

En Cipolletti, Provincia de Río Negro, a los 1 días del mes de Junio del año dos mil doce, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la IVta. Circunscripción Judicial, con asiento de funciones en esta ciudad, para resolver en autos caratulados: “TURBINE POWER CO. S.A. C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO ” (Expte. N° 415-SC).

De acuerdo con el sorteo realizado, previa discusión de la temática del fallo a dictar y formulación de las cuestiones a resolver, con la presencia de los miembros del Tribunal, de lo que da fe el actuario, corresponde votar en primer término a la Dra. Aída Dithurbide, quien dijo:

I.- Que a fs. 13/23 se presenta la empresa Turbine Power Co. S.A., mediante apoderado, demandando a la Provincia de Río Negro por la suma de \$55.051.143,74 (pesos cincuenta y cinco millones cincuenta y un mil ciento cuarenta y tres con 74/100), en concepto de daños y perjuicios que le habrían provocado las decisiones judiciales dictadas por las Cámaras de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de General Roca, así como la de ésta Circunscripción –Civil, Laboral, y en lo Contencioso Administrativo, de Cipolletti-; y además, por las conductas omisivas de los distintos estamentos del Gobierno Provincial, que nada hicieron para revertir la crítica e injusta situación en que, considera, fue colocada la accionante.

Que producto del dictado de las decisiones judiciales en cuestión, se produjo una confiscación de valores de venta que tenía que recibir la actora –de aquí en más TPC- por la provisión de energía eléctrica a la distribuidora Empresa de Energía Río Negro S. A. (“EdERSA”), conforme al “Contrato de abastecimiento de Energía Eléctrica” celebrado con fecha 5 de Julio de 1996. Que los distintos poderes y órganos del Estado Provincial han soslayado el deber de respetar el acuerdo de partes celebrado en el marco del derecho privado.

Expresa que la aplicación de los términos económicos del contrato de abastecimiento de energía eléctrica fue interrumpida abruptamente por la intromisión irregular e indebida de los organismos del Estado Provincial, al establecer topes al precio de la energía eléctrica a suministrarse a EdERSA, mediante el dictado de medidas cautelares innovativas en la que su parte no intervino.

Que la responsabilidad de la Provincia resulta más que evidente por cuanto se ha obligado a su parte a realizar un “sacrificio especial” que necesariamente debe ser compensado, ya que al serle aplicado el límite que fija el art. 41 inc. c) del Decreto

1291/95, se ha producido una arbitraria expropiación de una porción mayoritaria de los ingresos del capital.

Agrega que mediante la Resolución judicial recaída el 26/12/01 en autos “PROCONSUMER c/Provincia de Río Negro y EdERSA y Otro s/Contencioso Administrativo”, la Cámara de Apelaciones de General Roca decretó una medida cautelar, disponiendo la prohibición de innovar respecto del marco tarifario, debiendo abstenerse de trasladar a la tarifa de energía eléctrica mayores costos por la provisión, por encima del límite que establece el art. 41 del Decreto 1291/95, alcanzando dicha medida a la actora de autos, en cuanto al límite respecto del costo de la energía que vende a EdERSA. Que dicha manda fue ampliada en fecha 21/02/03, ordenándose a TPC que se abstenga de alterar el precio de la energía que factura a EdERSA, por encima del precio que rija el MEM, bajo apercibimiento de aplicársele astreintes.

Explica que las mentadas resoluciones judiciales fueron apeladas por ante nuestro Superior Tribunal, habiendo obtenido con ello pronunciamientos favorable. Que el STJ -principalmente los votos mayoritarios- se pronunciaron sobre los aspectos formales que adolecía la medida cautelar decretada, y sobre los sustanciales, que fueron motivo de confusión –tipo de medida que dictaban-, omisión, ausencia o intromisión en cuestiones que son propias de otros poderes –no del judicial- a través del dictado de la misma, y en especial, sobre la omisión de la exigencia de contracautela a la peticionante.

Luego de citar extractos de los fallos del STJ que estima pertinentes, razona que la decisión por parte del Poder Judicial, sumado a la ‘incorrecta’ aplicación a su parte de las disposiciones de la Ley 1902 (y Decreto 1291/95), ocasionaron a ella un daño enorme, y a su vez, la omisión por parte de órganos políticos de la provincia en brindar solución alguna a la crítica situación en que se encontraba –y se encuentra, dice, al momento de interponer la demanda-, profundizaron su deterioro y la obligaron a realizar transacciones de compraventa de energía eléctrica completamente a pérdida, con el consiguiente perjuicio patrimonial.

En suma, que el Estado Provincial debe responder frente al desequilibrio financiero provocado a la accionante, en razón de la actividad lícita e ilícita, por la jurisdiccional y por omisión ilegítima.

Fundamenta la responsabilidad Estatal en la teoría del órgano, entendiendo que, como producto del obrar de funcionarios, aquella resulta ser directa. Reitera que los actores estatales generadores de sus perjuicios han sido las medidas cautelares decretadas por órganos judiciales (las Cámara de Apelaciones de la IIda. y de la IVta. Circunscripción

Judicial), y la omisión, por parte de las autoridades provinciales –directivos del EPRE y el Gobernador- de proveer una solución inmediata a una situación manifiestamente contraria a derecho.

Plantea la responsabilidad de los daños por actividad ilegítima. Que en los mentados autos “PROCONSUMER” la medida fue extendida en forma ilegítima a TPC, y luego declarada abstracta por el STJ. Que posteriormente, ésta Cámara, con otra integración, dicta una nueva, similar, con efecto retroactivo al 12/02/02, siendo revocada también por el Tribunal Superior, con los fundamentos que cita.

Que las mencionadas actuaciones por parte del Estado le han producido daños irreparables a la empresa, encontrándose endeudada a los efectos de dar cumplimiento a lo establecido en el Decreto de Concurso Público especial N° 2/93.

En cuanto a la relación de causalidad entre el accionar estatal provincial y el perjuicio de su mandante, alega que el daño es producto de la aplicación del tope tarifario del art. 41 inc. c) de la Ley 2902 (y de su Decreto Reg.); además de que, sostiene, a TPC le es aplicable el marco regulatorio nacional, más no el provincial.

En lo atinente a la imputabilidad, expone que las decisiones de ambas Cámaras hacen claramente responsable al Estado Provincial del deber de reparar el perjuicio irreparable al cual fue sometida TPC por la “ilegitimidad objetiva” que se traduce del mismo.

Alega la doctrina de la falta de servicio. Que en su caso, los actos y omisiones de los órganos jurisdiccionales provinciales le irrogan un perjuicio constante, desigual, desproporcionado e irreparable; originado en decisiones que a su entender son manifiestamente ilegítimas, debido también al largo tiempo transcurrido entre su dictado –retroactivo en el segundo caso- y la revocación de las medidas cautelares (que acusa como tardías por parte del Superior Tribunal de Justicia, a su vez).

Que el desempeño indebido, excesivo e impropio de la actividad jurisdiccional provincial ha llevado a que TPC deba asumir la carga de un régimen tarifario impuesto arbitrariamente, cuando se encuentra excluida de la normativa regulatoria provincial. Que mediante ello, se le fijo a la accionante un valor arbitrario para realizar transacciones de compraventa de energía eléctrica, lo cual ha ocasionado enormes pérdidas dinerarias, originadas en dichas transacciones, que según opina deben ser reparadas por el Estado Provincial.

Alega asimismo la responsabilidad de los daños y perjuicios provocados por omisión del Poder Ejecutivo provincial. Plantea que el precio de venta de la energía eléctrica convenido por su parte con la “distribuidora”, fue también convalidado y ratificado por

el órgano competente de la Provincia de Río Negro.

Que, en función de la diferencia de valores que se desprende de aplicar las normas contractuales con relación al marco regulatorio fijado por la ley N° 2902 y su decreto reglamentario 1291/95 –impuesto, a su entender, arbitrariamente a ella, por imperio de las medidas cautelares-, resulta más que elocuente que alguno de los órganos provinciales debió arbitrar los mecanismos conducentes para la reparación por el “sacrificio especial” que trasuntara para su parte.

Fundamenta que aquí la “falta de servicio” se halla en el incumplimiento del deber concreto que tiene el Estado Provincial en brindar algún tipo de solución a la afectación flagrante que se ha producido en el valor retributivo justo y razonable que TPC tenía y tiene –según dice- derecho a percibir en base a su producción y al capital que invirtiera para ello, no pudiendo cubrir los costos de explotación por el suministro que presta ni asegura el mantenimiento de la integridad financiera de TPC.

Expone que la responsabilidad del Estado Provincial, por omisión, nace del mentado factor de atribución, configurado -según su consideración- en razón del incumplimiento ilegítimo de los deberes y obligaciones impuestos a sus órganos por las Constituciones Nacional y Provincial, la ley 2902, y a nivel reglamentario por los decretos que ha emitido la misma Provincia a fin de autorizar y ratificar los acuerdos suscriptos con la distribuidora, mediante los cuales se fijaran los precios por la venta de energía eléctrica, y que, en su parecer, han sido vulnerados ilegítimamente por el Estado Provincial a través de las mencionadas actitudes de omisión.

Argumenta además que se cumplen los presupuestos para atribuirle también al Estado, la responsabilidad por actividad legítima. Que uno de los supuestos de responsabilidad extracontractual por actividad legítima es el caso de la “expropiación de bienes por causa de utilidad pública o bien común”; y que, en el caso, el actuar de los organismos del Estado Provincial se trasunta en una expropiación de sus ingresos y de su capital, expropiación que debe cesar, ser indemnizada y compensada.

Añade que fue forzada a soportar la actividad estatal provincial a través del cumplimiento de las mandas judiciales, pero que de ello no puede inferirse que esté obligada a soportar los daños y perjuicios que se le ocasionaron y le siguen produciendo -dice-, por la aplicación de las cuestionadas medidas.

Continúa arguyendo el sacrificio especial que debió realizar. Que aquí nace el deber de indemnizar que se encuentra establecido en el Art. 16 CN, como garantía de igualdad de las cargas públicas.

Que la especialidad del daño que se invoca se refleja en un perjuicio desigual y desproporcionado respecto del conjunto social. Entiende que los usuarios se ven beneficiados por una rebaja arbitraria de la tarifa que abonan por el suministro de energía eléctrica. Que el distribuidor no vio afectado su valor agregado de distribución, dado que pagó a la actora el mismo precio que le cobrara al usuario por dicha energía, y el Estado Provincial no ve afectado sus ingresos por cobro de impuestos, dado que los mismos son porcentuales del precio total facturado al usuario, mientras que TPC debió y debe, asumir pérdidas dinerarias para cumplir con las obligaciones de entrega de energía establecidas bajo nuevo Contrato de Abastecimiento.

Que en razón de lo dicho se ha conculcado el principio de confianza legítima. Que los precios de venta convenidos con la “Distribuidora” EdERSA fueron aprobados por la autoridad competente, y en el marco regulatorio existente se reconocen los derechos de la aquí actora, pero que imprevistamente se modificaron ilegítimamente las condiciones convenidas sin que se arbitraran los medios conducentes para su solución. Concluye al respecto que la alteración en la conducta de un órgano del Estado, el desconocimiento de los convenidos y de lo regulado en una actividad como la que desarrolla su parte, se traduce en una violación a la seguridad jurídica y a la confianza legítima del particular. Esgrime que con el mencionado actuar estatal se han afectado derechos constitucionales.

Formula reserva de derechos, en cuanto a ampliar la demanda contra el Estado Provincial por otros conceptos que, adelanta, serán determinados en su oportunidad, así como los daños y perjuicios que se continúen irrogando por la limitación de los precios de la energía que suministra a EdERSA.

Reserva también la posibilidad de ampliar la prueba documental e instrumental que se acompaña a la presente demanda. Ello, después de efectivizar y producir la diligencia preliminar, en los términos del art. 323, ss. y cc. del CPCyC, solicitando se libre oficio al Gobernador de la Provincia de Río Negro y/o el Ministerio de Coordinación, y/o el Ministerio de Hacienda y/o Secretaría de Obras Públicas de la Provincia de Río Negro y/o dependencia estatal donde se encuentren, para que remitan el reclamo administrativo presentado por la actora con fecha 12/05/03, en la Secretaría Privada de la Gobernación, con motivo de los perjuicios expuestos, así como las actuaciones posteriores que pudieron haberse realizado.

