la del ENRE.
- (16) En estos supuestos, como consecuencia del sistema judicialista para la solución del conflicto entre partes -tanto públicas como privadas- que surge de los arts. 95 - ausente en la Constitución de los Estados Unidos-, 100 y 101 CN., recobra totalmente su vigencia el principio de la plena jurisdicción del juez, quien debe ejercer su

jurisdicción en forma obligatoria, estándole constitucionalmente vedado dejar la decisión del caso a la Administración, o someter a ella la decisión de cuestiones incidentales, como pueden serlo las relativas a la interpretación del alcance de una ley (como lo es el MRE.) o de un acto administrativo normativo de alcance general (como lo es la reglamentación que de él se aprobara a través del decreto 1938/1992 o el Reglamento de Suministro de Energía Eléctrica para los Servicios Prestados por las empresas EDENOR S.A. y EDESUR S.A. aprobado como anexo III por la resolución [S.E.E.] 168/1992), cuestiones todas ellas que, en nuestro régimen judicialista, revisten naturaleza jurisdiccional.

(17) Se advierte que el caso materia del sub lite presenta marcadas diferencias con el analizado por la sala, entre otros, in re "Cooperativa de Servicios Públicos y de Vivienda de Saliqueló Ltda. (COSPYU.)" del 28/4/1998, en el que, por vicio de competencia, se nulificó una resolución jurisdiccional del ENARGAS que, al rechazar el pedido de la allí recurrente de actuar como subdistribuidora, traducía una decisión que no se relacionaba con la prestación del servicio, sino con la titularidad de la obra.

(18) La ley 24065 ha caracterizado como "servicio público" a la distribución de electricidad (art. 1) y, tras fijar en su art. 2 los objetivos de la política en la materia -enumerando, entre ellos, al de la adecuada protección de los derechos de los usuarios (ver inc. a), el cual, en la actualidad ha adquirido jerarquía constitucional de conformidad a lo dispuesto en el nuevo art. 42 ley fundamental-, impuso al ENRE. -al que crea por su art. 54- sujetar su accionar a esos principios, con la obligación de controlar que la actividad del sector eléctrico se ajuste a ellos (ver art. 2 últ. párr.). Es en el marco de ello, y teniendo en cuenta que se le impone a ese organismo la obligación de llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir esos objetivos del art. 2 (ver art. 54), que debe interpretarse el alcance de las funciones y facultades de regulación, control y fiscalización que se enumeran en el art. 56 de la ley -entre ellas, las de aplicar las sanciones previstas en la ley, sus reglamentaciones y en los contratos de concesión (inc. o)-, debiendo ser engarzada en esa finalidad la prerrogativa que se le acuerda por el art. 72 de la ley para decidir las específicas controversias que se susciten en la materia.

En definitiva, entonces, la intervención previa del ente regulador está dirigida a la obtención de finalidades y, a esos efectos, la ley lo ha dotado de los medios que consideró adecuados para que las lograra, confiriéndole entre ellos, las referidas facultades "jurisdiccionales" -a efectos de que decida conflictos entre partes-, las que si bien las actúa como un organismo administrativo, lo hace no sólo como un ente técnico, sino aplicando el marco regulatorio y reglamentario -eminentemente jurídico- que rige la actividad.

(19) Téngase presente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en relación al ENARGAS, sostuvo que las garantías formales de independencia y neutralidad previstas para su actuación en la ley 24076 -conf. arts. 53, 54 y 55 de ese cuerpo legal sobre designación y remoción de directores de ese ente- no alcanzaban para categorizarlo como tribunal administrativo (ver "Litoral Gas S.A." del 16/4/1998).

(20) Es de destacar sobre el punto que el organismo administrativo de naturaleza jurisdiccional destaca que por resolución (ENRE.) 79 , del 16/6/1994, y conforme a las normas legales y contractuales correspondientes, se impusieron a EDESUR S.A., con destino a los usuarios, sendas sanciones por el apartamiento incurrido a los niveles de calidad del producto técnico y del servicio técnico en el semestre comprendido entre el 1/9/1993 y el 28/2/1994 -en que tuvieron lugar las contingencias motivo de autos-conf., en particular, el consid. 3 expuesto a f. 417 del administrativo).

(21) Alude aquí el ENRE. a la norma contenida en el art. 3 inc. e de ese reglamento de suministro.

(22) Conf. Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, 1975, Ed. Abeledo-Perrot, p. 163 y ss., n. 358. En el mismo sentido: Cassagne, "La intervención administrativa", Ed. Abeledo-Perrot, p. 55, quien aclara que corresponde al derecho administrativo todo lo atinente a la reglamentación del servicio. Ariño Ortiz ("Economía y Estado", Ed. Abeledo-Perrot, p. 428), en una posición intermedia, afirma que existe una relación jurídica de carácter mixto, entrándose a la situación reglamentaria mediante un contrato entre dos partes -ambas privadas- que, como tal, es de orden civil, debiendo así ser entendido en todos aquellos aspectos que no afecten a aquella situación reglamentaria. Greco, por el contrario, en "Potestad tarifaria, control de usuario y tutela estatal" (en Revista de Derecho Administrativo, año 2, n. 3, p. 505), entiende que existe una situación legal-reglamentaria, objetiva e impersonal. Para una completa revisión de las distintas posiciones sobre el punto, ver Farrando, "La regulación jurídica del usuario con el concesionario de servicios públicos", en Sarmiento García y otros, "Los servicios públicos. Régimen jurídico actual", 1994, Ed. Depalma, p. 25 y ss.

(23) Debe también tenerse en cuenta que los contratos de concesión, por otra parte, establecen la obligación temporal de las distribuidoras de continuar prestando el servicio público a los usuarios de SEGBA. vinculados a esta empresa por medio de contratos de suministro sujetos a cláusulas técnicas especiales (art. 25 inc. c); prevén la posibilidad de convenir con el usuario una tensión diferente a las enunciadas (art. 25 inc. e); dispone el carácter máximo de los valores de las tarifas aprobadas por la autoridad regulatoria, aclarando que ellos no serán de aplicación en los casos de contratos especiales entre los usuarios y la distribuidora (art. 27); etc.

(24) Por su parte, el Reglamento de Suministro, en muchas de sus disposiciones hace explícitas menciones a situaciones de orden contractual: así alude a la firma del "contrato de suministro" como condición de habilitación del servicio (art. 1 inc. f, IV); y, asimismo, se refiere a la limitación del uso del suministro a la potencia y condiciones técnicas "convenidas" como una obligación del usuario (art. 2 inc. g); etc.

(25) El juego eficiente de estas dos normas constitucionales obliga a entender configurada una responsabilidad plenamente operativa y exigible tanto al Estado como a todos los prestadores (conf. Pérez Hualde, Alejandro, "El concesionario de servicios privatizados", 1997, Ed. Depalma, p. 54).

(26) Conf., en particular, capítulo VI, arts. 25 a 31. Ver asimismo art. 37 que establece que se tendrán por no convenidas las cláusulas que limiten la responsabilidad por daños (inc. a) o importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte.

