

## EL RÉGIMEN LEGAL DE LA ENERGÍA ELÉCTRICA EN LA REPÚBLICA ARGENTINA<sup>1</sup>

Fernando BUZZO

SUMARIO: I. *La República Argentina, su régimen político*; II. *Estructura normativa del régimen de la electricidad*; III. *El mercado eléctrico mayorista (MEM)*; IV. *El Organismo Encargado del Despacho (OED)-CAMMESA*; V. *La Secretaría de Energía*; VI. *El Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE)*; VII. *Reglas posteriores a la declaración de emergencia y pesificación.*

### I. LA REPÚBLICA ARGENTINA, SU RÉGIMEN POLÍTICO

Conforme indica la Constitución de la Nación Argentina en su artículo 1o.,<sup>2</sup> se ha adoptado una forma representativa, republicana y federal, es decir, se reconocen dos órbitas de poder: por una parte el central, federal o nacional y, por la otra parte, los locales o provinciales, que implica atribuciones propias y, al mismo tiempo, cooperación compartida entre todos ellos.<sup>3</sup>

Surge en definitiva la existencia de más de un centro territorial con capacidad normativa, en el que se equilibran la unidad de la nación Argentina con la pluralidad y autonomía de las provincias que la componen.

<sup>1</sup> Para mayores precisiones sobre el tema puede consultarse también del autor *Régimen federal de la energía eléctrica*, Buenos Aires, La Ley.

<sup>2</sup> “La Nación Argentina adopta para su gobierno la forma representativa, republicana y federal, según establece la presente Constitución”.

<sup>3</sup> Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina: comentada y concordada*, 2a. ed., Buenos Aires, La Ley, 2003, p. 19.

Existe, entonces, una relación de subordinación de los estados provinciales a la nación (artículos 5o.<sup>4</sup> y 31<sup>5</sup> de la Constitución nacional) y otro de coordinación, que hacen a la distribución de las competencias, exclusivas, delegadas, reservadas o concurrentes.

En definitiva, la Constitución no sólo concede al Congreso Nacional en términos expresos un poder exclusivo, prohibiendo —paralela y contemporáneamente— en forma expresa y explícita a las provincias su ejercicio, sino que, también hay una directa y absoluta incompatibilidad de éstas para ello. Es decir, hay una total y absoluta supremacía de la Constitución nacional y de toda la legislación sustantiva delegada expresamente en el Congreso Federal (artículos 121<sup>6</sup> y 126<sup>7</sup> de la Constitución nacional) por sobre la legislación local.

Esto así por cuanto las provincias han delegado en el poder central, en la nación, atribuciones determinadas, conservando el poder político en y limitado a sus respectivas jurisdicciones.

Con base en ello, tanto la Constitución como las leyes que dicte el Congreso Nacional en su consecuencia, los pactos internos y los tratados internacionales,<sup>8</sup> estarán siempre por encima de los ordenamientos jurídicos provinciales, los que deberán estar subordinados a aquéllos.<sup>9</sup>

4 “Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo estas condiciones el Gobierno federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones”.

5 “Esta Constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son ley suprema de la nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes y Constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto del 11 de noviembre de 1859”.

6 “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al gobierno federal, y el que especialmente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación”.

7 “Las provincias no ejercen el poder delegado a la nación...”.

8 Artículo 75: “Corresponde al Congreso...”, inciso 22: “Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes...”.

9 CSJN en autos “Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) c/ Buenos Aires, Provincia de y otro s/acción declarativa” del 19 de agosto de 1999.

Teniendo en mente este esquema básico, se podrá analizar y entender con mayor claridad al régimen legal de las actividades relacionadas con la energía eléctrica en la República Argentina.

## II. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL RÉGIMEN DE LA ELECTRICIDAD

El marco regulatorio de la actividad eléctrica de naturaleza federal ha sido establecido por disposiciones emanadas del Congreso de la Nación en ejercicio de sus facultades constitucionales relativas tanto al comercio interprovincial, como a los establecimientos de utilidad nacional<sup>10</sup> y al fomento del progreso.