También solicita que se oficie a los organismos estatales mencionados para que remitan los antecedentes del Concurso Público N°2/93, y contratos sucesivos con ERSE, ERSA,

EdERSA, etc. y con toda la normativa estatal que hiciera referencia a dichas contestaciones.

Formula reserva de caso federal.

Ofrece prueba documental e instrumental.

Formula recusación respecto de los jueces que integraron el Tribunal al momento de dictar la medida cautelar por la cual se siente lesionada.

A fs. 26 plantean los Sres. Jueces Titulares de la Cámara, Dres. Edgardo Albrieu, Alfredo Pozo y Jorge Douglas Price su excusación para entender en las presentes actuaciones, en mérito al art. 30 CPCyC.

A fs.28/30 se integra el Tribunal con los Dres. Sevilla, Dithurbide y Santos, a los efectos de entender en la recusación planteada y resuelven dichas cuestiones suscitadas, rechazando la recusación planteada por la actora, y haciendo lugar a las excusaciones esgrimidas por los jueces titulares. En razón de ello se integró el Tribunal con los premencionados Sres. Jueces.

A fs. 32 se conceden las diligencias preliminares peticionadas.

A fs.33 obra oficio diligenciado al Sr. Gobernador de la Provincia. A fs. 38 responde el oficio el Poder Ejecutivo Provincial, y a fs. 39 consta que, atento a la voluminosidad de la documentación acompañada, se la reserva en Secretaría.

A fs. 45/47 efectúa la parte actora manifestaciones, denunciando hecho nuevo y ampliando la demanda. Menciona que el dictamen elaborado por su letrado, y avalado por el titular del organismo regulador de la electricidad en la Provincia –remite al folio 77 del Expte. Administrativo-, afirma categóricamente que TPC es un generador no aislado y por lo tanto agente del MEM, al que le resulta aplicable la jurisdicción federal, que en ese carácter le vende a EdERSA energía eléctrica, en virtud de un contrato de abastecimiento de energía eléctrica también sometido a la jurisdicción federal. Por ello entiende que no le debió ser aplicada la normativa provincial en su actividad y que no debió haber sido sujeto pasivo de las medidas cautelares dictadas por los sucesivos órganos jurisdiccionales de la Provincia, pretendidamente sustentadas en tal plexo normativo.

Seguidamente denuncia hecho nuevo, haciendo saber que en fecha 11/08/05 se dictó la Resolución N° 514/2005 del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), por la que se declaró “plenamente vigente” el CAEE que vincula a la accionante con EdERSA, “en los términos acordados”. De ello razona una confirmación más de la improcedencia de las medidas cautelares oportunamente decretadas por los Tribunales

rionegrinos, revocadas por el STJ, agregando que su alcance y extensión en el tiempo provocaron los daños y perjuicios que aquí se pretenden reclamar.

Consiguientemente, amplía la demanda por los siguientes montos y conceptos: aumenta la suma reclamada a \$84.965.906,59 (Pesos ochenta y cuatro millones novecientos sesenta y cinco mil novecientos seis con 59/100) – calculada al día 31 de octubre de 2005 y con el CER incluido hasta esa fecha-, con más intereses, actualización por Coeficiente de Estabilización de Referencia (CER) para los futuros períodos, costos y costas, en concepto de diferencia entre lo que debió haberse facturado según el Contrato de Abastecimiento de Energía Eléctrica (CAEE) celebrado con EdERSA –ratif. Por ENRE por Resol. N° 514/2005 del 11/08/05-, y lo que efectivamente facturó TPC por aplicación de las cautelares.

Adicionalmente reclama como perjuicio total para el año 2004 por la potencia puesta a disposición y, según afirma, no remunerada, la suma de \$4.759.140,48 (Pesos cuatro millones setecientos cincuenta y nueve mil ciento cuarenta con 48/100). Sostiene que dicho concepto se relaciona directamente con el perjuicio económico ocasionado por la medida cautelar a ella impuesta, a tal punto que según afirma ello obligó a las Calificadoras de Riesgo a bajar la calificación que tenía TPC antes de dicha medida, dado el riesgo patrimonial que la misma implicaba, reflejado en su actual patrimonio neto negativo; que cambió la calificación efectuada por el Banco Central de la República Argentina, llevándola a una de más alto riesgo y se le restringió el crédito comercial que tenía en plaza, privándola de renovar su contrato de gas natural, imprescindible para su funcionamiento. Que dicha indisponibilidad deja sin remuneración el concepto de “Potencia Puesta a Disposición”.

Explica que de acuerdo al contrato de préstamo celebrado a los efectos de comprar la turbina a la que se hizo referencia en la demanda, en tanto dejaron de atenderse los vencimientos producidos en mayo y noviembre de 2002 y mayo de 2003, se le ha generado un perjuicio, al 31/10/05, concepto de Intereses por Mora Impagos de U\$S 2.184.578,83 (Dólares estadounidenses dos millones ciento ochenta y cuatro mil quinientos setenta y ocho con 53/100), por lo cual reclama el presente monto también.

Por las obligaciones negociables otorgadas por el Banco de Galicia y Buenos Aires y otros, por un monto de U\$S 20.000.000 (dólares estadounidenses veinte millones), en tanto dejaron de atenderse los servicios financieros ocurridos en mayo y noviembre de 2002, y el reembolso del capital vencido en noviembre del 2002, se le ha generado, a su entender, un perjuicio, al 31/10/05, en concepto de Intereses por Mora Impagos de U\$S

11.454.264 (dólares estadounidenses once millones cuatrocientos cincuenta y cuatro mil doscientos sesenta y cuatro).

Finalmente, por la refinanciación otorgada por General Electric Energy Products, en tanto dejaron de atenderse los vencimientos ocurridos en septiembre de 2002, marzo y septiembre de 2003 y marzo y septiembre de 2004, se le generó un nuevo perjuicio, al 31/10/05, en concepto de intereses por mora impagos, por la suma de U\$S 933.357,90 (Dólares estadounidenses novecientos treinta mil trescientos cincuenta y siete con 90/100).

Solicita se oficie las instituciones mencionadas a los fines de que remitan copia auténtica de cada uno de los contratos vinculantes y se pronuncien sobre la situación financiera y de deuda de TPC para con ellos.

Propone sus registros contables a los efectos de ser peritados oportunamente.

A fs. 68 se presenta la representante del Estado Provincial, constituyendo domicilio, y notificándose de la demanda y de su ampliación.

A fs. 70 obra cédula de notificación a la Comisión de Transacciones Judiciales.

A fs. 71/72 obra responde de dicha Comisión, expresando que la pretensión inserta en la demanda aparece palmariamente desajustada a derecho, por no darse los supuestos que determinan la responsabilidad del Estado, por lo que desestima in liminis cualquier posibilidad de acuerdo. Complimentado ello, solicita la representante de la Provincia, a fs. 73, que se disponga el comienzo del cómputo del plazo para contestar la demanda a partir de la providencia que tiene por cumplimentado el traslado por la Comisión de Transacciones.

A fs. 89/124 se presenta el Fiscal de Estado de la Provincia de Río Negro a contestar la demanda.

Principalmente niega que las medidas cautelares cuestionadas hayan sido declaradas ilegítimas, ilícitas o indebidas según el normal ejercicio de la función judicial, o que, a consecuencia de su dictado, se pueda atribuir responsabilidad al Estado por error judicial. Niega también que la provincia de Río Negro tenga el deber jurídico de obrar para revertir la crítica situación jurídica compleja que configura el conflicto contractual entre TPC y EdERSA; y que nada haya hecho para revertirla.

Afirma que el Contrato de Abastecimiento de Energía Eléctrica entre TPC y ERSE data desde el 17/12/93, y que tenía dos cláusulas contractuales distintas y atípicas. La primera era la obligación de Turbine Power de construir, operar y finalmente transferir a favor de ERSa la proporción que resultase adquirida a la finalización del contrato de la

Central Térmica (sistema “Built, Operation and Transfer”, en sus siglas «B.O.T.»).

Que la caída de precios del mercado en 1995 hizo que se planteara a instancia de TPC la renegociación del mismo, en función de la cláusula 18.4 de ese contrato, fundamentalmente en lo referente al precio del mismo. Que ello derivó en negociaciones infructuosas, y luego en el dictado de diversos Decretos del Poder Ejecutivo, donde se fijaron nuevos precios del CAEE. Que luego se arriba al Memorandum de Entendimiento, del 12/06/96, ratificado por el Decreto N° 870/96, que forma parte del Acuerdo Marco del 5/07/96, y fuera base para la firma del CAEE renegociado.

Argumenta que si, por distintas circunstancias, al entrar en vigencia la Resolución N° 42/02 EPRE que reguló la aplicación de la cuestionada normativa a EdERSA, los intereses de las partes chocaron por el desequilibrio en la ecuación económica del CAEE, debió accionarse el mecanismo renegociatorio expresamente previsto en el contrato, que puntualmente fuera utilizado por TPC, en 1996.

Que, precisamente, las partes acordaron dos cláusulas específicas para el caso en que la modificación, de la situación de hecho existente al momento de la firma del contrato, afectara a alguna de ellas.

Que en la cláusula 16.04 se establece que: “En el eventual caso que alguna de las partes no pueda dar cumplimiento a sus obligaciones en los términos de éste contrato, motivado por normas del Estado, decisiones judiciales o resoluciones regulatorias de la actividad, las partes acordarán las modificaciones al contrato que resulten necesarias para dar cumplimiento a las leyes del estado, decisiones judiciales o resoluciones regulatorias de la actividad, según corresponda” y en la cláusula 21.02 se estableció que: “Las partes expresamente acuerdan que este contrato se celebra en el marco de la Ley N° 24.065, del Decreto Reglamentario N° 1.398/92 y de la Resolución Nro. 2.902 y del Decreto Nro. 1291/95 de la Provincia de Río Negro. En caso de que dicho marco legal fuese modificado de forma tal que afectare el equilibrio económico de la relación contractual, las partes acordarán, de común acuerdo, la continuación de dicha relación, adaptándola al nuevo marco vigente”.

Por ello cuestiona el argumento de la actora, sobre que el contrato CAEE no estaría alcanzado por la ley 2.902 y su decreto reglamentario, art. 41 inc. c), y rechaza que exista ilicitud o ilegitimidad en las decisiones de los jueces de Cámara.

Argumenta que mientras se permita el traslado a tarifas del costo de TPC, este traslado debería ser soportado por EDERSA; pero que, en tanto dicha condición regulatoria sea

modificada, ya sea que afecte económicamente a una de las partes (cláusula 21.02), o que le imposibilite cumplir sus obligaciones (cláusula 16.04), se debe abrir una instancia de renegociación del contrato entre EdERSA y TPC, a los efectos de su readecuación al nuevo marco vigente (tal como ya había afirmado).

Que a partir de la resolución 42/02 EPRE (dictada en el marco de la ley 2902 y su reglamentación, así como del Contrato de Concesión de la Distribuidora, art. 31), EdERSA no puede trasladar a la tarifa el costo de abastecimiento de energía más allá del tope MEM; y ello afecta al CAEE, tal como ha quedado demostrado; y que por ello, la aplicación de la Ley 2902 y su decreto reglamentario nunca puede hacer devenir ilícita la decisión de los jueces que aplicaron dichas normas. Que en tal encuadre normativo fueron dictadas las medidas cautelares.

Considera que por ello debe ser rechazado el planteo que sostiene una intromisión de los poderes del Estado en un acuerdo privado.

Responde, seguidamente, al argumento vertido por la actora, respecto a la abstención de los órganos provinciales en arbitrar una solución a la conculcación de derechos a su parte, expresando que la misma manifiesta sus afirmaciones de un modo ligero, sin exponer, demostrar o argumentar acabadamente dicha responsabilidad por omisión, sin siquiera mencionar ni acreditar cuál era el deber jurídico de obrar que tenía la Provincia. Que luego de efectuar un abultado cálculo de daños y perjuicios, pretende que de ellos resulta responsable la Provincia, por acción u omisión, por lo que manifiesta no entenderse que es lo que peticiona la actora en definitiva, esto es, si el Estado debe o no debe intervenir en su contrato.