(27) La circunstancia de que los usuarios sean considerados sujetos de la relación jurídica concedente-concesionario -ya que es en beneficio de ellos que se otorga la concesión de servicio público-, no altera su condición de "terceros" frente al contrato de concesión -en tanto no intervienen, en calidad de parte, en su celebración- (conf. Santa María Pastor, Juan A. y Parejo Alfonso, Luciano, "Derecho Administrativo. La jurisprudencia del Tribunal Supremo", 1992, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 292). En definitiva, tanto los usuarios como los terceros propiamente dichos -los que no tienen relación contractual alguna con la concesionaria- se hallan legitimados para ejercer los derechos que nacen, no sólo de la Constitución y de las leyes, sino también de las cláusulas mismas del contrato, poseyendo acciones iure proprio para reclamar en forma directa el cumplimiento de las obligaciones

contractuales incumplidas en su perjuicio por el concesionario (conf. Bandeira de Melo, Celso A., "Curso de direito administrativo", 1993, Malheiros Editores, San Pablo, p. 337).

(28) En concordancia con ello, en relación a la forma de implementar la aplicación de estas penalidades, el decreto reglamentario 1398/1992, en su art. 56 (punto b.1.4.) establece 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".

(29) En orden a ello, corresponde destacar aquí que, siendo responsabilidad de la distribuidora la de prestar el servicio público de electricidad con un nivel de calidad satisfactoria, las multas en consideración fueron previstas para los supuestos de incumplimiento a las normas de calidad preestablecidas tanto en relación al producto técnico suministrado -referido al nivel de tensión en el punto de alimentación y las perturbaciones (variaciones rápidas, caídas lentas de tensión y armónicas) como al servicio técnico -que involucra a la frecuencia y duración de las interrupciones-, previéndose un primer período de gracia de doce meses (es decir, hasta el 31/8/1993) -en el que no se aplicarían sanciones a las distribuidoras-, y dos etapas posteriores -en la que sí se aplicaron sanciones por incumplimientos-, la primera de ellas de treinta y seis meses (computados a partir del 1/9/1993) -en la que el control de la calidad del servicio técnico se efectuaba mediante índices globales y en la que el monto total de la sanción se repartía entre los usuarios afectados de acuerdo a la participación del consumo de energía de cada uno respecto al conjunto, implementándose como descuentos globales en la facturación, sin discriminar por tipo de usuario o tarifa- y la segunda a partir del mes número cuarenta y nueve -en la que la prestación se controla a nivel de suministro a cada usuario, calculándose para cada usuario la cantidad y tiempo de los cortes sufridos en cada semestre- (ver subanexo 4 citado, numerales 1, 2 -subpuntos 2.1. y 2.2.- y 3).

Facultades de los entes para resolver conflictos
Por Horacio L. Bersten

SUMARIO:

I. Introducción.- II. Disposiciones legales.- III. Daños y perjuicios.- IV. Concepto de usuario.- V. Tribunal

I. INTRODUCCIÓN

El caso resulta un interesante punto de partida para reflexionar sobre las facultades que habitualmente se le confieren a los entes y agencias reguladoras, en especial las de dirimir las controversias que se pueden plantear entre los diversos sujetos sometidos a su contralor respecto de cuestiones que devienen de la actividad regulada.

Para parte de la doctrina dichas facultades serían de orden jurisdiccional, puesto que se trata de "la decisión de un órgano estatal sobre el derecho aplicable a una controversia, lo que constituye su sustancia" (1). Desde otra vertiente, los entes son concebidos como autoridades administrativas independientes, revestidas de tal investidura por el art. 42 CN. (2) (LA 1995-A-26) y se evita utilizar, para la descripción de la mencionada función, prefiriéndose la denominación de tribunales administrativos por sobre la de facultades jurisdiccionales. Más allá de la mayor o menor resistencia para adherir al uso de una terminología para identificar dicha actividad, tiene fuerte impulso la tendencia a otorgarle a los entes reguladores facultades para la resolución de conflictos entre las partes integrantes de la actividad regulada y dichas funciones tienen muchas semejanzas con las que normalmente le son asignadas a los jueces. Ello importa la posibilidad de declarar el derecho aplicable en un caso que se encuentra controvertido; que se ha seguido un procedimiento de debate entre los sujetos; que el órgano actúa como tercero imparcial en la contienda y que su decisión concluye con la discusión dentro de la esfera del poder administrador que la dicta.

El fundamento sobre el que reposa el otorgamiento de este tipo de facultades reside en que los conflictos en materia de servicios públicos habitualmente recaen o tienen mucho que ver con cuestiones técnicas específicas y complejas, las que habitualmente son ajenas al conocimiento de los magistrados por lo que la actuación de la agencia reguladora del sector, altamente especializada en la materia, asegura un mejor conocimiento de las cuestiones de hecho atinentes al caso -tal como sucede, en otras órbitas de la administración: verb. el Tribunal Fiscal de la Nación-.

Algunos regímenes regulatorios han establecido la competencia originaria del ente mediante una técnica de coordinación de competencias con el poder judicial, siendo imprescindible, para el ejercicio de la potestad jurisdiccional el tratamiento primario en sede administrativa, ya que la justicia no puede intervenir hasta que lo haga previamente el ente y sólo para el caso de disconformidad con dicha solución actuarían los tribunales competentes, en grado de apelación. Queda para los magistrados la revisión, en un segundo pero imprescindible paso porque, cuando se confieren estas competencias a los entes, resulta indispensable que exista un control judicial suficiente y adecuado, tal como ha quedado determinado por la Corte desde el caso "Fernández Arias" (3).

II. DISPOSICIONES LEGALES

Pese a haber transcurrido más de seis años de la reforma constitucional, no se ha

dictado ningún otro marco regulatorio legal de servicios públicos nacionales, de carácter adicional a los correspondientes a las leyes 24065 (LA 1992-A-74) y 24076 (LA 1992-B-1636), por lo que permanece incumplido el dispositivo establecido en el art. 42 CN. respecto a su establecimiento y persistiendo la regulación por decretos de servicios públicos. Sólo en las leyes mencionadas y en la ley 210 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires -que puso en funcionamiento al Ente Único Regulador de Servicios Públicos, creado por la Constitución de la Ciudad- encontramos preceptos legales sobre la cuestión.

El art. 66 ley 24076 (de regulación de la actividad de transporte y distribución del gas natural) establece que "toda controversia que se suscite entre los sujetos de esta ley, así como con todo tipo de terceros interesados" ...deberá "ser sometidas en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente". A su vez, el art. 72 ley 24065 (de regulación eléctrica) determina que "toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente", aunque agrega que "es facultativo para usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente". Similar sistema se adopta en el art. 20 ley 210 de la Ciudad. De tal forma, tanto en el ámbito del servicio eléctrico como en el de los servicios públicos de la Ciudad la intervención del ente respecto de los usuarios finales no resulta obligatoria para éstos ni para los terceros (en la 24065) por lo que, en el caso de tener que deducir algún reclamo. Podrán optar por presentarse por ante el ente o concurrir directamente por ante la justicia. Sostiene Gusman (4) que en casos como el corte del suministro de un servicio público domiciliario, podría ser más expedito el acceso de los usuarios damnificados a la instancia judicial por sobre el ente, por ejemplo mediante la interposición de la acción de amparo con una medida cautelar. Podría agregarse -tal como lo pone de resalto el fallo en comentario- que no se trata de clientes sino de usuarios cautivos, por lo que no ingresan ni permanecen en la relación jurídica con las empresas prestadoras de los servicios en ejercicio de su propia voluntad y que en consecuencia parece razonable que puedan tener la posibilidad de elegir que su controversia sea resuelta por el ente o por el Poder Judicial. Una cuestión adicional, a tener en cuenta en los entes nacionales y que nos hace preferir el sistema optativo por sobre el obligatorio respecto de los usuarios, reside en que la revisión judicial queda a cargo de la C. Nac. Cont. Adm. Fed. (conforme leyes 24065 y 24076). Este es un tribunal altamente calificado y con indudable experiencia para resolver estas cuestiones, pero que entraña una dificultad adicional para los usuarios del interior del país, debido a obvias razones de distancia.

