Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

Buenos Aires, 4 de junio de 2013.

Vistos los autos: "Turbine Power Co. S.A. c/ resolución 1461/06 ENRE".

Considerando:

Que las cuestiones planteadas han sido adecuadamente consideradas en el dictamen de la señora Procuradora Fiscal, cuyos fundamentos son compartidos por el Tribunal, y a los que corresponde remitirse en razón de brevedad.

Por ello, y de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se declara inadmisible el recurso extraordinario. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

RICARDO LUIS LORENZETTI

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO

VO-//-

ENRIQUE S. PETRACCHI

E. RAUL ZAFFARONI

(por su voto)
CARMEN M. ARGIBAY

Corte Suprema de Justicia de la Nación

Año de su Sesquicentenario

-//-TO DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se lo desestima. Con costas. Notifíquese y devuélvase.

CARMEN M. ARGIBAY

Recurso extraordinario interpuesto por **Turbine Power Co. S.A., actora en autos**, representada por el Dr. **Juan José Castagnola, en calidad de apoderado.**

Traslado contestado por **la Empresa Energía de Río Negro S.A.**, representada por el Dr. **Manuel Goyenechea y Zarza, en calidad de apoderado**, con el patrocinio letrado del Dr. **Andrés Leonardo Vittone; y por el Estado Nacional – Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios**, representado por la Dra. **Laura Y. Garavalli, en calidad de apoderada.**

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

Tribunales que intervinieron con anterioridad: **Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal n° 3.**

Procuración General de la Nación

Suprema Corte:

–I–

A fs. 133/136, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) desestimó el recurso directo de Turbine Power Co. S.A. para que se confirmaran las resoluciones 514/05 y 938/05 del Ente Nacional Regulador de Electricidad (ENRE) y se declarara la nulidad de la resolución 1461/06 de la Secretaría de Energía (SE) del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, en cuanto por ésta se dispuso la revocación de aquéllas y se ordenó al ENRE a readecuar los términos y condiciones del contrato de abastecimiento de energía eléctrica (CAEE) celebrado entre la actora y la empresa provincial Energía Río Negro S.A. (ERSA), después privatizada y adjudicada a Empresa de Energía de Río Negro S.A. (EdERSA).

Los magistrados interpretaron que de los arts. 72 y 76 de la ley 24.065 y el art. 76 del decreto reglamentario 1398/92 surgía la competencia del ENRE para resolver el conflicto entre Turbine Power Co. S.A. y EdERSA, al tiempo que entendieron, de modo adverso al sentido dado por la recurrente, que las resoluciones de aquel ente dictadas en ejercicio de función jurisdiccional podían impugnarse por vía de alzada en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y que luego de agotada la vía administrativa, procedía el planteo —como se hizo— del recurso directo en sede judicial.

Por consiguiente, sobre la base de tomar en cuenta que las normas indicadas no habían sido sustancialmente cuestionadas por Turbine Power Co. S.A. y que el tema debatido remitía a la renegociación del contrato de suministro (CAEE) celebrado entre aquélla y ERSA (luego transferido a EdERSA) —esto es entre una generadora y una distribuidora— consideraron que la cuestión suscitada encuadraba en las materias incluidas en la ley y que, por ese motivo, había resultado pertinente la intervención de la Secretaría de

Energía, vía recurso de alzada, ello, en ejercicio del control de juridicidad delimitado por el art. 99 del decreto 1759/72 (t.o. 1991).

Descartaron la aducida afectación de los derechos de defensa y de debido proceso, ya que, según ponderaron, de las actuaciones administrativas surgía que Turbine Power Co. S.A. tomó vista de ellas, planteó recurso de queja por defecto en la tramitación, impugnó los dictámenes y pidió el rechazo del proyecto de resolución que suspendía los actos del ENRE.

En lo que respecta al fondo, sostuvieron que se presentaba una contradicción entre las normas locales, por un lado, la ley 2902 y el decreto 1291/95 en cuanto establecían **un tope para el reconocimiento del costo real de provisión de energía, que no podía ser superior al valor del MEM y no sería trasladable a la tarifa** y, por el otro, el contrato de concesión de EdERSA (aprobado por la ley 3019 y su decreto reglamentario 1406/96) que le reconocía, a esta última, **el costo real por la energía comprada a Turbine Power Co. S.A., que podía ser trasladado a tarifa, sin aplicarle el tope del decreto 1291/95.**

Al respecto, explicaron que dicha diferencia podía aclararse si se advertía que durante la vigencia del cuadro tarifario inicial previsto para la distribuidora, por el período 1996-2001, no se aplicaría el tope del decreto 1291/95 cuyos términos readquirirían vigor a partir de la finalización de dicho período.