Es así que, en diversos y sucesivos pronunciamientos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación,<sup>11</sup> ha reconocido que tal régimen federal de la energía eléctrica está integrado por las leyes nacionales —o federales, es decir, dictadas por el Congreso Nacional— 15.336 y 24.065, el denominado Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento,<sup>12</sup> y las normas reglamentarias dictadas en su consecuencia por el Poder Ejecutivo Nacional o quien o quienes aquéllas le hayan reconocido expresamente competencia para ello:<sup>13</sup> hasta la actualidad, la Secretaría de Energía de la Nación, en quien se ha delegado la calidad de autoridad de aplicación de ambas leyes y otorgado la facultad de dictar las normas reglamentarias.<sup>14</sup>

<sup>10</sup> Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, 4a. ed., t. I, pp. XV-41; Dromi-Menem, *La Constitución reformada*, p. 276; Ekmekdjian, Miguel, *Tratado de derecho constitucional*, t. 4, p. 496.

<sup>11</sup> Fallos: 307: 613; 320: 1302; 322: 1781; 322: 2624; 322: 2871; etcétera.

<sup>12</sup> En el considerando 4 del fallo citado en nota 9 precedente: “Este pacto, como las demás creaciones legales del federalismo de concertación, configura el derecho intrafederal (fallos: 314: 862) y se incorpora una vez ratificado por la legislatura al derecho público interno de cada estado provincial aunque con la diversa jerarquía que le otorga su condición de ser expresión de la voluntad común de los órganos superiores de nuestra organización constitucional: nación y provincias. Esa gestación institucional ubica a los tratados o leyes convenio celebrados entre las provincias y el gobierno nacional con un rango normativo específico dentro del derecho federal. Prueba de su categoría singular es que no es posible su derogación unilateral por cualquiera de las partes...”.

En el siguiente considerando 5: “el Pacto viene a integrar conjuntamente con las leyes 15.336 y 24.065 el régimen federal de la energía”.

<sup>13</sup> Fallos 316: 2906; 317: 868; 322: 1897 y 2341.

<sup>14</sup> Artículos: 1o. del dto. 432/82; 35, 36, 85 y 91 de la ley 24.065 y 12 del dto. 2743/92.

Estas normas legales y reglamentarias regulan toda la actividad de generación, transporte y comercialización de la energía eléctrica a lo largo y ancho del territorio nacional —reconociendo al Poder Ejecutivo Nacional el ejercicio de las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional—<sup>15</sup> y en la medida en que ello se realice dentro de lo que se ha dado en denominar el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y/o a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI).<sup>16</sup>

Pero también regula la actividad de distribución en aquella porción del territorio nacional que comprende a la capital de la República y a la zona que la circunda de la provincia de Buenos Aires, a los que, en virtud de una ley expresa<sup>17</sup> emanada del Congreso Nacional, se declaró de jurisdicción nacional y, por ende, sujeta a la regulación y decisiones emanadas de autoridades nacionales.

A su vez, cada una de las provincias ha dictado su propia legislación sobre la actividad, con un ámbito de aplicación que se circunscribe a lo que se realice exclusivamente dentro de su propio territorio y en la medida en que no exceda de sus límites.

Básicamente, la Corte Suprema ha sostenido que, constituyendo la nación en materia de comercio interprovincial un solo territorio, está sujeta a un sistema de regulación uniforme y no a la multiplicidad emergente del número de provincias que la integran, consecuencia de lo cual, sus facultades legislativas tienen como límite aquello que pueda obstruir o perturbar, directa o indirectamente, la libre circulación territorial o el derecho exclusivo de la nación de reglamentar dicha actividad.<sup>18</sup>

Reconociendo,<sup>19</sup> paralelamente, que la actividad eléctrica se encuentra comprendida dentro del concepto de “comercio” incorporado en el artículo

<sup>15</sup> Fallos 322: 2872.

<sup>16</sup> “Buenos Aires, pcia. de c/ Estado Nacional (Ministerio de Obras y Servicios Públicos) s/ acción declarativa”, del 5 de diciembre de 2000.

<sup>17</sup> Ley 14.772.

<sup>18</sup> Fallos 280: 203.

<sup>19</sup> Fallos 304: 1186; 305: 1847; “Buenos Aires, Provincia de c/ Estado Nacional” del 5 de diciembre de 2000 y “Provincia de Buenos Aires v. Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires” del 3 de noviembre de 1983.

75, inciso 13,<sup>20</sup> y en sus incisos 18 y 30 de la Constitución nacional, normas éstas que son la base y el sustento de las leyes antes referidas.