III. DAÑOS Y PERJUICIOS

Independientemente de la cuestión si es o no obligatoria la intervención previa del ente, corresponde considerar cual es la conflictiva que queda dentro de su de competencia. Tanto el art. 65 ley 24076 como el art. 72 ley 24065 utilizan el adjetivo "todas" con antelación al sustantivo "controversias". Etimológicamente "todo" o "toda" significa lo que se comprende enteramente en la entidad o en el número, abarcando a cada una de las singularidades. De ese modo que no puede existir confusiones sobre el particular; no hay categorías de controversias excluidas del contralor del organismo. Siguiendo a Bianchi (5), puede decirse que el quid del problema es "si los daños y perjuicios constituyen efectivamente una controversia suscitada con motivo de la prestación del servicio público que pueda estar abarcada por la palabra todas". Y compartimos su conclusión en el sentido que efectivamente lo están. Si se le confirió al ente facultades de resolver conflictos entre los diversos sujetos de la ley y se la vinculó a la palabra todas no existe razón alguna para excluirlas y someterlas a algún tipo de

limitación que no se encuentra enumerado dentro del texto legal. Se estructuró al ente, se le confirió facultades, se le dio especificidad. El objetivo buscado era la creación de un organismo administrativo dotado de conocimientos y competencias específicas, por ende es a este organismo que deben someterse cada una de las cuestiones. Y los daños y perjuicios constituyen una especie o categoría incluida dentro del género "todas".

Tanto para el ENARGAS y del ENRE. se utilizó el mecanismo de creación del ente con atribuciones genéricas de jurisdicción, la única diferencia estriba en la mencionada limitación subjetiva, para el caso del ENRE., respecto de los usuarios y de los terceros. Por otra parte, las mismas razones que motivaron que se confiriera a los entes la resolución de conflictos militan para que se entienda como comprendidas las referidas a los daños y perjuicios. En efecto, el mayor conocimiento técnico, los recursos específicos, las posibilidades de medición, la existencia de un cuerpo especial, no pueden ser entendidas sólo para cierto tipo de controversias sino para "todas" ellas. En las palabras del voto del Dr. Buján, "en definitiva, a la luz de nuestro derecho positivo, resulta claro que el propósito del legislador en la materia ha sido el de crear una instancia administrativa previa a la judicial para la dilucidación de las específicas controversias relativas a la materia de que se trata, acordando al Poder Judicial facultades de revisión de lo decidido por ese organismo administrativo especializado".

En el caso en análisis el ENRE. había aceptado su competencia para dirimir daños y perjuicios. Sin embargo, tal aceptación del ente lo fue a los efectos de establecer un límite en el alcance de la indemnización, constriñéndolo al estrecho marco de las multas establecidas en el contrato de concesión. Aún en el voto de la minoría, pese a no compartir las facultades del ente para dirimir esta controversia, claramente se indica que la resolución del ente "dista de la claridad exigible por aplicación del art. 42 del actual texto de la Constitución Nacional". Compartimos la tesis mayoritaria en el doble sentido positivo que el ENRE. puede dirimir conflictos sobre daños y perjuicios entre un usuario y una distribuidora respecto de un reclamo por los perjuicios ocasionados que derivan de un corte de servicio y que el derecho que tienen los usuarios a ser indemnizados no puede ser objeto de cortapisas o limitaciones y debe ser respetado de manera integral. Por un plexo de argumentos:

a) La vigencia inmediatamente operativa de los principios del art. 42 CN. En tal sentido. recurriendo tanto por la vía de la interpretación auténtica, en las palabras del convencional Iván Cullen, que explícitamente preconizó esta manera de entender la cuestión, así como por lo sostenido en numerosos fallos contestes sobre esta manera de interpretar la cláusula, desde el caso "Yousseffian" (6).

b) Que los privilegios no pueden ser otorgados a través de un contrato, en consecuencia al no estar establecido en la legislación, no es posible una limitación a la responsabilidad sobre esa base.

c) La aplicación al caso de la ley 24240 (LA 1993-C-3012), con carácter supletorio. Establecida en el art. 25 in fine, hace aplicable la interpretación "in dubio pro consumidor" de los arts. 3 y 37, la nulidad de clausuras abusivas, especialmente de aquellas contenidas en contratos que establezcan la limitación de la responsabilidad por daños y la reparación integral del art. 10 bis.

d) El art. 24 de los contratos de concesión de EDESUR S.A. y de EDENOR S.A., que contienen previsiones respecto de que la distribuidora será responsable por todos los daños y perjuicios causados a terceros y o bienes de propiedad de estos, siendo, en tal caso, los usuarios terceros ajenos respecto del contrato de concesión.

e) El punto 5.2 de los subanexos 4 de los contratos de concesión, que establece que el pago de la penalidad no relevará a la distribuidora de eventuales reclamos por daños y perjuicios.

f) La invocación de una suerte de genérica exención de responsabilidad por parte de la distribuidora resulta impropia de la relación contractual que mantiene con sus usuarios, gobernada por principios del derecho común, de aplicación supletoria.

g) La actuación del propio ENRE. con el dictado de la resolución 292/1999 con motivo del apagón de febrero de ese año, en que se hizo lugar a una reparación de daños a los usuarios con exceso a las limitaciones del contrato de concesión.

IV. CONCEPTO DE USUARIO

Sentado que fuera que la indemnización a los consumidores debe ser integral, lo que también se sustenta el art. 40 ley 24240, no puede dejar de señalarse un aspecto no abordado en el fallo en cuestión y que consideramos de importancia.

El concepto de usuario no tiene una significación unívoca. De resultas del art. 10 ley 24065 que define al "gran usuario" como quien "contrata en forma independiente para consumo propio su abastecimiento de energía eléctrica con el generador y/o el distribuidor" se colige que usuario sería quien contrata de manera obligada con el distribuidor exclusivo de su área geográfica su abastecimiento de energía eléctrica para su consumo. El art. 42 CN., al enunciar los derechos a que son acreedores los usuarios y consumidores, lo hace presidida por una frase que le da sentido a la protección especial conferida. Y esta es "dentro de la relación de consumo". En efecto, el régimen tuitivo de la Constitución no se confiere en abstracto, sino que se encuentra referido siempre a una relación de consumo. El contenido de dicha relación resulta ajena al texto constitucional -y no podía ser de otro modo- sin embargo se sustenta en el texto de la ley 24240 de "Defensa del Consumidor" que precedió en escasos meses a la reforma constitucional. De modo que debe bucearse en dicha ley para comprender a que se ha entendido por relación de consumo y cuales son los consumidores y usuarios amparados.