En tales condiciones, expresaron que la resolución 42/02 del Ente Provincial Regulador de la Electricidad (EPRE) —que imposibilitó a EdERSA, una vez finalizado el primer quinquenio tarifario, trasladar a la tarifa el costo de abastecimiento que fuera superior al precio del MEM o el valor de la energía estipulado contractualmente, si éste fuera inferior—, en la medida que implicó una modificación regulatoria para la distribuidora se había abierto el presupuesto para habilitar la renegociación estipulada en la cláusula 16.04 del CAEE.

Por ello, advirtieron que en el acto de la Secretaría de Energía no obraba reconocimiento alguno de derecho sino que, sobre la base de la cláusula de recomposición contractual —numeral 16.04— preexistente en el CAEE, se intimó a Turbine Power Co. S.A., EdERSA y a las autoridades provinciales a que acordaran una fórmula que satisficiera los intereses involucrados en el conflicto.

Desde esa óptica concluyeron en que el ENRE, al dictar las resoluciones 514/05 y 938/05, había incurrido en una gruesa violación de derecho, de conformidad con lo dispuesto en el art. 99 del decreto 1759/72, toda vez que había prescindido de la norma aplicable —cláusula 16.04 del CAEE— a las partes en conflicto.

– II –

Contra tal pronunciamiento, Turbine Power Co. S.A. interpuso el recurso extraordinario de fs. 138/157, el cual fue concedido a fs. 206 por hallarse controvertida la interpretación de una norma de carácter federal (ley 24.065) y denegado por la causal de arbitrariedad, sin que se interpusiera la pertinente queja, circunstancia que limita la competencia del Tribunal en la medida que le otorgó la Alzada (Fallos: 322:2559; 323:385 y 324:1721).

Afirma que el pronunciamiento recurrido afecta su derecho de propiedad porque, al ordenarse la renegociación del CAEE, se le niega sin fundamento alguno la posibilidad de cobrar íntegramente el precio pactado en ese contrato por el suministro de energía.

Si bien reconoce que la cláusula 16.04 del CAEE prevé su renegociación cuando alguna de las partes se vea imposibilitada de cumplir con sus obligaciones por decisiones judiciales o resoluciones regulatorias de la actividad o bien por cualquier norma dictada por el Estado, considera que la resolución EPRE 42/02 —que impidió a EdERSA, una vez finalizado el primer quinquenio tarifario, trasladar a la tarifa el costo de abastecimiento que fuera superior al precio del MEM o el valor de la energía estipulado

contractualmente, si éste fuera menor— no es un acto externo a la operatoria, ni una resolución regulatoria de la actividad. Recuerda que los fundamentos, por los cuales el numeral 16.04 del CAEE no es aplicable a este caso, fueron expresados por el ENRE —organismo técnico regulador de la energía— y dan la pauta de la imposibilidad de renegociar el contrato.

Por otra parte, alega que la Cámara prescindió de lo dispuesto en el art. 1°, inc. f de la ley 19.549, al omitir considerar que, en sede administrativa, no se le confirió traslado de los recursos de alzada de EdERSA y de la Provincia de Río Negro, como que tampoco se le notificaron los informes sobre los cuales la Secretaría de Energía basó el dictado del acto administrativo.

Sostiene, además, que la Cámara incurrió en un error de razonamiento, porque —en su concepto— una cosa es tomar vista del expediente y otra ser tenida por parte, situación que permite contestar agravios, ofrecer y producir prueba.

Interpreta que el art. 76 de la ley 24.065 establece un procedimiento recursivo continuado en el cual existe una primera instancia administrativa y otra judicial, por ello no puede existir una decisión de naturaleza jurisdiccional válida en la que no se respete el principio de bilateralidad so pena de que se viole el derecho de defensa.