Dentro de este término se considera incluidas a todas las actividades económicas que comprende a las relacionadas con la energía eléctrica, tal como resulta ratificado por los artículos 2o. y 4o. de la Ley 15.336,<sup>21</sup> no sólo cuando declara que es una “cosa” susceptible de comercio, sino cuando indica que toda compraventa de electricidad es un acto comercial de carácter privado; en consonancia con lo dispuesto por los artículos 7o., 8o. —incisos 1 y 2— y 451 del Código de Comercio,<sup>22</sup> que en resumidas cuentas califican de comercial toda compraventa de cosa mueble adquirida para su reventa o disposición previa transformación.

Ello debe interpretarse conjuntamente con el concepto de compraventa dado por el artículo 1323 del Código Civil,<sup>23</sup> al entender que la hay cuando una parte se obliga a transferir a otra la propiedad de una “cosa” quien, a su vez, se obliga a recibirla y a cambio al pago de una suma de dinero.

<sup>20</sup> “Corresponde al Congreso... 13) Reglar el comercio con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí... 18) Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración... y promoviendo la industria... la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros... por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo... 30)... dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran con el cumplimiento de aquellos fines”.

<sup>21</sup> Artículo 2o.: “la energía eléctrica, cualquiera sea su fuente y las personas de carácter público o privado a quienes pertenezca, se considerará una cosa jurídica susceptible de comercio por los medios y formas que autorizan los códigos y leyes comunes...”.

Artículo 4o.: “las operaciones de compra o venta de la electricidad de una central con el ente administrativo o con el concesionario que en su caso presta el servicio público, se reputan actos comerciales de carácter privado”.

<sup>22</sup> Artículo 7o.: “Sólo se considera mercantil la compraventa de cosas muebles, para venderlas por mayor o menor, bien sea en la misma forma que se compraron o en otra diferente...”.

Artículo 8o.: “La ley declara actos de comercio en general: 1) Toda adquisición a título oneroso de una cosa mueble o de un derecho sobre ella, para lucrar con su enajenación, bien sea en el mismo estado que se adquirió o después de darle otra forma de mayor o menor valor, 2) la transmisión a que se refiere el inciso anterior...”.

<sup>23</sup> “Habrà compra y venta cuando una de las partes se obligue a transferir a la otra la propiedad de una cosa, y ésta se obligue a recibirla y pagar un precio cierto en dinero”.

Lo cual nos lleva a tener en cuenta qué entiende la legislación argentina por “cosa” y de qué manera lo relaciona con la energía eléctrica.

Es así que el artículo 2311 del mismo Código Civil<sup>24</sup> define a las cosas como los objetos materiales susceptibles de valor y, expresamente, considera aplicables a la energía las disposiciones referentes a aquéllas; cerrando de esta forma el círculo y descartando cualquier duda que pudiere subsistir sobre el tema.

Más aún, el derecho argentino separa, distingue, entre la “energía” y la fuente que la produce, considerándolas independientemente a una de la otra, como dos “cosas” distintas, de manera tal que el derecho al uso de la “energía” que se pueda tener es independiente de aquel que se detente sobre el agua que se utilice para producirla, o más exactamente sobre la “fuente” de la primera.<sup>25</sup>

En conclusión, conforme al derecho positivo argentino, las transacciones de energía eléctrica que se producen diariamente —sea en el mercado *spot* o a término— no son otra cosa que compraventas de carácter mercantil.

### III. EL MERCADO ELÉCTRICO MAYORISTA (MEM)

#### 1. *Definición*

Es el “conjunto de transacciones de energía eléctrica en bloque que se ejecutan a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI) o de cualquier otra instalación de vinculación eléctrica sujeta a jurisdicción fe-

<sup>24</sup> “Se llaman ‘cosas’ en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación”.