Que cuando la actora se refiere a la actividad lícita, no queda otra posibilidad que circunscribirse a la actividad jurisdiccional. Pero que, para esto, debe demostrar que las medidas cautelares que sirven de sustento a la demanda como supuestos generadores de responsabilidad estatal son ilegítimas e ilícitas, tal como lo exige –dice- la jurisprudencia de la Corte.

Menciona a modo de ejemplo, que la accionante se limita a transcribir las consideraciones de los jueces del STJ, que declararon abstracta a la primera medida decretada, y que revocaron la segunda, sin determinar que con ello se está cumpliendo con los presupuestos teóricos que determinan la responsabilidad por actividad ilegítima del Estado, y sin acreditar su configuración.

Alega que la relación de causalidad, entre las medidas cautelares y el daño que dice haber soportado, si existiera, no se demuestra en autos, y que mucho menos surge de

forma evidente. Que la mera revocación del acto judicial no habilita a reclamar por ésta la responsabilidad estatal.

Que resulta claro que las Cámaras y el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia no tuvieron el mismo criterio, pero que de ello no se deriva la existencia de responsabilidad estatal alguna por el ejercicio de la función judicial.

Expone que la Provincia intervino en el conflicto, en el marco del Art. 80 de la Constitución Provincial, ubicada en un rol que le otorgaba la legitimación activa necesaria para participar en el proceso de que se trate, en representación de los intereses colectivos en juego. Que ello se desprende de las actuaciones administrativas tramitadas ante el ENRE y la SEN (Expte. N° 11757/02), ofrecidas como prueba. Que la Provincia actuó como mediador, interviniendo en modo oficioso para encontrar vías alternativas de solución, rechazadas por TPC.

Refiere luego que la actora no individualiza claramente el acto generador de responsabilidad, es decir, no indica si es por ejercicio de la actividad administrativa, legislativa o judicial. Que, por otro lado, no menciona ningún acto administrativo, por lo que razona que debe ser por el ejercicio de la actividad jurisdiccional, en tanto que la CSJN ha dicho que la misma sólo es atribuible al Estado cuando es ilegítima, indebida o arbitraria; por lo que sostiene que debe ser rechazada, por no haberse configurado en el presente caso tales extremos.

Señala, respecto de la cautelar decretada por la Cámara de General Roca, que la sentencia del STJ no declaró la ilegitimidad del acto jurisdiccional dispuesto por la misma y en cuanto a la declarada por la Cámara de Cipolletti, en su original composición, observa que los motivos de la revocación que hacen los miembros de STJ, no dejan de ser sólo opiniones jurídicas diferentes. Que los mismos no revistieron entidad suficiente para declarar ilicitud o ilegitimidad, ya que hubo elementos de juicio objetivos que llevaron al tribunal a quo a decidir que la medida era procedente.

Que las omisiones que vierten en el voto del Dr. Soderó Nievas son, al entender del mismo miembro del STJRN, “subsanales” y, que, el criterio a aplicar sobre los recaudos, a nivel del análisis de los hechos y del derecho, es materia opinable de los jueces. Insiste en que la ilicitud no fue declarada expresamente por el STJ, y que se advierte en la misma resolución que revoca la cautelar en cuestión, la diferencia de criterios doctrinarios y jurídicos aplicables al caso, totalmente diferentes.

Al peticionar el rechazo de la demanda, manifiesta que existen multiplicidad de razones para hacerlo, fundamentalmente tres: a) la inexistencia de actuación judicial irregular;

b) el incumplimiento de los presupuestos de responsabilidad estatal; y, c), la actuación irreprochable de los funcionarios judiciales intervinientes.

En cuando a la falta de servicio planteada por la accionante, acusando omisión del Poder Ejecutivo, responde que el Estado no tenía obligación de actuar, y que tampoco se verifica abstención, en tanto ésta guarda relación con los mandatos judiciales; que por ello no hay responsabilidad en los términos del art. 1112.

Por último, en lo tocante a la responsabilidad por actuación lícita, argumenta que la Corte ha dicho que no puede responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, ya que los actos judiciales son en principio ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento.

Funda en derecho. Cita doctrina y jurisprudencia que entiende a su favor.

Adjunta prueba documental y solicita medidas de prueba.

Corrido el traslado pertinente, fs. 134/137 contesta traslado la actora, de la documental acompañada por la demandada.

A fs. 143 se fija Audiencia Preliminar (cfr. Art. 361 CPCyC). A fs. 147, ante la manifestación de la imposibilidad de concurrir, la actora solicita nueva fecha para la realización de la misma, por lo que, a fs. 148, se fija como nueva fecha.

A fs. 159 obra Acta de celebración de la Audiencia Preliminar, en la cual las partes manifiestan no haber arribado a un acuerdo, ratifican la prueba oportunamente ofrecida en los escritos de demanda y contestación, y se fija término a los fines de producción de prueba.

A fs. 160/162 ofrece la parte actora la restante prueba que estima pertinente.

A fs. 165 se provee la prueba ofrecida.

A fs. 796 obra certificación de prueba, que establece que: la diligencia preliminar de fs. 26, se encuentra contestada a fs. 38/39.

Se deja constancia que por la parte actora se produjeron las siguientes medidas: Documental e Instrumental: Cámara de General Roca (Exptes. N° 104, 106 y 107) contestado fs. 340 y 648; ENRE, Expte. N° 004, contestado a fs. 435. - Confesional: Sr. Gobernador de la Provincia, cumplido a fs. 494/496. – Informativa: al STJ, Expte. N° 18.937, contestado a fs. 212/277; ENRE, Expte. N° 004 a fs. 435; Cámara de Apelaciones Federal- Bs.As.: No Contestado; Cámara de Apelaciones de Gral Roca, Exptes.N° 106 y 107, contestado a fs. 340; Cámara de Apelaciones de Cipolletti, Expte. N° 225-SCA: oportunamente; Juzg. Nac. de Pra. Insc. Com. N° 9, Expte N° 86.991, contestado a fs. 560 y 789; Juzg. Nac. de Pra. Inst. Cont. Adm. Federal, Expte. N°

15.267, contestado a fs. 340; Ministerio de Planificación Federal, Expte. N° 11.757, contestado a fs.340; Ministerio de Planificación Federal, Res.N° 1461 y N° 1, contestado a fs. 378/420; ENRE, Res. N° 514 y 938, contestado a fs. 350/373; Comisión Nacional de Valores (Est. contables), contestado a fs. 447/ 485 y 566; Deloitte S.C. (Cert. Contable), contestado a fs. 284/290; Bancos: No solicitado; AFIP (montos), contestado a fs. 599/ 786 y 793; CAMMESA, a fs. 278/ 281; y Corte Suprema de Justicia, Expte. N° 864-XL, contestado a fs. 298/304. Testimonial: Sr. Eusebio Núñez, cumplida a fs. 192/194; Sr. José L.Patiño Fuentes, a fs. 187/190; Sr. Rodolfo Laurora, a fs. 196/199; Sr. Horacio Martinez Bellón, a fs. 318/ 320; Sr. Juan José Castagnola, a fs. 312/ 316; Sr. Juan José Iglesias, a fs. 307/310. Reconocimiento Judicial, fs. 162, oportunamente. Pericial Contable: Cr. Roque R. Martinez (fs. 170), cumplida a fs.500/ 524 y 570/586.

Y por la parte demandada, cfe. fs. 123 y vlta., documental en poder de terceros: ENRE, contestado a fs. 350/373; Secretaría de Energía de la Nación a fs. 340 y fs. 378/420; Cámara de Apelaciones de Gral.Roca, Exptes. N° 106, 107 y 104, contestado a fs. 340; Cámara de Apelaciones Cipolletti- ENRE, Expte N° 004, contestado a fs. 340.

A fs. 835 se tiene por desistida la prueba informativa a los bancos, oportunamente ofrecida por la actora; no se hace lugar al reconocimiento judicial solicitado. Asimismo se clausura el término probatorio, poniéndose los autos a disposición de las partes, a los efectos de la presentación de alegatos, los que obrando a fs. 841/852 los presentados por la actora.

A fs.862 habiendo sido aceptada la renuncia a su cargo del Dr. Horacio Sevilla por el Superior Tribunal de Justicia, se integra el Tribunal con el Sr. Juez, Dr. César Gutiérrez Elcaras, quien acepta el cargo.

A fs. 872 pasan las presentes actuaciones al Acuerdo para solicitar sentencia definitiva.

II.-Que conforme a los elementos arrimados a autos corresponde fijar los hechos considerados como acreditados, apreciando en conciencia las pruebas rendidas, que estimo son los siguientes:

Que la Provincia de Río Negro celebró un contrato de provisión de energía con TPC, en adelante el CAEE (contestes las partes).

Que en el marco del mismo, en primer término una Organización No Gubernamental, Asociación Protección Consumidores del Mercado Común (PROCONSUMER), en el año 2002, obtuvo ante la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y de Minería de la Iida. Circunscripción Judicial de la Provincia de Río Negro, la prohibición de innovar

respecto del marco tarifario que EdERSA imponía a sus usuarios, debiendo abstenerse de trasladar a la tarifa de energía eléctrica mayores costos por provisión por encima del límite que fija el inc.c) del artículo 41 del Decreto 1291/95 (precio que por igual suministro rigiera para la jurisdicción de Río Negro en el Mercado Eléctrico Mayorista o MEM) y extendió la medida de innovar a la empresa Turbine Power Co. S.A. en lo referente al mismo límite respecto del costo de la energía que vendía a EdERSA. Que en fecha 3 de Julio de 2003, el STJRN, declaró que dicha medida había devenido abstracta (constancias de autos, contestes las partes).

Que en Agosto de 2003 esta Cámara, en autos “EdERSA c/Turbine Power Co. S.A. s/Contencioso Administrativo”, hizo lugar a una medida cautelar de no innovar, disponiendo que Turbine Power Co. S.A. se abstuviera de facturar por servicios de generación de energía prestados a EdERSA a partir del 11/02/02 y hasta tanto se dirima la cuestión planteada en autos, un precio superior al MEM para la jurisdicción de Río Negro. Que el 18 de Agosto de 2004 el STJRN revocó la medida cautelar dictada por la Cámara en fallo dividido (ídem).

Que en fecha 24 de Octubre de 2006 el Secretario de Energía de la Nación, dictó la Resolución 1461, por la cual revocó las Resoluciones ENRE, 514/05 y 938/05 (que autorizaban a TPC a facturar a EdERSA sin limitación alguna), fundándose en lo siguientes argumentos básicos: a) la resolución recurrida adolece de ilegitimidad y arbitrariedad manifiesta porque su argumentación resulta contraria a la letra y el espíritu del contrato, a lo dispuesto por los arts.1197 y 1198 del Código Civil y a las normas que dieron origen al mismo CAEE, incluyendo el Decreto Provincial 870/96; que se consumaría una inequidad grave de autorizarse aquél modo de facturar, en tanto la Resolución EPRE 042/02 le impedía a EdERSA trasladar a la tarifa los costos de abastecimiento que superaran el precio estacional del MEM; b) que el CAEE es un contrato cuyos términos y condiciones fueron pactados entre la Provincia y TPC y luego fue transferido a EdERSA, por lo que no es un contrato posterior a la privatización; c) que existe un vínculo indisoluble entre el CAEE y la privatización de EdERSA, por lo que pretender un cumplimiento estricto del contrato entre ésta y TPC, en los términos del art.1197 del CC, importaría una arbitrariedad; d) que si se obligase a absorber a EdERSA, por los catorce años siguientes, el diferencial entre el precio estacional del MEM y el precio del CAEE, le provocaría quebrantos irre recuperables que podrían colocarla en situación de insolvencia; e) que la acción de readecuación contractual que inició EdERSA contra TPC está habilitada por la cláusula 16.04 del CAEE, en tanto que

la modificación regulatoria producida por la Resolución EPRE 042/02 fue reconocida por la Provincia y el EPRE quienes instaron a la renegociación de aquél contrato; f) que la mera posibilidad de que la Provincia resulte beneficiaria de una controversia contractual que ella misma provoca, sería también injusto y arbitrario, conduciendo a las partes a una situación insoluble, por lo que entiende debió haber sido resuelta por la Provincia; g) que el CAEE fue un negocio ruinoso para el pueblo de la Provincia, desde que la central resultaba innecesaria teniendo en cuenta los desarrollos hidroeléctricos de la cuenca Limay y h) que en dichas circunstancias el contrato debía ser readecuado, considerando el precio de la energía que abonan los operadores de distribución en el mercado nacional, por lo que entendía, finalmente, que en conjunto, las autoridades provinciales y las partes del contrato, en base a la teoría del esfuerzo compartido debían arribar a una fórmula que satisfaga todos los intereses involucrados.