A través del interjuego de los arts. 1 y 2 LDC. queda configurada la relación de consumo -por otra parte coincidente con los modelos del derecho comparado (7)- entendiendo por consumidor o usuario al consumidor final del bien o servicio. Para nuestra ley consumidor o usuario es quien contrata a título oneroso la adquisición o locación de una cosa mueble o de un servicio para su beneficio o provecho propio o de su grupo familiar o social (8); agotándose allí y sin que sea utilizado como insumo de una actividad comercial, profesional o industrial. Porque en esta última hipótesis, o sea en el caso de su utilización como insumo para una actividad, se estaría fuera de la relación de consumo y en consecuencia no carecería del derecho a solicitar la aplicación del régimen tuitivo especial.

Así las cosas, no cabe duda de que la actora en el caso, por la misma naturaleza de los reclamos por daños que efectuara (salarios de personal y alquileres) así como por la utilización de la energía eléctrica para el desarrollo de sus actividades productivas, no se encuentra dentro de la relación de consumo protegida. Ello no empece invalidar los restantes argumentos esgrimidos que permanecen vigentes, así como por la posibilidad de aplicación extensiva al caso de los principios del art. 42 CN. y de la ley 24240.

V. TRIBUNAL

Admitidas las facultades de dirimir conflictos de los entes reguladores entre los diversos sujetos sometidos a su contralor y respecto de cuestiones que se susciten con motivo del servicio público regulado, cabe plantearse cuáles deben ser las mejores condiciones para el desempeño de dichas funciones. En especial si es conveniente que la decisión de las controversias esté a cargo del propio directorio del ente o si es preferible la creación de un tribunal para cumplir con esa función. En ese sentido deben tenerse en cuenta las experiencias positivas de otros tribunales administrativos, como es el caso del Tribunal Fiscal. Así parece aconsejable, que frente a situaciones muchas veces complejas planteadas por las partes, con todo el asesoramiento y conocimientos de la técnica proporcionadas por el ente, puedan ser consideradas por un tribunal específico que funcione en su órbita y así resolver adecuadamente las controversias; contando para ello con un procedimiento y un órgano claramente reglados mediante normas dictadas a esos efectos.

NOTAS:

(1) Huici, Héctor, "La actividad jurisdiccional de los entes reguladores", LL del 28/3/1996.

(2) Gordillo, "Tratado...", t. I, XV puntos 8 y 9.

(3) Fallos 247:646.

(4) Gusman, Alfredo S., "Cuestiones de interés vinculadas a la actividad jurisdiccional de los entes reguladores", ED del 17/2/1997.

(5) Bianchi, Alberto B., "Algunas precisiones sobre el alcance de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores", ED del 29/9/2000.

(6) C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 23/6/1998, LL 1998-D-712.

(7) España y Brasil.

(8) O de un inmueble nuevo destinado a vivienda ... inc. c ley 24240 [Ver](#).

El caso Ángel Estrada: La procedencia de la indemnización por privación de suministro del servicio eléctrico y el rol del ente regulador

Por **Nidia K. Cicero**

SUMARIO:

I. El fallo.- II. Primer tópico: responsabilidad integral de las distribuidoras.- III. Segundo tópico: competencia del ente regulador para acordar indemnizaciones

I. EL FALLO

La sentencia dictada en los autos "Ángel Estrada" en octubre de 1999 será recordada, sin duda alguna, como un leading case de la regulación del servicio de distribución de energía eléctrica. El número de eventos académicos organizados para debatir sus alcances y proyecciones a los restantes servicios durante el año que acaba de terminar, demuestra la trascendencia de la sentencia aun cuando paradójicamente, pocos especialistas hayan hasta el presente alzado su opinión contraria o laudatoria del fallo (1).

No es el objeto de este comentario desmenuzar la riqueza del decisorio, sino sólo hacer unas pocas reflexiones respecto a las dos cuestiones centrales que en él se abordan, que son el límite de la responsabilidad de las concesionarias frente a los usuarios y las facultades de los entes reguladores respectivos para intervenir en el reconocimiento de indemnizaciones.

En el fallo, la sala 1ª de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., arriba a la conclusión de que el sistema de penalidades que contienen los contratos de distribución de energía eléctrica (2) no constituye la única indemnización a la que pueden aspirar los usuarios que han sido privados del suministro por fallas o deficiencias en prestación, sino que, por el contrario, la aplicación de este sistema de multas no exime a los operadores de responder integralmente por los daños ocasionados por falencias e interrupciones en el servicio de suministro de energía eléctrica. También afirma el tribunal que el Ente Nacional Regulador de la Electricidad es el organismo competente e idóneo para cuantificar tales daños.

En lo que sigue haremos nuestros comentarios sobre estos dos grandes tópicos. Adelantamos desde ya nuestra adhesión a lo decidido en la primera de las cuestiones y nuestra discrepancia con lo resuelto respecto a la segunda. A continuación explicaremos el porqué de esta visión.

II. PRIMER TÓPICO: RESPONSABILIDAD INTEGRAL DE LAS DISTRIBUIDORAS

a) La mayoría rechaza el argumento esgrimido por las empresas distribuidoras de energía y por la propia autoridad regulatoria, en el sentido de que el régimen sancionatorio contenido en los contratos de concesión constituye el límite compensatorio de quien experimente un daño por la privación del servicio. El tribunal entiende que las previsiones contractuales cumplen una función sancionatoria de los concesionarios, pero no así resarcitoria, y por ende, no los faculta a exceptuarse de reparar todos los perjuicios que le hubieren causado a los damnificados por las deficiencias del servicio, ya que en éste como en cualquier otro caso, la reparación debe ser total, es decir, comprensiva de la integralidad de los daños que resultaren probados.

Esta conclusión ya ha sido aplicada a la prestación de otros servicios públicos. Así por ejemplo, en la causa "Gas Natural BAN S.A. v. Resolución 202/1998 ENARGAS" (JA 1999-III-153) que tuvimos la oportunidad de comentar (3), la sala 3ª del Fuero sostuvo que si bien el recurso directo regido por el art. 66 ley 24076 (LA 1992-B-1636) para impugnar las resoluciones del ENARGAS no constituye la vía idónea para expedirse acerca de la procedencia de pretensiones resarcitorias, ello no implicaba desconocer el derecho de los interesados a articular las demandas por daños y perjuicios que estimaran corresponder, pero recurriendo por la vía de conocimiento ordinaria y por ante los tribunales judiciales competentes.

Así, en aquella controversia la Cámara entendió que el pago de las compensaciones o multas previstas en los contratos de distribución de gas -específicamente, los diez cargos fijos previstos por la resolución ENARGAS 111/1994 - no excluía el deber de la licenciataria de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el usuario por el corte improcedente en todo lo que excedieran de tal suma y que el interesado hubiera podido acreditar.