<sup>25</sup> Artículo 5o., Ley 15.336: “La energía de las caídas de agua y de otras fuentes hidráulicas, comprendidos los mares y los lagos, constituye una cosa jurídicamente considerada como distinta del agua y de las tierras que integran dichas fuentes. El derecho de utilizar la energía hidráulica no implica el modificar el uso y fines a que estén destinadas esta agua y tierras, salvo en la medida estrictamente indispensable que lo requieran la instalación y operación de los correspondientes sistemas de obras de captación, conducción y generación, de acuerdo con las disposiciones particulares aplicables en cada caso”; CSJN, en “Chaco, provincia del c/ Estado Nacional s/acción declarativa”, del 16 de septiembre de 2003.

deral por estar afectada al comercio interjurisdiccional mayorista de energía eléctrica...”,<sup>26</sup> y que atiende el 93% de la demanda total del país.

También se lo entiende como el punto de encuentro entre la oferta y la demanda de energía eléctrica en tiempo real, y si bien la localización de oferentes y demandantes se encuentra dispersa por casi todo el país, la ubicación geográfica de dicho mercado se lo hace coincidir con el denominado “centro de cargas del sistema” que se encuentra ubicado convencionalmente en el área del Gran Buenos Aires o nodo Ezeiza; considerándose como “precio de mercado” al localizado en dicho centro de carga.<sup>27</sup>

## 2. Consideraciones generales

El Congreso Nacional mediante el dictado de la Ley 23.696 a comienzos de la década de los noventa, amén de declarar una vez más la “emergencia” a la administración pública, hizo otro tanto con la prestación de los servicios públicos —a la sazón en manos del Estado, nacional o provincial, según los casos— estableciendo un régimen aplicable a todos aquellos entes, cualquiera fuere su naturaleza jurídica, en los que el Estado nacional tuviese participación total o mayoritaria de capital o en la formación de sus decisiones mediante el cual y previa declaración en tal sentido por el Poder Ejecutivo se dio inicio al proceso de transferencia al sector privado, disponiendo inclusive la enajenación de sus tenencias minoritarias de capital.<sup>28</sup>

<sup>26</sup> Conforme al artículo 1o. de la Res. 21/97 de la ex Secretaría de Energía y Puertos.

<sup>27</sup> Véase Bastos, Carlos y Abdala, Manuel, *Transformación del sector eléctrico argentino*, p. 179; *cfr.* Res. SEE núm. 61/92 en su artículo 28: “Instrúyese al Organismo Encargado del Despacho a calcular los factores de Nodo y adaptación de los puntos de Entrada/Salida del Mercado Eléctrico Mayorista, en relación al Nodo EZEIZA 500 kV que se considerará Centro de Cargas del Sistema”.

<sup>28</sup> Artículo 1o.: “Declaración. Declárase en estado de emergencia la prestación de los servicios públicos, la ejecución de los contratos a cargo del sector público y la situación económico financiera de la Administración pública nacional centralizada y descentralizada, entidades autárquicas, empresas del Estado, sociedades del Estado, sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria, sociedades de economía mixta, servicios de cuentas especiales, obras sociales del sector público, bancos y entidades financieras oficiales, nacionales y/o municipales y todo otro ente en el que el Estado nacional o sus entes descentralizados tengan participación total o mayoritaria de capital o en la formación de las decisiones societarias...”.

Artículo 8o.: “Procedimiento. Para proceder a la privatización total o parcial o a la liquidación de empresas, sociedades, establecimientos o haciendas productivas cuya propie-

En ese contexto y como su consecuencia, se da inicio al proceso de transferencia al sector privado de toda la actividad relacionada con la energía eléctrica del Estado nacional,<sup>29</sup> para lo cual se estructura el régimen federal de la energía eléctrica, decidiendo a partir de ello una separación vertical de las actividades relacionadas.

Es así que tomando los procesos y servicios de generación, transporte, distribución y comercialización que prestaba el Estado nacional a través de diferentes empresas, se procedió a transferir a la mayoría de las provincias los servicios de distribución y de generación aislada<sup>30</sup> —esto es, la que no se encontraba vinculada al sistema interconectado o SADI— y, desmembrando y separando las instalaciones destinadas a cada una de dichas actividades, al traspaso a manos privadas de todas las actividades y activos restantes; básicamente, la generación vinculada a la red de interconexión, ésta y la de distribución en el área de la ciudad de Buenos Aires, la Plata y sus respectivas áreas de influencia.