Que la actora facturó desde Febrero de 2002 y hasta Marzo de 2007, teniendo en cuenta el tope del MEM, en primer término por las resoluciones judiciales citadas y en segundo por las resoluciones administrativas de los Entes nacionales (cfe. pericial contable fs.508/510 y resoluciones ut supra citadas).

III. Adelanto mi voto negativo al progreso de la acción.

En efecto: estimo necesario resumir, en primer término, que la accionante se alza contra el Estado Provincial, tanto por un actuar presuntamente ilegítimo (fs. 18 vlta.), como por uno omisivo (fs. 20 vlta.), como por actividad legítima (fs. 21).-

En cuanto a su actuar ilegítimo lo afirma sobre el presunto error judicial. Sabido es que, en esa materia, dos son los supuestos por los que podría realizarse la imputación, el uno por error en iudicando, el otro por error in procedendo. Se trata, por un lado, de la responsabilidad del Estado por "error judicial" y, por el otro, de la relativa al "irregular o anormal funcionamiento de la administración de justicia".

Estos dos ámbitos han sido reconocidos, tradicionalmente, como la responsabilidad "in iudicando" e "in procedendo", respectivamente (Carnelutti, Franchesco, "Sistema del Diritto Processuale Civile", 1963, T. I, pág. 132); la distinción señalada apunta a deslindar los casos en los que el daño es consecuencia en forma directa del ejercicio de la potestad de juzgar (error judicial), de aquellos otros en los que el perjuicio proviene de hechos, actos u omisiones que sobrevienen durante el proceso, que lo presuponen y que coadyuvan a ponerle término mediante la sentencia definitiva (supuesto de funcionamiento anormal).

Adentrándonos liminarmente al primero de los ámbitos de imputación de

responsabilidad, que es el que se acusa en la demanda, se impone recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que sólo cabe considerar como error judicial aquel que ha sido provocado de modo irreparable por una decisión de los órganos de la administración de justicia y cuyas consecuencias perjudiciales no han logrado hacerse cesar por efecto de los medios procesales ordinariamente previstos a ese fin en el ordenamiento (Fallos: 308:2095).

En esta inteligencia se ha dicho que si toda resolución judicial debe ser el resultado de la constatación inequívoca de los hechos sobre que recae y de la adecuada interpretación y aplicación de las normas jurídicas a través de las cuales la situación conflictiva se soluciona, hay error cuando aquélla se fundamenta en una apreciación equivocada de los hechos o en una inapropiada subsunción de los mismos en el específico ordenamiento, por lo que forzoso es concluir que el comportamiento del juzgador no es normal.

En suma: estaríamos en presencia de error judicial susceptible de generar responsabilidad estatal, cuando del examen efectuado en la sentencia en torno a los hechos y a la apreciación de la prueba, en confrontación con la solución que jurídicamente correspondía dar al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación.

El error judicial implica, entonces, una violación al deber de todo juez de dictar sus resoluciones conforme a derecho, no siendo significativo a estos efectos que al resultado inadecuado se llegue porque ha mediado un factor subjetivo de atribución de responsabilidad, es decir, culpa o dolo del magistrado, cuestión indiferente a los fines de considerar la responsabilidad estatal.

Otro supuesto de responsabilidad del Estado, consiste en la prestación defectuosa o irregular del servicio; para decirlo de manera simple: el servicio funcionó mal.

La idea de falta de servicio es objetiva, se independiza de la culpa y permite responsabilizar al Estado aun cuando no se individualice al autor del daño. Se trata de una responsabilidad objetiva y directa, porque los funcionarios actuando en el ejercicio de sus funciones son órganos del Estado y, por lo tanto, lo que ellos hacen lo hace el Estado mismo (Barraza, Javier, "Responsabilidad Extracontractual del Estado", L.L., Bs. As., 2003, pág. 80; Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", T. I, sepma. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pág. 500; Vázquez, Adolfo R., "Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios", 2da. Ed., L.L., Bs. As. 2001, pág. 154; Mertehikian, Eduardo, "La responsabilidad del Estado por la irregular actuación del

síndico en el concurso en un fallo de la Corte Suprema", L.L., 2004 - E, pág. 667).

Este factor de atribución objetivo no precisa indagar acerca de la culpa o negligencia del agente público para su configuración, bastando la verificación del cumplimiento irregular de las misiones que el ordenamiento jurídico le impone a la actividad, o un cumplimiento defectuoso, o un incumplimiento; constituye, pues, un funcionamiento defectuoso del servicio apreciado el carácter correcto o defectuoso de aquél pura y simplemente en relación con lo que debe ser el funcionamiento del servicio en aplicación de las leyes y reglamentos que lo definen, es decir, contrario al derecho objetivo.

Queda claro, reitero, que, conforme la demanda, se pretende la responsabilidad del Estado, al menos en lo que a los órganos jurisdiccionales se refiere, por el primer factor y no por el segundo.

Me adelanto a señalar que, en lo que sigue, no procede en este caso la responsabilidad estatal por la decisión judicial, porque no existió error judicial.

La parte actora pretende un resarcimiento de una abultada suma por daños y perjuicios basada en este aparente razonamiento: a) según el contrato que la ligaba a la Distribuidora se debía abonar un precio por la energía que entregaba a la misma, precio que no reconocía como límite el del MEM (Mercado Eléctrico Mayorista), que, en cambio (agrego) era el precio límite para las restantes referencias del marco eléctrico provincial establecido por la ley 2902; b) diversos tribunales provinciales hicieron lugar a una medida cautelar de la Distribuidora imponiendo ese límite; c) ello le causó un perjuicio por recibir menores ingresos; d) las decisiones de las Cámaras fueron revocadas por el Superior Tribunal de Justicia; e) el STJ se demoró en dictar tales decisiones; f) los otros órganos del Estado (debe entenderse el EPRE y el Poder Ejecutivo) nada hicieron frente a esta situación, no sólo frente a la decisión de los jueces sino al mismo desfasaje económico producido; g) ello configura una causal de responsabilidad del Estado, por tratarse de una suerte de "expropiación de bienes por causa de utilidad pública o bien común", desde que el actuar del Estado Provincial se trasunta en una expropiación de sus ingresos que debe ser indemnizada y compensada.

Se ve con claridad que la demanda, reitero, procura encontrar la responsabilidad del Estado por tres vías: la del error judicial, la de la omisión del Poder Ejecutivo de lo que denomina su "deber" de resolver el conflicto entre la Generadora y la Distribuidora y la de una presunta expropiación de bienes de la primera a favor del pueblo de la Provincia que se habría visto beneficiado con una disminución en los costos del servicio eléctrico

que reciben.

Expuesto lo que antecede, en primer lugar, trataré de dicho razonamiento, lo relativo a los presuntos errores judiciales que imputa a las Cámaras de la IIda. y Ivta. Circunscripción Judicial y a la demora en resolver sus recursos por parte del STJ.

La actora afirma la existencia de error, con exclusiva base en lo resuelto por el STJ, al revocar los resolutorios que consideraban procedentes las cuestionadas cautelares. Recuerda al respecto que la medida dictada por la Cámara de Apelaciones de la IIda. Circunscripción judicial, fue declarada “abstracta”, y que la decretada por Cámara de la Ivta. Circunscripción, fue “revocada”. Colige sin más que, atento al cambio de decisión arrojado por la intervención del Órgano Superior, se deriva la necesidad de reparación económica.

Entiendo que tal pretensión está equivocada tanto si se la juzga en forma abstracta como en concreto.

Veamos, \in abstracto\ porque la revocación de un acto por un tribunal de revisión no constituye una declaración de error judicial \per se\. La diferencia de apreciación de criterio de un Tribunal de revisión no implica, prima facie, declaración de error, sino diferencia de criterio, lo que explica la razón de que sean colegiados los órganos de revisión.

Por ello, los órganos llamados superiores no son jerárquicos en estricto sentido, sino órganos de revisión, que atienden a subsanar no sólo el eventual error de los órganos a quo, sino también a subsanar las diferencias de opinión en las decisiones judiciales.

De allí que en el voto dado in re “Pierini” (CNFed., Cont. Adm., Sala IV, 26/9/88, LL 14712/1988), el destacado administrativista Thomas Hutchinson haya dicho (a efectos de distinguir las funciones jurisdiccionales de las administrativas), que cuando un tribunal “... realiza una función judicial –cuando dicta una sentencia– no está subordinado en esta cualidad a ningún órgano judicial. La «jerarquía» de la instancia significa solamente una competencia de derogación, en ningún caso una competencia de mando del «superior» sobre la instancia inferior”. Esto quiere decir, precisamente, que la organización del sistema judicial en gradas, es una organización técnica que prevé una revisión para asegurar una aplicación uniforme de la ley y de criterios de justicia material, lo que no implica que cada revocación implique declaración de error. Pero, además, precisamente por ello no se puede hablar de error si existen recursos para revisar la decisión.

Precisamente Mosset Irurraspe señala que: “La característica del quehacer judicial que

conlleva, al menos como regla, pluralidad de instancias, que equivale a decir reiteración de juzgamientos por personas diferentes, con base en recursos, plantea uno de los temas centrales de nuestra exposición: la superación el subsanamiento o subsanación del error. El que genera el deber de indemnizar es, al menos en principio, el error firme, asentado, definitivo. Mientras la cuestión pueda ser corregida en las instancias normales, con base en revocatorias y apelaciones, no puede hablarse, todavía, de un error. El asunto está in fiore, en proceso, en marcha” (“Responsabilidad por daños”, Tomo VII, pág. 48. Ed. Rubinzal-Culzoni, Año 1999).

Por eso, Kemelmajer de Carlucci, advierte que deben agotarse las vías recursivas existentes, todas, hasta que la resolución presuntamente dañosa quede firme y refiere que "cuando el que se dice damnificado no ha agotado la vía recursiva, su conducta debe interpretarse como consentimiento - asentimiento o aceptación - a la resolución que lo agravia y no tiene entonces de qué quejarse", por lo que "Hay una presunción iuris tantum de consentimiento del daño producido por una decisión perjudicial no recurrida. Y que para que quede expedita la acción reparadora civil es necesario que el damnificado haya hecho uso de todos los recursos legales previstos por el ordenamiento jurídico." (Cf. Kemelmajer de Carlucci. Mosset Iturraspe Ob. Cit. p. 164, del voto del Dr. Ballardini en STJRN: SE. <46/00> "C. G., E. C. C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ ORDINARIO S/ CASACION" - EXPTE. NRO. 14259/99 – STJ).

Justamente por ello la actora no puede pretender, al menos no en concepto de error judicial, la responsabilidad del estado provincial, desde que el sistema judicial provincial – independientemente de que entiendo que no cometió error judicial –, además, acabó por otorgarle razón a sus peticiones al derogar las medidas dispuestas por los tribunales a quo.

En efecto, la aquí accionante recurrió las resoluciones de las Cámaras y obtuvo un pronunciamiento favorable por parte del Tribunal Superior, pronunciamiento que no desvirtuó el mérito de fondo hecho por el Tribunal ni en el primer caso, que declaró abstracta la cuestión, ni en el segundo en que la derogó por cuestiones formales vinculadas a la contracautela (aspecto sobre el cual existió disidencia por parte de uno de los jueces del mismo) y por entender que los jueces no debían intervenir en un contrato que era responsabilidad de los otros poderes del Estado (afirmación errónea sobre la que volveré más adelante), y , es más, admitieron que la medida cautelar evitó el impacto económico y social del aumento en las tarifas – ver fs.234 – y vino a subsanar la falta de consenso entre las propias partes, la indefinición de las autoridades

gubernamentales y sus entes reguladores, para decidir sobre la renegociación de las concesiones de uno de los servicios públicos (que tiene, agregado, una enorme relevancia social).