En otros pronunciamientos, los tribunales intervinientes declararon que el concesionario está vinculado con el usuario por una relación contractual y ella origina que ante un incumplimiento del primero, se presuma, iuris tantum la responsabilidad del prestador, por lo que queda en cabeza de éste la prueba del caso fortuito, culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder (4). Este principio general de la responsabilidad objetiva del concesionario o licenciatario, ha sido aplicado en un sinnúmero de casos en los que la prestación de servicios públicos fue generadora de daños (5).

Sin embargo, nunca se había aplicado este razonamiento al servicio eléctrico, de allí la relevancia del fallo que anotamos (6). A diferencia del servicio de distribución de gas o agua, el suministro de energía eléctrica posee un régimen de penalidades que revierten directamente en los usuarios privados del servicio, lo que implica que los montos que calcula y aplica el ente regulador no ingresan al Tesoro Nacional sino que se pagan a los clientes que hayan recibido un servicio inadecuado (7), por medio de acreditaciones en las facturas correspondientes. Esta particularidad ha llevado al ente regulador a afirmar que las multas poseen naturaleza resarcitoria, que actúan como cláusulas penales y que en consecuencia, constituyen la única indemnización a la que los usuarios están habilitados a acceder con motivo de un corte del servicio (8).

b) Este sistema de penalidades no puede ser considerado en forma aislada, sino dentro del esquema más amplio y complejo de los contratos de concesión que en 1992, celebraron el Estado Nacional y las prestadoras EDENOR, EDESUR y EDELAP.

Estos instrumentos se estructuran sobre tres pilares básicos: tarifa, calidad y penalidad; ello equivale a decir, de un modo extremadamente simplificado, que los concesionarios cobran como contraprestación del servicio que están obligados a brindar una determinada tarifa, que a su vez remunera un determinado nivel de calidad.

Estos parámetros de calidad están determinados en el subanexo 4 del contrato de concesión "Normas de calidad del servicio público y sanciones" y contemplan a tres aspectos: 1) calidad del producto técnico (nivel de tensión y perturbaciones), 2) calidad del servicio técnico (interrupciones: duración y frecuencia) y 3) calidad del servicio comercial (atención a los reclamos).

Las exigencias en cuanto al cumplimiento de los parámetros fueron haciéndose

paulatinamente más severas. Actualmente el contrato atraviesa la tercera etapa, que se caracteriza porque el control de la calidad se efectúa en cada punto de suministro y consiguientemente el resarcimiento en caso de superarse los niveles tolerados también es individual (9). El monto de esta reparación es proporcional a la energía suministrada en condiciones no satisfactorias (en caso de variaciones de tensión mayores a las admitidas) o a la energía no suministrada (frecuencia y duración de los cortes), y como dijimos antes, le es reconocido como un crédito al usuario afectado.

Se aprecia entonces que el contrato exige a las distribuidoras prestar el servicio a un determinado nivel: ni el óptimo ni el peor, sino uno intermedio que determina el organismo regulador, en los procedimientos de revisión tarifaria.

Siendo ello así, es claro que el sistema presupone y por ende tolera cortes e interrupciones del servicio y fluctuaciones en los niveles de tensión. Pero sólo hasta un determinado nivel. Cuando se superan los márgenes de tolerancia, se torna operativo el sistema de penalidades y en consecuencia, nace la obligación del concesionario de abonarle a cada uno de los usuarios afectados por la privación o merma del servicio, las multas que fije el ente regulador, que se establecen en función del costo de la energía no suministrada.

Toda vez que este último costo es muy superior al del precio de la energía que efectivamente paga el usuario en condiciones normales de prestación (la relación es \$ 0,08 KWh vs. \$ 1 KWh), tanto la autoridad concedente -en la sentencia representada por la Secretaría de Energía-, como el Ente Nacional Regulador de la Electricidad y los propios concesionarios afirman que estas multas tienen también una naturaleza resarcitoria ya que comprenden muchos más conceptos que el solo costo de la mera privación del servicio (10).

Por eso se asevera que estas penalidades cubren todos los daños que pudiera haber sufrido el usuario damnificado y que ellas actuarían como "cláusulas penales", ya que al estar predeterminadas y ser independientes de su reclamo efectivo por el destinatario, les evita a los usuarios la carga de probar el monto de los daños sufridos (11).

Es sabido que las cláusulas penales cumplen una doble función: disuasiva y resarcitoria. La doctrina enseña que por lo elevado de su monto, incitan o inducen al cumplimiento de las obligaciones y además, como sustituyen a la indemnización de perjuicios e intereses, inhabilitan al acreedor a reclamar cualquier otra indemnización, aunque pruebe que la pena no es suficiente para compensar los daños que hubiere experimentado (conf. art. 655 CCiv.) (12). Siempre actúan como un tope convencional y anticipado de los daños que exime al acreedor de probar que ha sufrido perjuicios y obliga al deudor a satisfacerla aun cuando probara que aquel no ha sufrido perjuicio alguno (13).

c) Es cierto que el mecanismo de aplicación de las sanciones del contrato de concesión se asemeja al de las cláusulas penales. Como su monto está preestablecido en el contrato de concesión para cada incumplimiento de los niveles de calidad, se hace innecesario procesar cada uno de los daños y perjuicios que este incumplimiento haya causado a cada uno de los usuarios.

Pero que el funcionamiento del sistema pueda parecerse al de una cláusula penal, no puede llevar a afirmar que ellas sustituyen a la indemnización total de los daños sufridos porque de lo contrario, el mecanismo en lugar de beneficiar al usuario terminaría perjudicándolo, pues a cambio de reconocerle sin previo reclamo una bonificación ínfima, lo terminaría privando de una reparación completa (14). A

continuación desarrollaremos esta idea.

Nuestra opinión

La interpretación que los concesionarios y la autoridad regulatoria otorgan a la ecuación tarifa-calidad-penalidad que recordamos previamente, encierra una lógica económica contundente. Se parte de la idea de que el nivel de calidad que el concesionario se compromete a prestar si bien podría ser superior, es de un nivel medio, en aras de no "disparar" los valores tarifarios y de lograr un servicio accesible a todos los ciudadanos. Además, y precisamente porque el sistema "admite la existencia de fallas", el régimen contempla la posibilidad de que aquellos usuarios que posean consumos de características particulares -imagínese el caso de industrias de procesos continuos, en los que un corte del suministro eléctrico podría retrasar todo el circuito de producción- pacten con los prestadores un servicio de mayor confiabilidad (no interrumpible o con muy bajo nivel de interrupción) a un precio más elevado que el que paga cualquier otro usuario.

Lo que los magistrados enfatizan en la sentencia, es que esta lógica, implacable desde una perspectiva económica, no se compadece con los principios generales en materia de responsabilidad civil. Agudamente apuntan, en una opinión que compartimos, que si este sistema conlleva a limitar la responsabilidad de las concesionarias, y en consecuencia, a apartarse del criterio de la responsabilidad integral, debe ser avalado por una ley del Congreso de la Nación, ya que como enfáticamente sostiene el profesor Alejandro Pérez Hualde en el comentario al fallo "Famyl" que engalana este suplemento, sólo la ley puede establecer privilegios. No es jurídicamente posible que subsista un privilegio, una excepción, una limitación de responsabilidad que no se asiente en una norma legal formal (15).