Alega que la competencia de la Secretaría de Energía para revocar, por vía de recurso de alzada, un acto administrativo de naturaleza jurisdiccional está circunscripta a los casos expresamente previstos en el art. 99 del decreto 1759/72, razón por la cual aquel órgano centralizado no podía revisar el mérito del acto. Afirma, en tal sentido, que la Secretaría incurrió en exceso de poder, porque no se constató que el ENRE hubiera cometido un error grave, una arbitrariedad y menos aún una ilegalidad manifiesta.

Pone de manifiesto que la controversia de la distribuidora y la generadora, al haberse planteado entre dos particulares y tener una naturaleza exclusivamente patrimonial, hizo que el Secretario de Energía, cuando resolvió el recurso de alzada, ejerciera una función jurisdiccional

vedada por el art. 109 de la Constitución Nacional, ello aun cuando contra su decisión se hubiera deducido un recurso judicial, pues su incompetencia fue *ab initio*, como lo declaró la Corte a partir de Fallos: 247:646.

Aduce, finalmente, que se vio obligada a presentar en concurso preventivo como consecuencia de las medidas cautelares dictadas en procesos anteriores y de la resolución de la Secretaría de Energía y que, por tal motivo, la decisión de la Cámara en el sentido de que se solucionara el conflicto de común acuerdo entre las partes le ha impedido efectuar una propuesta seria de pago a los acreedores, circunstancia que la llevará a la quiebra.

– III –

Pese a que la apelante sostiene que existe cuestión federal y la alzada concedió el recurso extraordinario fundado en dicha causal por hallarse controvertida la ley 24.065, en realidad, los agravios de aquélla enderezados a cuestionar la sentencia en lo atinente a la aplicación de los arts. 72 y 76 de dicha ley y el art. 76 de su decreto reglamentario —en orden al control de juridicidad que debe hacer el superior a fin de determinar si se incurrió en arbitrariedad manifiesta, grave error o gruesa violación al derecho en la emisión del acto impugnado (art. 99 del decreto 1759/72, t.o. 1991)—, remiten a una cuestión ajena al orden federal.

En efecto, pienso que no se podría analizar este planteo sin revisar extremos fácticos y normas de derecho público local —ajenas al recurso extraordinario— como son el contrato de abastecimiento de energía eléctrica (CAEE) celebrado en la órbita local entre la empresa actora y la empresa provincial ERSA (luego transferido a EdERSA), el contrato de concesión de EdERSA (aprobado por la ley 3019 y su decreto reglamentario 1406/96) así como lo dispuesto en la resolución del ente provincial 042/02, ello con el objeto de establecer si la Secretaría de Energía se excedió o no en la competencia que las aludidas normas de la ley 24.065 —y con el alcance

establecido en el art. 99 del decreto citado— le acuerdan para revisar actos jurisdiccionales.

En tales condiciones, corresponde señalar que aun cuando puede entenderse que la apelante introdujo la cuestión federal en los términos antes descriptos, y con tal alcance se concedió el recurso, en rigor el planteo reedita su discrepancia sobre la ponderación de los hechos de la causa y sobre la interpretación de normas que, en principio, resultan de derecho público local.

Es oportuno reiterar aquí que discusiones de ese tenor son extrañas a la jurisdicción extraordinaria de V.E. (Fallos: 314:1336 y 315:1585, entre muchos otros).

Asimismo, el otro intento de cuestionar la competencia de la Secretaría de Energía para revisar los actos de carácter jurisdiccional, sobre la base del argumento de que la controversia se planteó entre dos particulares y tuvo una naturaleza exclusivamente patrimonial, por lo cual, aquel órgano (ejecutivo) habría ejercido una función (judicial) vedada por el art. 109 de la Constitución Nacional, a mi modo de ver, tampoco puede ser atendido.

Es menester recordar, ante todo, que el marco regulatorio eléctrico le acuerda facultades a la Secretaría de Energía para revisar, por vía de alzada, los actos jurisdiccionales del ENRE, lo cual surge de modo implícito de la correlación de los arts. 72 y 76 de la ley 24.065 y claramente del art. 76 del decreto 1398/92 al establecer que *"los recursos de alzada que se interpongan contra las resoluciones del ENRE serán resueltos, en forma definitiva, por la Secretaría de Energía Eléctrica, quedando agotada con su pronunciamiento la vía administrativa. A los efectos de determinar los alcances del contralor de la Secretaría de Energía Eléctrica, con respecto a cada uno de los actos del citado ente que fueren recurridos, aquélla deberá, previamente, caracterizar el acto, según sea o no de naturaleza jurisdiccional"*.