Y digo que esa afirmación es errónea, porque los Tribunales están habilitados para disponer medidas urgentes en el curso de los contratos, cuando la situación de hecho los afecta, tal como fue el caso de autos.

Pero aún cuando ello es así (esto es que no hay error judicial), aún si se consideraran que tales decisiones por el mero hecho de ser revocadas son errores, al mismo tiempo hay que señalar lo obvio: que fueron revocadas, y que el efecto de las decisiones del STJ no pudo ser otro que permitir a TPC SA cobrar a la Distribuidora de conformidad con lo pactado en la modificación contractual del CAEE (sobre ello volveré).

Lo que la actora pasa por alto (pero resulta necesario explicar) es porqué luego de esas decisiones no ha podido percibir los montos que, en su concepto, tenía derecho a percibir y que, según el mismo razonamiento, le produjeron perjuicio.

Es que, según se desprende de la documental por ella misma aportada, en particular la Resolución 514/05 de fecha 11/08/2005 del ENRE (agregada a fs.352/366), ya fuera de la órbita provincial, fue primero ese órgano nacional y luego la Secretaría de Energía de la Nación los que impidieron con sucesivas disposiciones que pudiese facturar el precio que pretendía, situación que – según parece desprenderse de la información obrante en autos – se mantiene hasta la fecha.

La explicación de tal situación aparece clara en el siguiente párrafo de ese decisorio del ENRE: “...a raíz de la emergencia declarada por la Ley N°25561, la intervención del Estado Nacional en la determinación de los precios estacionales, con el objeto de preservar el acceso al servicio de todos los usuarios, evitando que en el mismo reflejara el precio del Mercado Spot, significó que se ampliara aún más la diferencia entre el precio de energía y potencia del CAEE y el precio estacional que con el nuevo cuadro tarifario debe cobrar EdERSA.//Que determinado el nuevo cuadro tarifario y señalado a EDERSA, por la autoridad provincial la imposibilidad de seguir trasladando la tarifa el precio del CAEE, esta invoca esa situación en la relación contractual que mantiene con TPC;/Que la distribuidora entendió que la mencionada circunstancia, quedaba comprendida en lo dispuesto por la cláusula 16.04 del CAEE en tanto determina que: “En el eventual caso de que alguna de las PARTES no pueda dar cumplimiento a sus obligaciones en los términos de este CONTRATO, motivado por normas del Estado, decisiones judiciales o resoluciones regulatorias de la actividad, las partes acordarán las

modificaciones al CONTRATO que resulten necesarias para dar cumplimiento a las leyes del Estado, decisiones judiciales o resoluciones regulatorias de la actividad según corresponda.”(fs.361).

Incluso puede verse que tal era la situación se ve en el hecho de que previo al dictado de la Resolución 514/05 por parte del ENRE (que decide aplicar literalmente el contrato) en la misma se da cuenta de la realización de sucesivas instancias de negociación. En efecto remarca expresamente que a fs.355 se deja constancia de que según surge de sus actuaciones a 989/92, 1004, 1253, 1255, 1256, 1257, 1263 y 1294, se dispuso el desarrollo de una instancia de tal tipo sin que las partes hayan podido acordar fórmulas conciliatorias a su controversia.

La situación es clara: una situación objetivamente sobreviniente, como la crisis de 2001/2002, que modificó por completo todas las ecuaciones económicas contractuales del país, alteró las condiciones del contrato y en ese marco fueron dictadas las medidas cautelares, ello requería de procurar agotar las instancias de conciliación en base al principio de esfuerzo compartido.

Paradójicamente, como corroboración de ello, poco después de aquella primera resolución, fue el propio ENRE, el que, mediante resolución 938 de fecha 28 de Diciembre de 2005, solicitó a TPC que informara a la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA) el cambio en la valorización del contrato objeto de este conflicto, disponiendo la aplicación del Coeficiente de Estabilización de Referencia, reestructurando de oficio el precio del mismo, bajo el prisma de la normativa de emergencia económica, contradiciendo de modo neto lo dispuesto en la Resolución 514 antes citada, tal como lo apuntaría luego al resolver la Secretaría de Energía de la Nación.

Precisamente, mediante la Resolución 1461/06 de fecha 24 de Octubre de 2006, dicho órgano, al resolver recursos de alzada interpuestos por la Provincia de Río Negro y EdERSA, contra sendas resoluciones del ENRE, decidió revocarlas, entendiendo que por las razones expuestas las partes involucradas en el CAEE, en conjunto con las autoridades provinciales, de común acuerdo y en base a la teoría del esfuerzo compartido, debían arribar a una fórmula que satisfaga todos los intereses involucrados en el conflicto.

Para así resolver la Secretaría entendió que conforme la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 9 de septiembre de 2004 era competente el ENRE para entender en esos actuados, que el punto central a dilucidar pasa por “determinar si la

Resolución ENRE N°514 de fecha 11 de agosto de 2005, que dispuso no hacer lugar a la acción de readecuación contractual interpuesta por EdERSA, frente al dictado de la Resolución EPRE N°42 de fecha 7 de febrero de 2002, resulta razonable y ajustada a derecho, teniendo en cuenta que uno de los pilares de sustentación de la misma estribó en considerar que la resolución mencionada no provoca un impedimento para que las partes puedan cumplir con el contrato, aún cuando pueda generar un quebranto económico para el Distribuidor”.

Así presentada la cuestión y tras transcribir la ya citada cláusula 16.04 del CAEE, la Secretaría consideró que erraba en su decisión el ENRE al considerar que la mencionada Resolución provincial no constituía una norma innovadora respecto del plexo normativo provincial que regía al momento de formalizarse el CAEE, considerando por ello que la medida (del ENRE): “...adolece de ilegitimidad y arbitrariedad manifiesta, toda vez que los principales fundamentos que dan sustento a la misma reposan sobre una estructura argumental que resulta contraria a la letra y al espíritu del contrato suscripto, a lo dispuesto en los arts.1197 y 1198 del Código Civil, a las propias normas y acuerdos previos a la privatización de EdERSA que dieron nacimiento al CAEE – incluyendo el Decreto Provincial N° 870/96 – y además porque de aplicarse el criterio sostenido por el Ente Federal de control se consumaría una inequidad grave que la SECRETARÍA DE ENERGÍA no puede consentir.” (ver fs.533). Vale reiterar aquí que son estas mismas razones las que dan mérito de fondo a las decisiones judiciales antes apuntadas e impiden, consecuentemente, calificarlas como erróneas, más allá de cuál sea la resolución final del conflicto entre las partes afectadas que, a mi entender, tal como señala la resolución de la Secretaría, son tres y no dos.

En efecto, como puede observarse, en la Resolución citada, la SEN, tras concluir que la Resolución EPRE N°42, al fijar el cuadro de abastecimiento para el período 1/11/2001 al 31/10/2006 impidió a EdERSA trasladar a la tarifa de los usuarios los costos de abastecimiento que superaran el precio estacional del MEM , impidió con ello también trasladar los costos derivados del contrato con TPC (contrato que, recuerdo, le había sido transferido en 1996 al privatizarse el servicio público de distribución de energía), lo que comportaba un alteración grave, por lo que resultaba imposible aplicar el principio del art.1197 del CC, sin consumir una arbitrariedad.

Agrega que ello se deriva del hecho que, de aplicarse tal principio, EdERSA tendría que absorber el costo diferencial entre el precio MEM y el precio del CAEE durante 14 años, y así seguramente EdERSA no podría honrar su contrato con la Provincia, desde

que la tarifa vigente no le permitía hacer frente a las obligaciones nacidas del contrato; que resulta un “principio fundamental del marco regulatorio de la actividad, que el precio de la energía no puede causar ni ganancias ni pérdidas por (rectius: para) el Distribuidor”. (ver fs.535).

Que frente a esta Resolución del EPRE, la Distribuidora inició en fecha 18 de Septiembre de 2002 una acción de readecuación contractual que el propio CAEE habilitaba a activar frente al dictado de normas regulatorias que impidieran el cumplimiento del contrato (cfe. CAEE cláusula 16.04). Agregaba que tal cambio regulatorio fue admitido por el propio EPRE (Resolución 178/02) y por la Provincia de Río Negro en la Res.967 de fecha 13/08/2003 y en el recurso de alzada contra la decisión N°514 del ENRE, destacando que la situación generada amerita la aplicación de tal disposición del CAEE y obliga a las partes a readecuar sus términos.

Es más, afirma, la propia Provincia instó formalmente a TPC y a EdERSA a renegociar el contrato en base a la cláusula 16.04 del mismo. Lo dice con claridad la referida resolución en el párrafo siguiente: “...la resolución recurrida conduce (la ENRE 514/05), como se dijo, a un resultado disvalioso e inequitativo, ya que el impacto económico que provocaría seguir honrando el CAEE, concebido y frustrado por la propia Provincia, a través de su Ente Regulador, obligaría a EdERSA a absorber quebrantos irrecuperables que podrían colocarla en situación de insolvencia, ya que al tratarse de una sociedad cuyos ingresos son determinados por el regulador, no tendría como hacer frente a sus obligaciones”. (ver fs.537)

Más aún, la SEN valora, en la mencionada resolución, que TPC ingresó en los primeros cinco años del contrato una suma superior en 24 millones de dólares estadounidenses, a aquella que le hubiera correspondido si hubiese facturado conforme el precio estacional del MEM y no el del CAEE (como rezaba el contrato original) y que, proyectada esa diferencia al período 2001/2005, alcanzaría los 46 millones de dólares.

Por todo ello, en base al contrato y los principios y garantías constitucionales, conforme precedentes de la CSJN que cita (entre otros 302:1284; 255:360; 258:75; 281:146; 249:37; 234:482), entendió que los fundamentos del ENRE al desestimar la acción de revisión del contrato, solicitada en base a la cláusula 16.04 del mismo, “resultan arbitrarios y no tienen sustento lógico y jurídico...Que ante esta realidad insoslayable que anida en el origen del conflicto objeto de consideración, teniendo en cuenta que las normas deben interpretarse evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las

concilie y deje a todas con valor y efecto (Conf. CSJN Fallos 319:195; 311:193 y 312:111) corresponde revocar la resolución impugnada”. (ver fs.539/540).

Por ello entendió que se imponía la readecuación del CAEE y que, frente a esa controversia contractual, la Provincia debió haber mediado pues, entiende, tal era su deber. Por ello decide que, en las referidas circunstancias (en obvia alusión espacio temporal que debía mediar entre ese momento y la readecuación del contrato) “la aplicación del CAEE y el correspondiente traslado a tarifas como corresponde, conforme a las cláusulas establecidas en el contrato de concesión mediante el mecanismo de “pass through” deberán ser adecuadas por el ENRE, considerando el precio de la energía que abonan los operadores de distribución que desarrollan actividades en el mercado nacional” (ver fs.546).

Hago notar que en ambas ocasiones (si bien el ENRE en su decisorio manda finalmente cumplir literalmente el CAEE) los órganos nacionales resolvieron provisoriamente imponer el precio MEM como límite y mandar a las partes a un proceso de negociación para readecuar el contrato, dada la modificación sobreviniente de las condiciones bajo las cuales se había pactado. Es decir: adoptaron las mismas decisiones transitorias que las medidas cautelares imponían, lo que refleja su acierto.

Está claro que la crisis económica que se instauró en nuestro país en 2001, derivó en la inequidad de prestaciones entre las contratantes. También que TPC inicia la presente demanda por daños y perjuicios, imputando el desequilibrio del contrato a las decisiones judiciales, cuando es claro que el mismo no deriva de ellas, sino del quiebre de la situación económica general y, en particular, del mismo dictado de la Resolución N°42/02 cuya legitimidad no ha atacado.

Tampoco ha perseguido TPC la responsabilidad de EdERSA por la solicitud de las medidas cautelares, cuyas derivaciones supuestamente dañosas persigue. Al respecto, afirma Diez-Picazo, que en la doctrina española, se ha establecido que: “... la acción de responsabilidad civil se configura hasta cierto punto como subsidiaria, es decir, solamente puede ser ejercitada cuando los métodos normales hallan fallado o no existan” (aut. Cit. en Mosste Iturraspe, Ob. Cit. pág. 168).