En última instancia no es sino otro caso de aplicación del principio de la interpretación restrictiva de los monopolios y privilegios (Fallos 155:12) (16) y de la inveterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que sólo la ley puede otorgar un tratamiento preferencial (conf. art. 75 inc. 18). No existen derechos implícitos en la concesión en beneficio del concesionario. La afirmativa en materia de interpretación de concesiones necesita ser demostrada, el silencio es negación y la duda es fatal para el derecho del concesionario (Fallos 49:224).

Creemos entonces que la trascendencia de este leading case reside, nada más ni nada menos, en la aplicación de los principios generales de la responsabilidad civil definidos por los arts. 1113 ss. y concs. CCiv. a la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica. La igualdad que consagra el art. 16 CN.; la protección constitucional de los derechos e intereses económicos de los usuarios y el art. 37 Ley de Defensa del Consumidor que fulmina con nulidad a las cláusulas limitativas de responsabilidad, son las herramientas que conducen a los magistrados a concluir que el régimen de penalidades establecido en el contrato de concesión obliga a las partes que intervinieron en su firma, pero de ningún modo puede actuar como un tope que prive a un usuario del resarcimiento total de los daños que pueda probar haber experimentado como consecuencia de la merma o falta de servicio. Ello porque lo que puede ser admisible en el marco de una relación entre concesionario y concedente, no puede extenderse al usuario en tanto tercero frente a este vínculo y ajeno a los términos de la negociación (17).

Aceptar que una previsión contractual limite el principio de indemnización integral, sería como afirmar que un contrato que es res inter alios acta puede derogar el Código Civil (18), y que un privilegio puede ser otorgado por una autoridad administrativa concedente (19). En nuestro sentir, esta ratio no cuestiona la facultad inherente a la

Administración de organizar el funcionamiento de un servicio público (20) sino que la circunscribe a sus justos alcances, pues el otorgamiento de un beneficio consistente en reparar los perjuicios causados de modo tarifado es una materia propia del órgano legislativo.

Construir un sistema de responsabilidad especial no es repugnante a la Constitución Nacional, pero en función de los preceptos de ella, debe ser contemplado a título expreso por el Congreso Nacional. A mayor abundamiento, vale recordar que un clásico sistema de limitación de responsabilidad es el que beneficia a las empresas de transporte aerocomercial, pero en este caso, la norma interna que prevé este tratamiento diferencial -el Código Aeronáutico- se sustenta en convenciones internacionales a las que la República ha adherido (21), y aun en este caso no puede hablarse de una indemnización tasada o predeterminada, sino sólo de un tope resarcitorio, con lo cual, la obligación de resarcir está sujeta a la prueba del valor concreto del daño y únicamente si éste supera la limitación que impone la ley, la reparación se reduce a dicho límite (22).

En este entendimiento, las "sanciones" contempladas por el contrato de concesión son penalidades que aplica el concedente al concesionario por no observar los parámetros mínimos de calidad que se ha comprometido a respetar, pero no excluyen la reparación de otros daños que tales penalidades no alcancen a satisfacer. El hecho de que estas multas se abonen directamente a los usuarios afectados no altera lo dicho ya que esta circunstancia no puede conducir a cercenar el derecho del damnificado a obtener la reparación de los perjuicios que hubiera sufrido. Si así fuera, se violarían los indubitables derechos públicos y de incidencia colectiva del usuario y consumidor que establece la Constitución Nacional en sus arts. 42 y 43.

III. SEGUNDO TÓPICO: COMPETENCIA DEL ENTE REGULADOR PARA ACORDAR INDEMNIZACIONES

Luego de consagrar la responsabilidad integral de las concesionarias, el voto mayoritario erige al ente regulador en el encargado de la determinación de esta reparación total, y en consecuencia, le ordena que cuantifique los daños y dicte un pronunciamiento que acoja la indemnización pedida, de conformidad a las pautas que se fijan en la sentencia. Así, los Dres. Buján y Licht coinciden en declarar la nulidad del acto administrativo recurrido y en ordenar la remisión de las actuaciones al Ente Nacional Regulador de la Electricidad "...para que sustancie el reclamo del actor y, en ejercicio de la jurisdicción previa y obligatoria que le corresponde actuar en la causa, la resuelva teniendo en cuenta lo dispuesto en la presente resolución".

Los magistrados encontraron el fundamento de esta atribución del ENRE. en el art. 72 ley 24065 que contempla que toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores y grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, debe ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ENRE., con excepción de que aquella involucre a los usuarios finales o a terceros interesados, en cuyo caso la intervención del Ente Regulador es optativa.

El juez Coviello se aparta de esta interpretación amplia de las facultades del ente regulador y defiende, por el contrario, un criterio estricto y limitado. En razón de ello, rechaza que se pueda extraer de la mención que efectúa el art. 72 ley 24065 una atribución genérica de facultades para acordar indemnizaciones por daños y perjuicios y por ello concluye que la resolución del ENRE. que denegó el pedido de indemnización estaba viciada de incompetencia, pues así como no puedo conceder, tampoco puedo negar.

Este criterio restrictivo del Dr. Coviello es el que la Cámara del fuero ha venido sosteniendo invariablemente. En una serie de precedentes, las distintas salas han coincidido en declarar que la competencia de los entes reguladores está circunscripta a la regulación y el control del servicio público específico, razón de ser y justificativo de su creación. En este orden de ideas, las sentencias suelen recordar y aplicar el principio general de que en el orden jurídico administrativo, la competencia constituye un elemento esencial que confiere validez a la actuación de los órganos estatales, pues ella no es un "límite" externo a su actuación, sino, antes bien, un "presupuesto" de ella, y que en consecuencia, toda atribución de competencia jurisdiccional a los órganos administrativos debe ser interpretada con carácter estricto (23).

Es más, en un caso muy similar al habido en autos, pero motivado por las interrupciones en el suministro del servicio de distribución de gas, la sala 3ª de la C. Nac. Cont. Adm. Fed. falló de acuerdo a esta postura clásica, y aun cuando no dejó de reconocer el derecho de los usuarios a demandar una indemnización integral por los perjuicios derivados de fallas en la prestación de un servicio público, entendió que tal reclamo debía canalizarse ante los tribunales judiciales competentes y no ante el ente regulador, atento el carácter administrativo y no judicial de este organismo.

Agregó la sala 3ª en este precedente, que la atribución jurisdiccional asignada al ENARGAS por el art. 66 ley 24076 se ciñe a las controversias suscitadas a propósito de las materias propias del servicio público de gas, sin que aquel pueda invocar una norma amplia como es el art. 52 inc. x ley cit. -que le otorga potestades para, "en general", realizar todo otro acto que sea necesario para el mejor cumplimiento de sus funciones y de los fines de esta ley su reglamentación- para resolver una materia que no guarda relación con el servicio que se examina (24).