Por ello, aun cuando pudiera entenderse que la omisión imputada al *a quo* importara una resolución contraria implícita al planteo de

inconstitucionalidad de las disposiciones aludidas por contrariar la prohibición dirigida al Poder Ejecutivo de ejercer funciones judiciales (art. 109 de la Ley Fundamental), a mi modo de ver, carece de fundamento por la generalidad de sus términos, a lo que habría que añadir la absoluta falta de todo elemento que permita demostrar la existencia concreta del gravamen argüido (Fallos: 303:167).

Cabe destacar que una declaración de este tipo exige que la repugnancia de la norma con el precepto constitucional sea manifiesta, clara e indudable (Fallos: 320:1166 y 328:2567) y, en tal sentido, el escrito en el que se solicita la medida —la más extrema que pueda adoptar un tribunal de justicia— ni siquiera cuenta con una estimación provisoria o aproximada del eventual perjuicio que dote al pedido de la seriedad requerida para su juzgamiento.

Dicho defecto impide el examen de la proposición, dado que es un presupuesto inexcusable de quien requiere una declaración de esta naturaleza acreditar la concreción del gravamen que pretende revertir, desde que los jueces están sólo para dirimir conflictos concretos y no para verter enunciaciones generales y abstractas ni, mucho menos, para suplir las carencias de fundamentación imputables únicamente a la conducta discrecional de las partes. La ausencia de una demostración, en el sentido de que en el caso concreto se suscita el gravamen invocado, convierte en abstracto cualquier pronunciamiento acerca de su constitucionalidad (Fallos: 312:2530, entre otros).

Es oportuno poner de relieve, que la declaración solicitada se trata de un acto suma gravedad que constituye una de las más delicadas funciones que puede encomendarse a un tribunal de justicia, y que sólo corresponde cuando una estricta necesidad lo requiera, en situaciones en las que la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta e indubitable, y no exista la posibilidad de una solución adecuada del juicio por otras razones que las constitucionales comprendidas en la causa (Fallos: 324:3219, considerando 10 del voto de la mayoría, y sus citas).

Por lo demás, esta exigencia no es meramente ritual o dilatoria, sino que tiende a demostrar con toda plenitud que las normas impugnadas ocasionan un perjuicio incompatible con las garantías constitucionales, máxime cuando es bien sabido que los derechos no son absolutos y su ejercicio admite una reglamentación (conf. doctrina de Fallos: 322:215, entre tantos otros), circunstancias de las que no se hace cargo el escrito de fs. 138/157.

Estimo pertinente añadir *a fortiori,* sin pretender exceder el marco de este dictamen, que Turbine Power Co. S.A. consintió la jurisdicción de la Secretaría de Energía al no impugnar los actos del ENRE que dispusieron la posibilidad de ser recurridos mediante alzada ante dicha Secretaría. Ello torna concluyente el temperamento adverso anticipado, pues permite advertir que, tampoco, en este aspecto ha existido el gravamen argüido.

Por último, cabe desestimar la alegada afectación del derecho de defensa y al debido proceso en sede administrativa y la aducida prescindencia de las disposiciones de la ley 19.549 durante el procedimiento administrativo, pues ello remite a cuestiones de hecho y prueba y a la interpretación de normas de carácter procesal, que por su naturaleza, son ajenas al recurso extraordinario y sólo revisables en caso de arbitrariedad, circunstancia, esta última que debe descartarse en el *sub lite*, toda vez que la apelante consintió la desestimación por el *a quo* de la arbitrariedad de la sentencia, sin que se dedujera la pertinente queja.

Además, la Corte ha dicho que, aun tratándose de la interpretación de leyes federales, la solución de los problemas de carácter procesal está reservada a los jueces de grado, con exclusión de la vía del recurso extraordinario (doctrina de Fallos: 301:1188; 310:319; 317:387; 321:3620 y 323:1919).

Por todo lo expuesto, opino que corresponde declarar improcedente el recurso extraordinario interpuesto.

Buenos Aires 25 de septiembre de 2009.

ES COPIA LAURA M. MONTI

ADRIANA N. MARCHISIO
Prosecretaria Administrativa
Procuración General de la Nación