Es decir mal puede perseguir la actora la responsabilidad provincial sin haber demandado a la propia peticionante de las medidas que determinaron, según su propia expresión, los daños que dice haber sufrido.

Es que, en suma, estaría demandando no ya por actividad ilícita, sino lícita, y al respecto nuestro STJ ha entendido, que:“...Tampoco podría responsabilizarse al Estado por su

actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento. La doctrina y la jurisprudencia, ante la ausencia de expresas disposiciones legales, han modelado la responsabilidad del Estado por actos lícitos como un modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica. Es que, como esta Corte ha sostenido, cuando esa actividad lícita, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa eficiente de un perjuicio para los particulares – cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general - esos daños deben ser atendidos (Fallos: 301: 403; 305: 321; 312: 1656). De tal manera, a la vez que se asegura a las ramas legislativa y ejecutiva la gerencia discrecional del bien común, se tutelan adecuadamente los derechos de quienes sufren algún perjuicio con motivo de medidas políticas, económicas o de otro tipo, ordenadas, para cumplir objetivos gubernamentales que integran su zona de reserva (Fallos: 301:403). En cambio, como es notorio, dichos fundamentos no se observan en el caso de las sentencias y demás actos judiciales, que no pueden generar responsabilidad de tal índole, ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios, sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia” (cita de precedente de la CSJN de autos Causa “BALDA”, M. A. c/ Buenos Aires Provincia s/Daños y perjuicios”, B.2.XXIII, originario, en STJRN. Se. N° 136/05, in re: “Z., H. J. y Otro c/PROVINCIA DE RIO NEGRO s/ SUMARIO (DAÑOS Y PERJUICIOS) s/ CASACION”, citado por STJ en EXPTE. N° 24292/10-STJ-, Sent. N° 26, 14/04/10, en autos “PEREZ, Mario c/PROVINCIA DE RIO NEGRO s/SUMARIO s/CASACIÓN).

Y reitero, de los decisorios del STJ, no resulta la declaración de existencia de error. En el primer caso porque lisa y llanamente se declaró abstracta la cuestión y en el segundo porque, si se analiza cada uno de los tres votos se advierte que los Ministros han concluido revocando la medida cautelar, en fallo dividido (lo que prueba la opinabilidad del caso y la inexistencia de error), debiendo recalcar que el voto en minoría se expresaba por el sostenimiento de la misma, bien que ordenando constituir la contracautela (lo que asoma como lo más atinado, dado que el fondo de la cuestión, en cuanto a la procedibilidad de la medida cautelar, es decir la existencia del *bonus fumus iuris*, no era puesta en tela de juicio por los primeros dos ministros).

Recordemos, la medida decretada por la Cámara de Apelaciones de General Roca fue declarada abstracta, y la decretada por ésta Cámara, en su composición titular, fue revocada, sin haberse declarado, en ninguna de las dos oportunidades, la existencia de error judicial y dicho error es entendido por la doctrina como: “todo acto judicial ejecutado por el juez en el proceso, que resulta objetivamente contradictorio con los hechos de la causa o con el derecho y la equidad, desviando la solución del resultado justo al que naturalmente debió llegar. Es un verdadero acto ilícito contrario a la ley, sea por acción u omisión en el curso del proceso sometido a su jurisdicción” (Bustamante Alsina Jorge, “Responsabilidad del Estado por ‘Error Judicial’”. Publicado en LL 1996-B-311, p. 314).

Por ello es que concluyo que no hubo error, que la falta de contracautela que fue eximida fundadamente por el Tribunal, no implica la ausencia de las razones de fondo, y es por ello que la medida debió sostenerse, tal como lo proponía el voto de la minoría. En efecto, el Dr. Balladini, consideró que el peligro en la demora estaba acreditado, expresando que: “se desprende de las apreciaciones formuladas por el Tribunal de origen, en cuanto considera de que de no mediar una actitud seria, responsable e inmediata de los contendientes, procurando dirimir su conflicto, vería peligrar la continuidad, calidad y seguridad del servicio de energía eléctrica, en atención al desfase financiero que generaría en la distribuidora el soportar el aumento del precio de la provisión de energía, sin poder trasladarlo al consumidor tal como lo ha dispuesto la Resolución del Ente Regulador (EPRE)” (Fs. 246); y culminaba agregando que consideraba que en el caso se debía “...fijar una caución real que el peticionario tendrá que prestar dentro del plazo que se le fije bajo apercibimiento de ordenar su levantamiento...” (fs. 250).

En esa misma dirección se han expresado la jurisprudencia y doctrina nacional, al decir que: “La omisión de fijar contracautela –aclarando que en los cuestionados actuados no ha sido omitida, sino eximida de conformidad con el Art. 200, 2ª parte, CPCyC- no justifica la revocatoria de la medida cautelar dispuesta, sino tan sólo el establecimiento de aquella” (CNCiv., Sala D, 26-2-85) y, en el mismo sentido, que: “La contracautela o caución, en realidad, no es un presupuesto de admisión, sino de procedencia formal, al constituir reaseguro del sujeto pasivo de la medida cautelar. Por ella se obtiene la relativa seguridad respecto a los daños hipotéticos que podrían surgir si la precautoria que se ordene fuere sin derecho o abusiva” (cfr. Osvaldo Gozaíni “Tratado de derecho procesal civil”, T I, p. 648). Ello así porque se trata de una condición previa a la

ejecución de la medida, no así de su admisibilidad y procedencia: “En consecuencia, la falta de presentación de caución o, en su caso, la insuficiencia de la misma, no constituyen circunstancias decisivas que determinen, necesariamente, la revocabilidad de la medida decretada, tan sólo se podrá postergar hasta que se afiance o garantice la responsabilidad por la ejecución” (cfr. Gozaíni, ob. Cit. p. 648). Incluso, en conformidad con ello, el art. 201 de nuestro Código de rito establece la posibilidad de que, en cualquier estado del proceso, la parte contraria, es decir, sobre quien recae la medida, puede pedir que se mejore la caución, probando sumariamente que la dispuesta es insuficiente. Asimismo, y de conformidad con el art. 203 CPCyC, las medidas cautelares son modificables, tanto a petición del deudor, como del acreedor.

Es, por ende, la Distribuidora que ha solicitado las medidas cautelares, cuyo efecto el estado Provincial ha avalado y sostenido incluso en la contestación de la demanda en los presentes actuados, quien debe soportar, eventualmente, sus consecuencias. En efecto, tal como sostiene Hitters, en sede civil la responsabilidad recae sobre quién pide la medida: “Desde ya que la responsabilidad del Estado en el fuero civil –como ya anticipamos- es mucho más atenuada, pues son las partes quienes tienen la obligación de instar el proceso y quienes aportan el material probatorio al juez, sin perjuicio de su carácter de “director” del proceso (arts. 34 y 36 CPCCN). Y además si es una de ellas quien se beneficia con la sentencia, será ese mismo sujeto quien deberá cargar con las consecuencias de la revisión de la misma...” (“Responsabilidad del Estado por Error Judicial” de Juan Manuel Hitters, publicado en La LEY 2003-F, 1070 Responsabilidad Civil – Doctrinas Esenciales – Tomo IV, 1337).

Por lo mismo es que el Código de Procedimientos en lo Civil, Comercial y de Minería, establece que para el caso que, por cualquier motivo, se demuestre que el requirente abusó o se excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, tiene habilitada la vía para el reclamo de la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados (cfr. Art. 208 CPCyC), lo que resulta congruente con el principio dispositivo que rige en materia Civil, que adjudica la responsabilidad por los daños provocados por una medida cautelar a su peticionante.

Aún más: tratadistas de primera línea que han extendido hasta límites no compartidos por el resto de la doctrina la responsabilidad del Estado, y que han propiciado la responsabilidad objetiva del Estado por error judicial, como Tawil, han dicho con toda claridad (y nótese que el ejemplo proviene de un caso penal, donde la responsabilidad ha tendido a ser más admitida que en campo civil), que: “Coincidimos por ello en la

afirmación vertida recientemente por el más alto Tribunal argentino en el caso «Cejas», al señalar que la sola circunstancia de haber sido absuelto en una causa no basta para responsabilizar al Estado por los daños sufridos por un procesado durante el término de detención. El error judicial capaz de acarrear la responsabilidad del Estado se producirá, por el contrario, cuando «del contexto de la sentencia, de la realidad de los hechos y sus circunstancias y de la apreciación de la prueba, y, por otra, de la confrontación entre la solución dada y la que jurídicamente convenía al caso, resulte manifiesta la materialidad de la equivocación».

Por lo que, además, debemos señalar que en materia civil, como dice Marienhoff (Tratado de Derecho Administrativo, T.IV,pag.762): “la eventual responsabilidad del Estado en el fuero civil o comercial aparece muy atenuada, pues en él el Estado actúa como tercero que dirime una contienda patrimonial entre partes, siendo éstas quienes llevan el control del proceso a través del ejercicio de sus respectivas acciones y excepciones; en cambio, en el fuero penal el control del proceso está a cargo del Estado y no del imputado: de ahí que la responsabilidad estatal tenga mayor asidero respecto a la actuación del mismo en el ámbito penal”. En efecto, en el primer tipo de proceso, la demanda y su contestación, y todas sus incidencias, son pedidos de particulares y a menos que se verifique dolo del magistrado, un error grave (que no es, en modo alguno, el caso de autos), quien debe responder por las consecuencias de solicitudes inapropiadas, es la parte que la haya solicitado.

En suma, si las medidas solicitadas por EdERSA le causaron a Turbine Power SA un perjuicio, éste debe ser reparado por aquella, lo que podrá darse en el marco del proceso de readecuación del contrato que se sigue en el orden federal.

En efecto, según se desprende de la decisión de la Secretaría de Energía de la Nación, por aplicación de la cláusula 16:04 del contrato y del art.1198 del CC, el contrato debe ser renegociado conforme el criterio denominado de “esfuerzo compartido” que sentara la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a partir de la crisis de 2001/2002 en numerosos fallos.

Y en mi parecer así debe ser y esto no puede ser resuelto en los presentes actuados como pretende la actora. En este expediente no se ha discutido, pues no ha sido objeto de la demanda, cuál debiera ser el precio de venta de energía de la Generadora a la Distribuidora, pero, resulta lógico señalar, que el mismo oscilaría en una diferencia que iría del 0% (es decir el precio MEM) al 100% (el precio CAEE) y que, en cualquier caso que la diferencia fuese superior a 0%, sería seguramente necesaria la conformidad

de la Provincia para lograr un acuerdo que admita el pasaje de un cierta porción de la diferencia a la tarifa, único modo en que, según la propia evaluación de la Secretaría de Energía de la Nación, no se produciría el quebranto de Distribuidora y la razón por la que le exige al estado provincial su intervención.

Nótese, adicionalmente, lo siguiente: si a TPC se le reconociese en los autos oportunamente enviados al órgano federal, que tuviese derecho a un mayor pago por la energía que efectivamente haya proveído a EdERSA, ello, con todas sus consecuencias – incluidas las derivadas de las medidas cautelares solicitadas – debiera ser oblado por la misma Distribuidora, sin perjuicio del también eventual derecho de ésta de solicitar al Gobierno Provincial un ajuste de la tarifa para responder al mayor costo que así resultase (parámetros que no pueden discutirse en el marco de esta litis).

Más aún, según surge de estos actuados, las medidas judiciales de los órganos provinciales dejaron de tener efecto hace ya casi ocho años, sin que – sin embargo (al menos las partes no lo han denunciado – la situación legal se haya modificado, y ello pese a que la Resolución 1461 de la SEN, como ya lo expresé, indica como necesaria la revisión del contrato y lo comunica a las tres partes (Generadora, Distribuidora y Provincia), mientras que impone al ENRE adecuar el precio del contrato teniendo en cuenta “el precio de la energía que abonan los operadores de distribución que desarrollan actividades en el mercado nacional” (fs.546).