Nuestra

opinión

a) Sin perjuicio de lo innovador del criterio mayoritario, nos adherimos al parecer del Dr. Coviello. A nuestro modo de ver, el marco regulatorio eléctrico no otorga al ENRE. la atribución para acordar indemnizaciones sino sólo para aplicar el sistema de sanciones contemplado en los instrumentos contractuales. Siendo ello así, el vicio de la resolución recurrida reside en que en ella se afirmó enfáticamente que la única indemnización a la que el usuario tiene derecho es la contenida en las multas previstas en el contrato de concesión, ya que tanto negar una indemnización del derecho civil como otorgarla implica un apartamiento del principio de especialidad de la competencia, que en la práctica supone que el ENRE. debe ejercer sus atribuciones jurisdiccionales ceñido al marco regulatorio y con el cometido específico de regular el servicio eléctrico y de controlar el cumplimiento de los contratos de concesión.

La facultad que le asigna el art. 72 ley 24065 al ente regulador para resolver "todas las controversias" que surjan entre los sujetos de la industria y entre éstos y los usuarios no puede interpretarse aisladamente sino junto con el resto de los preceptos del bloque de legalidad específico que de ningún modo acuerdan atribuciones al ENRE. para otorgar indemnizaciones de derecho común, por el simple hecho de que éstas tampoco se hallan contempladas en el marco legal que es la fuente atributiva de las potestades del regulador.

Como agudamente menciona el voto del Dr. Coviello: "La competencia no se configura como un 'límite' externo a tal actuación sino antes bien, un presupuesto de ella, en virtud de la vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico". La ley 24065 delimita las potestades del ENRE. y las acota; ésa no le confiere al organismo, ni de modo expreso ni en forma razonablemente implícita, atribuciones para ejercer

una potestad típicamente judicial.

Si a ello sumamos el principio general que estipula que la competencia de un órgano administrativo debe ser entendida siempre en sentido estricto (25), más aún tratándose de facultades jurisdiccionales (26), no cabe sino concluir que el ENRE. sólo está autorizado para aplicar las penalidades o eximir las multas regidas por el contrato de concesión, por lo que se equivocaría tanto si otorga un resarcimiento regido por los parámetros del derecho civil como si desconoce el derecho a acceder a aquel por la vía judicial ordinaria.

b) Existen otros motivos que tienen más que ver con la naturaleza y el funcionamiento real de los entes reguladores que nos llevan a disentir con el criterio mayoritario.

No es de ahora que venimos bregando por la necesidad de garantizar la excelencia técnica, la independencia y la autonomía de los entes reguladores, ya que si el desempeño de ellos no goza de estas peculiaridades, difícilmente podrá consolidarse un paradigma regulatorio que sea sustentable en el tiempo y que resulte confiable para los sujetos regulados y protectorio para los usuarios (27).

Los años que lleva implementándose este modelo de gestión privada de los servicios esenciales han mostrado que la gestión de los entes padece déficits institucionales y limitación de recursos y que experimenta prácticas de captación y de continuo cercenamiento de la autonomía.

No obstante, para fortalecer a los entes de control no es necesario -ni conveniente- asignarle atribuciones que a nuestro entender, exceden lo institucionalmente posible y lo legalmente previsto. Para quienes hemos tenido el privilegio de desempeñarnos profesionalmente en un organismo regulador, cuesta imaginar el modo en el que el ente podrá satisfacer acabadamente el mandato judicial, ya que a la carencia de expertos en cuestiones de derecho civil común, debe sumársele la limitación de medios para llevar adelante un proceso contradictorio con presentación de prueba, peritajes, cuantificación de daños, etc. Nos parece entonces que el loable propósito que trasunta la sentencia, que no es otro que dotar a los usuarios de un procedimiento expedito y eficaz para resolver los conflictos con los prestadores, terminaría lesionando, sea por omisión o por retardo en la concreción, los derechos de los usuarios que se pretende amparar.

c) En última instancia, nuestro disenso se funda en el rol que creemos le cabe a un ente de control, más que en las ausencias de cuadros especialmente entrenados en la materia o en la falta del sustento normativo para el ejercicio de la facultad de acordar indemnizaciones. En efecto, ambas situaciones son obstáculos removibles, no menores por cierto, pero que pueden superarse mediante reformas legislativas, la introducción de una gerencia específica en la estructura administrativa del regulador o incorporaciones de técnicos especializados.

La diferencia es pues netamente conceptual. A nuestro modo de ver, la función indelegable de los entes de control en la protección de los derechos de los usuarios debe ejercerse en el marco de la ley que regula el servicio y de sus disposiciones complementarias, ya que así como son especialmente idóneos y profesionales en cuestiones de política y técnica regulatoria eléctrica, no cuentan con la misma especialidad para entender en el conocimiento de cuestiones indemnizatorias que por su complejidad probatoria y por involucrar aspectos regidos por el derecho de fondo, debe quedar reservado a los tribunales de justicia (conf. arts. 116 y ss. CN.). El resguardo último del derecho patrimonial del usuario afectado es un proceso judicial, conducido por un magistrado imparcial e independiente.

Que no se entienda nuestro razonamiento como un demérito a los entes reguladores y mucho menos a sus cuadros profesionales: reitero que quien ha tenido que interactuar en estos ámbitos -en particular en el seno del ente del que se trata en la sentencia-, conoce acabadamente la seriedad, solvencia técnica y calidad humana de los expertos que se desempeñan en aquellos. Es justamente porque queremos preservar esta identidad de especialización, que entendemos que la materia indemnizatoria debe quedar excluida de las atribuciones del regulador y que éste debe comprometerse especialmente con la definición de las políticas generales de regulación que fortalezcan el carácter público de los servicios esenciales, que faciliten los intercambios con los demás países de la región, que resguarden los derechos e intereses de los usuarios y que en definitiva, contribuyan a que la industria regulada sume para el desarrollo económico equitativo y armónico de nuestro país.

NOTAS:

(1) Analiza la cuestión Alberto B. Bianchi, en "La regulación económica", t. I, 2001, Ed. Ábaco, p. 298. También analizó la cuestión Néstor Buján, en su conferencia "El caso Ángel Estrada", pronunciada en el marco del seminario "La transformación regulatoria, la seguridad jurídica y los contratos de gas".

(2) Aprobados por el decreto 714/1992 (LA 1992-B-1816).

(3) JA 1999-III-154, con nota de Nidia K. Cicero, "Una carrera de obstáculos: cómo obtener un resarcimiento económico por los perjuicios ocasionados por el corte indebido del suministro de gas".

(4) C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 29/6/2000, "Jorge Abraham S.A. v. EDESUR S.A." (JA 2001-I-231).

(5) Ver entre otros, "Ciancio, José M. v. ENARGAS (Resolución 184/1997)", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 5/11/1998, (JA 1999-II-127 con nota de Roberto A. Vázquez Ferreyra y Nidia K. Cicero); C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, "Las Tapas S.A. v. EDESUR S.A.", 9/3/1997; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, "Martínez Montes, Enrique A. v. Telecom S.A. y otro", 9/5/1995, LL 1996-A-357; C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, "Carpentieri de Chaarlín, Mónica L. v. Telefónica de Argentina S.A.", 15/8/1995 (LL 1996-B-197), por citar algunos precedentes.