En suma: la responsabilidad del Estado por daños ocasionados en su función jurisdiccional es de carácter excepcional. La razón de dicha excepcionalidad radica, conforme lo sostenido por la doctrina administrativista mayoritaria y por la jurisprudencia, en especial de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en que la paz social y la vida comunitaria exigen de los individuos el sacrificio de soportar la acción del Estado cuando éste actúa en el ámbito de sus funciones jurisdiccionales. Es que, en toda comunidad jurídicamente organizada todos sus componentes tienen el deber o carga genérica de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable.

Este deber se concreta, muchas veces, en el sacrificio que tiene que aceptar todo particular -sin indemnización- de soportar los daños que le provoca el sometimiento al proceso, hasta tanto obtenga una sentencia que haga lugar a su pretensión; ello constituye un principio general del derecho cuyo fundamento reposa en la justicia legal o general que es la especie de la justicia que establece los deberes de las partes con el

todo social, y su límite está dado por la significación del daño, la cual debe exceder la normal tolerancia de lo que para el ciudadano común impone la vida en la sociedad.

En esta inteligencia se sostiene que lo que diferencia a la responsabilidad por actividad jurisdiccional, de la que puede surgir por actividad administrativa o normativa (que aquí también se demanda como veremos más abajo), es que en la primera existe el deber general de soportar el daño como consecuencia de la necesidad de someterse al proceso jurisdiccional por parte de los particulares, como modo de dirimir sus conflictos.

Este sometimiento exige, en principio, soportar todas las consecuencias perjudiciales que ese proceso provoque en sus derechos de propiedad y libertad; mas el carácter excepcional de esta responsabilidad no implica sostener la irresponsabilidad estatal, puesto que sí aparece en cabeza de la comunidad el deber de reparar los daños ocasionados cuando la actividad desplegada sea ilegítima a fin de establecer la igualdad a través de la restitución.

La principal consecuencia, pues, de la excepcionalidad de dicha responsabilidad se concreta en la imposibilidad de que la misma se origine en su actividad legítima o lícita (Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", 5°. Ed. actualizada, Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, T. I, págs. 212 y s.s.).

La posición fijada por la jurisprudencia de la mayoría de nuestros tribunales y de la Corte nacional, en particular, ha sido la tesis denegatoria de la posibilidad de que exista responsabilidad del Estado por actividad judicial lícita. Ha dicho el Alto Tribunal que si no ha mediado una prestación irregular o anormal del servicio, los daños que pudieran sufrir los particulares no pueden merecer indemnización de ninguna especie, pues "son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia" (Fallos: 318:1990; 321:1717).

Por todo ello, entiendo que debe rechazarse la demanda en cuanto pretende responsabilidad del estado fundada en "error judicial".

Ahora bien, la actora también pretende que se condene al Estado Provincial por lo que entiende las defectuosas intervenciones en el conflicto por parte del Poder Ejecutivo provincial y del EPRE, aspecto que aparece propuesto endeblemente en la demanda, por cuanto respecto de cuáles serían los motivos por los que el Estado debiera responder producto de la "inacción" del Poder Ejecutivo – incluyendo al EPRE – frente a la crisis del contrato entre la Distribuidora y la Generadora (aquí actora), nada concreto aduce la actora en la demanda como para tratar de entender en qué se basa para endilgar responsabilidad, aunque algo pueda colegirse de las afirmaciones de la Secretaría de

Energía de la Nación (sobre las que volveré más tarde).

La actora afirma, por ejemplo, que los distintos estamentos del Gobierno Provincial, nada hicieron para revertir la crítica e injusta situación en que fue colocada TPC y que ello se debió a la conducta de distintos poderes u órganos del Estado Provincial, quienes soslayaron el deber de respetar un acuerdo de partes celebrado en el marco del derecho privado y que los poderes políticos locales debían buscar una solución reparadora a la grave crisis derivada, cuando sus funcionarios son los encargados de arbitrar los mecanismos conducentes a tal efecto.

Hallo oportuno señalar que la finalidad de la demanda, es exponer la pretensión que funda el objeto del proceso. Que, como principio, el demandante se encuentra en libertad para proponer sus pretensiones en justicia, y los jueces podrán decidir sobre su estimación o rechazo en su debida oportunidad. Las razones que invoque y el orden y suficiencia de los planteamientos, serán elementos determinantes para los sentenciantes recién al momento de resolver. El juez no podrá introducir objetos o reclamos, o suponer hechos, que la actora no ha propuesto en su escrito inicial que contornea el marco de la litis: “El objeto planteado requiere suficiente claridad y precisión para evitar posteriores confusiones y un ejercicio adecuado del derecho de defensa. Por eso, en el momento de indicarle al juez cuáles son las cosas que se piden, deben enumerarse una a una sin poder involucrarlas en el etcétera, por el alcance incompatible que tiene respecto a la claridad y precisión exigida” (Osvaldo A. Gozaíni, “Tratado de Derecho Procesal Civil”, Tomo II, pag. 718; Cám. AP. IVa. Circ. Jud. en autos “Tapia Epullán c/Municipalidad de Cipolletti y Otros s/Daños y Perjuicios”, de fecha 04/07/11).

Pero la actora, al aducir el daño que considera ocasionado por la actividad “omisiva” del Estado Provincial, se limita a sostener que los órganos provinciales competentes (en principio el propio Poder Ejecutivo y el EPRE) debieron arbitrar los mecanismos conducentes para la reparación por el “sacrificio especial” que se le impuso a su representada y estima ese sacrificio en la totalidad de la presunta diferencia entre el precio del CAEE y el precio MEM, impuesto como limitación transitoria tanto por las Cámaras de Apelación primero como por los órganos nacionales después.

En ese marco también, ensaya un reclamo por lo que considera una suerte de expropiación de sus derechos.

Afirma que el daño se deriva de la “falta de servicio” en la que habría incurrido el Estado Provincial, por el incumplimiento del deber concreto en brindar algún tipo de solución a la afectación flagrante que se ha producido en el valor retributivo justo y

razonable que su representada tenía derecho a percibir en base a su producción y al capital que invirtiera para ello, no pudiendo cubrir los costos de explotación por el suministro que presta, ni asegurar el mantenimiento de su integridad.

La doctrina coincide en que la idea de falta de servicio es objetiva, se independiza de la culpa y permite responsabilizar al Estado aún cuando no se individualice al autor del daño. Se trata de una responsabilidad objetiva y directa, porque los funcionarios actuando en el ejercicio de sus funciones son órganos del Estado y, por lo tanto, lo que ellos hacen lo hace el Estado mismo (Barraza, Javier, "Responsabilidad Extracontractual del Estado", L.L., Bs. As., 2003, pág. 80; Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo", T. I, sepma. Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1996, pág. 500; Vázquez, Adolfo R., "Responsabilidad aquiliana del Estado y sus funcionarios", 2da. Ed., L.L., Bs. As. 2001, pág. 154; Mertehikian, Eduardo, "La responsabilidad del Estado por la irregular actuación del síndico en el concurso en un fallo de la Corte Suprema", L.L., 2004 - E, pág. 667).

Se trata de aquellas deficiencias que, comprobadas en un servicio, no pueden separarse de éste, se entienden constitutivas de una falta de servicio y hacen surgir la obligación indemnizatoria a cargo del Estado responsable del servicio de que se trate.

Este factor de atribución objetivo no precisa indagar acerca de la culpa o negligencia del agente público para su configuración, basta la verificación del cumplimiento irregular de las misiones que el ordenamiento jurídico le impone a la actividad, o un cumplimiento defectuoso, o un incumplimiento; constituye, pues, un funcionamiento defectuoso del servicio apreciado el carácter correcto o defectuoso de aquél pura y simplemente en relación con lo que debe ser el funcionamiento del servicio en aplicación de las leyes y reglamentos que lo definen, es decir, contrario al derecho objetivo.

Señalaba Jorge L. Salomoni que: "...la jurisprudencia tradicional en nuestro país, a través de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, exigió los requisitos de procedencia de la responsabilidad extracontractual del Estado, en los siguientes términos: I) daño o perjuicio: lesión a intereses jurídicos patrimoniales o espirituales. El daño debe ser cierto, evaluable en dinero, subsistente; II) relación de causalidad directa e inmediata entre el accionar estatal y el perjuicio; III) posibilidad de imputar jurídicamente los daños a la persona jurídica estatal a la cual pertenece el órgano que los ocasionó. Agente, concesionario o delegado; IV) a través del caso *"Columbia"* agregó la necesaria verificación de la existencia de un daño especial en el afectado; y V) la

ausencia de un deber jurídico a su cargo de soportar el daño. Para el caso de la existencia de una falta de servicio por funcionamiento defectuoso o incorrecto de la Administración por omisión deben reunirse, a su vez, tres condiciones: a) la existencia de un deber normativamente impuesto de obrar; b) el incumplimiento de la actividad debida por la autoridad administrativa y c) que la actividad que la Administración omitió desarrollar, era materialmente posible" ("La Responsabilidad del Estado por omisión en la República Argentina", pub. en JA., 2005-IV-1358).

De todo ello se desprende, además, que para determinar la procedencia de la responsabilidad estatal por omisión, es necesario observar si se encuentra la configuración, o no, de una omisión antijurídica, que se da cuando es razonable esperar que el Estado actúe efectivamente en determinado sentido para evitar los daños en la persona o en los bienes de los particulares. La configuración de dicha omisión antijurídica requiere que el mismo Estado, o sus entidades, incumplan una obligación legal expresa o implícita, pudiendo hacerlo efectivamente.

En tal sentido, ha expresado la Corte Suprema que: "Cabe señalar que en estos casos -de conducta antijurídica por omisión- sólo le puede haber responsabilidad al Estado Nacional si incumplió el deber legal que le imponía obstar el evento lesivo, máxime cuando una conclusión contraria llevaría al extremo -por cierto absurdo- de convertir al Estado en un ente asegurador de todo hecho dañoso que se cometiera" (Fallos: 329:3966, disidencia parcial de las doctoras Elena I. Highton de Nolasco y Carmen M. Argibay)".(cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación; 20/10/2009; "Parisi de Frezzini, Francisca c. Laboratorios Huilén y otros"; Publ. en: LA LEY 18/11/2009, 18/11/2009, 11 - LA LEY 16/12/2009 , 8, con nota de Fabio Fidel Cantafio; LA LEY 2010-A , 101, con nota de Fabio Fidel Cantafio; DJ 23/12/2009, 3638 - Sup. Adm. 2010 (febrero), 52 - LA LEY 2010-A, 345 - RCyS 2010-VI , 139, con nota de Juan Manuel Prevot; Cita Fallos Corte: 332:2328; Cita Online: AR/JUR/39781/2009).

Con ello quiero decir que la responsabilidad por omisión procede cuando, además de la concurrencia de los presupuestos básicos para la atribución de la misma, se configura de manera específica una omisión antijurídica, omisión que se verifica cuando el Estado incumple una obligación jurídica expresa o implícita de actuar positivamente, que debe estar contenido en una norma. En efecto, el art. 1074 del CC establece que solamente habrá responsabilidad cuando una disposición de la ley imponga la obligación de cumplir el hecho omitido.

Así, la doctrina y jurisprudencia están contestes en que, para reclamar por daños y

perjuicios, en primer lugar debe probarse la existencia de un daño y en segundo éste debe correlacionarse con un obrar ilícito o antijurídico, reprochable, de una persona física o jurídica.

Ahora bien, según se desprende del análisis de la Secretaría de Energía de la Nación, resulta claro que han sido las partes en su conjunto, incluida la actora y la misma Provincia (y la Distribuidora que aquí no ha sido citada), las que no han alcanzado la resolución a un conflicto que devino claramente impuesto por las circunstancias generales de la economía.

En este sentido, la misma actora resulta también ser responsable de aquello que acusa al Estado, de la falta de aptitud para encontrar, en base al principio de “sacrificio compartido” la readecuación de los términos del contrato, de conformidad a las cláusulas vigentes del mismo (en particular la 16:04).

Puede verse, entonces, que el razonamiento de la actora es claramente incorrecto. En primer lugar porque, desconoce en forma práctica una cláusula cuya aplicación resulta inobvia y que no puede ser vista sino como una prolongación del principio general de los contratos *pacta sunt servanda rebus sic stantibus*, que no significa otra cosa que el que los contratos deben cumplirse como han sido pactados siempre que se mantengan genéricamente las condiciones bajo las cuales se han celebrado.

*Rebus sic stantibus* es una expresión latina, que puede traducirse como "estando así las cosas", que hace referencia a un principio de Derecho, en virtud del cual, se entiende que las estipulaciones establecidas en los contratos lo son habida cuenta de las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, esto es, que cualquier alteración sustancial de las mismas puede dar lugar a la modificación de aquellas estipulaciones.

Esta frase suele utilizarse como complementaria del brocardo latino *pacta sunt servanda* (los pactos deben cumplirse) en la forma *pacta sunt servanda rebus sic stantibus* que significa los pactos deben cumplirse, mientras las cosas sigan así lo que habla de la obligatoriedad de cumplir los pactos (contratos) mientras las circunstancias existentes al momento de la celebración no varíen.

Así la jurisprudencia ha dicho, reiteradamente: “Cuando las decisiones de la autoridad pública, basadas en una declarada situación de emergencia, han producido una profunda alteración de las reglas de juego, afectando los presupuestos mismos de las relaciones contractuales al alterar el valor de la moneda que, en rigor, debía ser el común denominador de los valores en la relación de intercambio de bienes y servicios, vale

decir, cuando se ha alterado abruptamente lo que debía ser el patrón de medida, parece claro que aplicar mecánicamente el conjunto poco coherente de normas de emergencia, convirtiendo sin más a pesos las sumas establecidas en dólares (u otras monedas extranjeras) a la paridad uno a uno, lesionaría el derecho de propiedad del acreedor, que la CN ampara (arts. 14 y 17). En este supuesto la CN art. 31, concordante con la ley 48 art. 21 y una doctrina que cumple dos siglos, tornan imperativo para los jueces apartar la aplicación de aquellas normas, en la medida que afectan la garantía constitucional: pero solo en esa medida, de modo que si existe margen para una interpretación que concilie ambos textos normativos sin desnaturalizar su sentido último, una prudente regla de hermenéutica aconseja optar por ese camino. De la misma manera, en las circunstancias descritas de un abrupto y significativo cambio de valores, atenerse ad literam a lo establecido al respecto en el título constitutivo de la obligación podría entrañar una notable iniquidad, pues no tratándose de un operador financiero -a cuyo respecto regían reglas específicas como la ley 25466 y el standard del Cod. civil art. 902-, ese temperamento alteraría el valor intrínseco de la prestación a cargo del deudor, con mengua también de un derecho patrimonial suyo. Frente a un fenómeno de esta magnitud que afecta la relación jurídica, es preciso recordar que, junto a la máxima *pacta sunt servanda*, cuando se trata de situaciones que se proyectan en el tiempo, los juristas medievales acuñaron la cláusula *rebus sic stantibus intelliguntur* (deben entenderse permaneciendo así las cosas). Es la idea que subyace en el texto actual del Cod civil art. 1198. La disyuntiva conduce, en definitiva, a adoptar en tales supuestos un criterio intermedio, sustentado en lo que se ha dado en llamar la idea de un esfuerzo compartido, sin perjuicio de otras ponderaciones que puedan realizarse en casos particulares. Por tanto, si se persigue -como en el caso el cobro de una obligación por medio de la vía ejecutiva y, por lo tanto, no resulta posible indagar aspectos causales, corresponde establecer que la suma por la que ha de prosperar la ejecución estará constituida por el importe consignado en el título, a la paridad vigente al momento de su constitución (un dólar igual un peso), con más el 50% de la diferencia existente entre esa paridad y el valor del dólar estadounidense en el mercado libre de cambios al tiempo de practicarse la pertinente liquidación. Sobre esa suma se calcularán intereses desde la fecha de la mora, que se liquidarán a la tasa activa que cobraba el Banco Nación para operaciones de descuento en dólares a treinta días hasta el 6 de enero de 2002; a partir de allí y hasta el efectivo pago a la tasa activa que cobra el Banco Nación para sus operaciones de descuento en pesos a treinta días, sin capitalizar (cfr. Cncom, en pleno,

25.8.03, en "Calle Guevara, Raúl (Fiscal de Cámara) s/ Revisión de Plenario").

Por lo tanto, para que opere la responsabilidad del Estado por omisión, la abstención tiene que ser la causa o concausa determinante del daño; y ello se puede concluir siempre que un juicio de probabilidades nos indique que, al menos, esta abstención influyó como concausa del daño producido, partiendo del supuesto que la acción de quien se abstuvo habría bastado para evitar el daño ocurrente (Conf. H. M. Huici, "La responsabilidad del Estado por omisión", citando a Llambias, La Ley, T. 1993 - D - 829/856); STJRNSC: SE. <45/99> "DE C., I. C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO S/ DAÑOS Y PERJUICIOS S/ CASACION", (08-09-99)

Ahora bien: ¿existe probada en autos una omisión del Estado provincial, tal que podamos achacarle el estado de cosas actual a la misma de modo exclusivo o determinante? Entiendo que no, al pretender responsabilizar al Estado provincial, la actora omite su propia renuencia, atribuyendo exclusivamente tal conducta al propio Estado Provincial, desentendiéndose de su responsabilidad en la necesaria renegociación de un contrato de las características del que da origen a esta controversia, lo que se manifiesta, por ejemplo, en su reticencia a cumplir la Resolución de la Secretaría de Energía y perseguir el cumplimiento "según la letra" del CAEE.

Por ello es que tampoco por este aspecto, su demanda puede progresar, su planteo se basa en el respeto literal del contrato, lo que ha sido rechazado explícitamente, en valoración que, por las razones de grave alteración de los términos del contrato, comparto con el decisorio de la Secretaría de Energía de la Nación.

Tampoco podría, en la especie, otorgarse una indemnización parcial, ello depende del mérito que se haga de la necesidad de revisión del contrato y sus parámetros, que no es materia que haya sido ingresada en la traba de esta litis.

Concluyendo, considero que la pretensión de la demanda no puede progresar, ni por el aludido "error judicial", ni por la omisión de un deber de actuar por parte del Poder Ejecutivo Provincial, ni tampoco pueden considerarse reunidos los extremos para el progreso de una acción de indemnización por expropiación.

Costas a la demandada vencida, cfe. art.68 CPCyC.

Propongo regular los honorarios, dada la intensidad y calidad de los trabajos realizados por los letrados de las partes intervinientes, considerar, al fijar los estipendios, la real envergadura pecuniaria de los derechos juzgados, habida cuenta que el monto del juicio delimita prima facie el continente patrimonial de dichas retribuciones, constituyendo, una forma adecuada de respetar el principio de justicia conmutativa y del derecho de

propiedad garantizado por el artículo 17 de la Constitución Nacional; pero teniendo también en cuenta las reglas fijadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en orden a la razonabilidad de las regulaciones cuando estas involucren valores de base del altísimo nivel como los que aquí han estado en juego. Así ha dicho la CSJN que al establecer “los honorarios profesionales mediante la aplicación automática de los porcentuales fijados en la ley arancelaria, aún del mínimo establecido, puede dar por resultado sumas exorbitantes y desproporcionadas en relación con las constancias de la causa, no compatibles con los fines perseguidos por el legislador al sancionar la ley arancelaria ni con los intereses involucrados en el caso.” (S. 369. XXXV; Sain, Juan Carlos c/Tanque Argentino Mediano S.E. (e.l.) y otro s/cobro de pesos. 20/03/2007; T. 330, P. 950)

No escapa a mi criterio, que, conforme se apunta en los considerandos, resta que las partes resuelvan la cuestión de fondo que los confronta en otra sede.

Por ello, propongo regular los honorarios de los letrados intervinientes, como sigue, a los letrados de la actora, Dres. Felipe Anzoátegui y Luis Courtaux, en su carácter de patrocinantes, en la suma de pesos Dos millones cuatrocientos ochenta y cinco mil pesos cuatrocientos sesenta (\$ 2.485.460), a cada uno, (monto base: \$ 149.127.590/3 x 10% /2) y los del Dr. Enrique José Mansilla, en su calidad de apoderado de la misma en la suma de pesos Novecientos noventa y cuatro mil ciento ochenta y cuatro (\$ 994.184,00) (40% del patrocinio) y los de los letrados de la demandada, Cosme Andrés Nacci, Francisco Fabio Nacci y Joaquín P. Pandolfi, en su carácter de patrocinantes de la misma, en la suma de pesos Dos millones trescientos diecinueve mil setecientos sesenta y dos (\$ 2.319.762) a cada uno (ídem anterior x 14% /3) y al Dr. Alberto Domingo Carosio y a la Dra. Liliana Stafforini, en su carácter de apoderados de la demandada, valorando los trabajos que respectivamente efectuaron en autos, en la suma de pesos Dos millones ochenta y siete mil setecientos ochenta seis (\$ 2.087.786) (40% x 75%), al primero y de pesos Seiscientos noventa y cinco mil novecientos veintiocho (\$ 695.928) a la segunda, en función de sus respectivas actuaciones en estos obrados (40% del patrocinio), cfe. arts.6, 7, 9 cc. Ley 2212.

Al Contador Roque Ramón Martínez, contador designado en autos, por la pericia realizada en autos (fs.500/524, ampliación respuesta a impugnación a fs.582/586), siguiendo el mismo criterio anterior, en la suma de pesos Un millón seiscientos mil ( \$ 1.600.000), haciendo saber que la parte condenada en costas deberá además oblar el 5% a favor del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, según lo dispone el Decreto

Ley 199/66.

Los Dres. Raúl Fernando Santos y César Gutiérrez Elcaras, adhieren al voto precedente, por las mismas razones fácticas y jurídicas expuestas por la Jueza de primer voto.

Por ello el Tribunal RESUELVE:

I - Rechazar íntegramente la demanda instaurada por TPC SA contra la Provincia de Río Negro.

II - Costas a la actora perdidosa, cfe. art.68 CPCyC.

III- Regular los honorarios de los letrados intervinientes, como sigue, a los letrados de la actora, Dres. Felipe Anzoátegui y Luis Courtaux, en su carácter de patrocinantes, en la suma de pesos Dos millones cuatrocientos ochenta y cinco mil pesos cuatrocientos sesenta (\$ 2.485.460), a cada uno, (monto base: \$ 149.127.590/3 x 10% /2) y los del Dr. Enrique José Mansilla, en su calidad de apoderado de la misma en la suma de pesos Novecientos noventa y cuatro mil ciento ochenta y cuatro (\$ 994.184,00) (40% del patrocinio) y los de los letrados de la demandada, Cosme Andrés Nacci, Francisco Fabio Nacci y Joaquín P. Pandolfi, en su carácter de patrocinantes de la misma, en la suma de pesos Dos millones trescientos diecinueve mil setecientos sesenta y dos (\$ 2.319.762) a cada uno (ídem anterior x 14% /3) y al Dr. Alberto Domingo Carosio y a la Dra. Liliana Stafforini, en su carácter da apoderados de la demandada, en valorando los trabajos que respectivamente efectuaron en autos, en la suma de pesos Dos millones ochenta y siete mil setecientos ochenta seis (\$ 2.087.786) (40% x 75%), al primero y de pesos Seiscientos noventa y cinco mil novecientos veintiocho (\$ 695.928) a la segunda, en función de sus respectivas actuaciones en estos obrados (40% del patrocinio), cfe. arts.6, 7, 9, .... Y cc. Ley 2212.

IV- Regular los honorarios del Perito Contador Roque Ramón Martínez, en la suma de pesos Un millón seiscientos mil ( \$ 1.600.000), haciendo saber que la parte condenada en costas deberá además oblar el 5% a favor del Consejo Profesional de Ciencias Económicas, según lo dispone el Decreto Ley 199/66.

V- Regístrese y notifíquese

Con lo que terminó el ACUERDO, firmando los Sres. Jueces, Dres. Aída Dithurbide, Raúl Fernando Santos y César Gutiérrez Elcaras, por ante mí, que certifico.-

Dra. Aida Dithurbide Dr. Raúl F. Santos Dr. César Gutierrez Elcaras  
Juez de Cámara Juez de Cámara Juez de Cámara

Dr. Jorge A. Benatti  
Secretario de Cámara