(6) Cuadra señalar que con posterioridad al dictado de la sentencia que comentamos, esos principios de la responsabilidad objetiva y de la reparación integral fueron empleados para condenar a la distribuidora EDESUR por los daños masivos causados por el incendio ocurrido en la subestación Azopardo, que dejó sin servicio a cientos de miles de usuarios durante casi diez días. C. Nac. Civ. y Com. Fed., 16/3/2000, sala 1ª, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires v. EDESUR S.A." (JA 2000-II-223), con notas de Ricardo Lorenzetti, "Daños masivos, acciones de clase y pretensiones de operatividad" y de Jorge M. Galdós, "Auspiciosa recepción pretoriana del proceso colectivo").

(7) Por imperio de lo dispuesto por el art. 31 Ley de Presupuesto 24447 (LA 1994-C-3277), sólo se derivan al Tesoro las penalidades de índole estrictamente administrativas que aplica el ENRE. en función de lo establecido en el punto 6 del subanexo 4 del contrato de concesión "Otras obligaciones de la distribuidora", que están básicamente referidas al incumplimiento de directivas generales del servicio (normas técnicas, trabajos en la vía pública, incumplimiento de normas de seguridad ambiental, actos de competencia desleal o abuso de posición dominante en el

mercado).

(8) Los fundamentos de la resolución del ENRE. se relatan acabadamente en el punto 3 del voto del Dr. Coviello.

(9) En cambio, en la etapa 1, dentro de la cual se produjeron los hechos que dieron lugar a la sentencia, las bonificaciones eran prorrateadas entre el universo de usuarios afectados. Ello explica porqué el usuario dice que la distribuidora no le abonó ni acreditó en su facturación suma alguna en concepto de multa (ver el consid. 5 del Dr. Coviello).

(10) Ver en este sentido, Rubén A. Barreiro, "Naturaleza jurídica de la relación concesionario-usuario y responsabilidades emergentes", en Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, p. 252 y ss.

(11) Recordemos que el art. 652 CCiv. dice que la cláusula penal es "aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena o multa en caso de retardar o de no ejecutar la obligación".

(12) Conf. Jorge J. Llambías, "Tratado de Derecho Civil", t. I, p. 418 y ss.

(13) El rigor de estas penas puede ser morigerado. El art. 656 in fine CCiv. faculta a los jueces a reducir el monto de las penas cuando fuera desproporcionado con la gravedad de la falta que sancionan, habida cuenta del valor de las prestaciones y demás circunstancias del caso.

(14) Es cierto que es elevada en relación al costo de la energía que paga el usuario, pero es insuficiente para resarcir los perjuicios reales que experimenta un usuario como consecuencia de un corte del servicio, piénsese, sin ir más lejos, en que el actor en esta causa reclama en concepto de daños más de \$ 160000.

(15) Ver sobre el particular la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, dictada en autos, "Famyl", que se publica en este semanario y el comentario del Dr. Alejandro Pérez Hualde, autor de esta frase tan expresiva.

(16) Conf. "Telintar S.A. s/incidente y otros v. Comisión Nacional de Telecomunicaciones -MEyOSP. s/proceso de conocimiento", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, LL 1995-A-220 (JA 1995-IV-656). Ver asimismo el desarrollo que hace de este tema el Dr. Agustín Gordillo en "Tratado de Derecho Administrativo", t. 2, "La defensa del usuario y el administrado", cap. VI, 1999, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, p. 12 y ss.

(17) Roberto Vázquez Ferreyra, en "Apagones y responsabilidad civil" (LL 1999-B-1262), recuerda que ya en las VII Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial y Procesal de 1996, se concluyó que en materia de servicios públicos domiciliarios rige el principio de la reparación plena, y que toda limitación de la responsabilidad cae bajo la norma del art. 37 inc. a ley 24240 -términos abusivos y cláusulas ineficaces-.

(18) En este orden de ideas, en la causa "McCormick de Latrónico, Sheila v. Telefónica de Argentina" (LL del 11/11/1998) -en la que se reclamaba lucro cesante a la prestadora del servicio telefónico, con motivo de que procedió al cierre de una calle durante días para realizar trabajos en la red, dificultando el acceso de vehículos a la playa de estacionamiento de propiedad de la actora- la sala J de la C. Nac. Civ. entendió que "aún en la hipótesis de que las normas de la concesión eximieran de

responsabilidad respecto de terceros (en este caso la accionante) va de suyo que ello no admitiría defensa alguna por ser írrita a los principios establecidos en la ley fundamental y normas legales pertinentes". En el comentario al fallo, Fanelli Evans coincide con el decisorio en cuanto a la falta de valor de cualquier cláusula contractual que eximiera de responsabilidad a la licenciataria, argumentando que "el licenciante no puede autorizar actos contrarios a derecho, y si lo hiciera, sería de ningún valor".

(19) Ottonello, Ricardo P., "El incumplimiento en el servicio público de distribución eléctrica" (LL 1998-F-146). También adhiere a esta interpretación, Roberto Vázquez Ferreyra en "Apagones y responsabilidad civil" (LL del 29/4/1999).

(20) Ver en tal sentido, Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", t. II, p. 99 y ss.

(21) Convenio de Varsovia de 1929 y Protocolo de La Haya de 1955.

(22) Conf. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 1ª, 3/3/1998, "Romero Cruz, Félix v. Estado Mayor de la Fuerza Aérea Argentina y otro"; "Landoni, María T. y otro v. Lan Chile S.A.", 4/3/1999, ambos publicados en la Reseña de Jurisprudencia "Responsabilidad en el transporte aéreo de pasajeros", por Patricia B. Barbado (JA 2000-II-1156).

(23) Ver en tal sentido, "Cooperativa de Servicios Públicos y de Vivienda de Salliqueló Ltda. v. Distribuidora de Gas Pampeana S.A. s/resolución ENARGAS 48/1995 ", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 28/4/1998 (ED 178-805); "Autopistas del Sol S.A. v. ENARGAS", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 5/3/1998 (LL 1998-E-601); "Y.P.F. S.A. v. ENARGAS s/resolución 22/1994 ", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 20/2/1996; "Transportadora de Gas del Norte S.A. v. Ente Nacional Regulador del Gas s/resolución 10/5/1994", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, 15/3/1996 y "Metrogas S.A. v. Ente Nacional Regulador del Gas (ENARGAS) s/resolución 52/1994 ", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 9/11/1994; "Aguas Argentinas S.A. v. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/ varios", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 4ª, 19/5/1994.

(24) "Gas Natural BAN S.A. v. Resolución 202/1998 ENARGAS", C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 3ª, JA 1999-III-154.

(25) Recordemos que es un principio básico del derecho administrativo el que reza que la competencia de un órgano público, a la inversa que la capacidad de un sujeto privado, no se presume, y tiene que estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita para que pueda reputarse existente. Conf. Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", t. 3, "El acto administrativo", cap. VIII, Ed. Fundación de Derecho Administrativo.

(26) Fallos 234:715, y la profusa cantidad de trabajos que abordan la cuestión del ejercicio de facultades jurisdiccionales por los entes reguladores, que omitimos mencionar porque exceden el marco de este trabajo.

(27) Consultar entre otros trabajos, nuestra obra "Servicios Públicos. Control y protección", 1996, Ediciones Ciudad Argentina - Facultad de Derecho y Ciencias Sociales UBA.