Para ello la Ley 24.065 —y el posterior decreto del Poder Ejecutivo Nacional 186/95— ha distinguido separadamente como agentes del mercado

dad pertenezca total o parcialmente al Estado nacional, incluyendo las empresas emisoras de radiodifusión y canales de televisión, es requisito previo que hayan sido declaradas sujetas a privatización de acuerdo a las previsiones de esta Ley. Cuando el Estado nacional y/o sus entidades, cualesquiera sea su personalidad jurídica, fuesen propietarios de acciones de participación de capital en sociedades en las que no le otorgue la mayoría de capital social necesario para ejercer el control de la respectiva entidad, dichas acciones o participaciones de capital podrán ser enajenados aplicando los procedimientos previstos en esta Ley, sin que se requiera en tales casos, la declaración aquí regulada”.

<sup>29</sup> Artículo 9o.: “La declaración de sujeta a privatización será hecha por el Poder Ejecutivo Nacional, debiendo, en todos los casos, ser aprobada por ley del Congreso... Sin perjuicio del régimen establecido precedentemente, por esta Ley se declaran sujeta a privatización a los entes que se enumeran en los listados anexos...”.

Anexo I: ... III. Ordenamiento institucional empresario... Empresa Federal de Energía Eléctrica, involucra: agua y energía eléctrica, hidronor y generación de energía de otras empresas nacionales.

IV. Concesiones de servicios de distribución y comercialización (Prioridad sector cooperativo)... Agua y energía eléctrica. Privatización... Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires sociedad anónima”.

<sup>30</sup> Se invoca para ello como fundamento una Ley previa vigente, la 18.586, cuyo objeto fue autorizar al Poder Ejecutivo Nacional la transferencia a la provincias todos aquellos organismos y funciones de la nación existentes en los territorios de las provincias, incluyendo la propiedad de inmuebles e instalaciones.



a los “generadores”,<sup>31</sup> es decir, aquellos que coloquen su producción en el sistema de transporte; de los “transportistas”<sup>32</sup> —responsables exclusivos y excluyentes de la transformación y transmisión de energía de terceros—, de los “distribuidores”<sup>33</sup> o responsables de abastecer a aquellos que no tienen la posibilidad de contratar directamente con el productor y, de los “grandes usuarios”,<sup>34</sup> es decir, los que pueden adquirirla en forma directa al productor.

Para evitar que se debilite o elimine tal división vertical y que se vuelva a esquemas anteriores donde una sola empresa cumplía paralelamente todas las funciones, la Ley establece restricciones expresas entre y a los distintos agentes, de manera tal que: 1) a los transportistas —o sus controlantes— se les impide comprar o vender energía, consecuencia de lo cual, su actividad se limitará necesariamente a la operación y el mantenimiento de la red de transporte de su propiedad y las ampliaciones,<sup>35</sup> única actividad que se les remunera; 2) ni los generadores, ni los distribuidores, ni los grandes usuarios, sus controlantes o controlados, pueden ser propietarios o accionistas mayoritarios de empresas transportistas o su controlante; sin desmedro de lo cual, sí pueden ser autorizados a construir sus propias insta-

<sup>31</sup> Artículo 5o.: “Se considera generador a quien, siendo titular de una central eléctrica adquirida o instalada en los términos de esta Ley, o concesionarios de los servicios de explotación de acuerdo al artículo 14 de la Ley 15.336, coloque su producción en forma total o parcial en el sistema de transporte y/o distribución sujeto a jurisdicción nacional”.

<sup>32</sup> Artículo 7o.: “Se considera transportista a quien, siendo titular de una concesión de transporte de energía eléctrica otorgada bajo el régimen de la presente Ley, es responsable de la transmisión y transformación a ésta vinculada, desde el punto de entrega de dicha energía por el generador, hasta el punto de recepción por el distribuidor o gran usuario, según sea el caso”.

<sup>33</sup> Artículo 9o.: “Se considera distribuidor a quien, dentro de su zona de concesión es responsable de abastecer a usuarios finales que no tengan la facultad de contratar su suministro en forma independiente”.

<sup>34</sup> Artículo 10, sustituido por el artículo 4o. del dto. Del Poder Ejecutivo Nacional núm. 186/95: “Considérase ‘gran usuario’ a todo aquel usuario que por su característica de consumo pueda celebrar contratos de compraventa de energía eléctrica en bloque con los generadores que define el inciso a) del artículo 35 de la Ley 24.065, estando sujetos a jurisdicción nacional cuando tales contratos se ejecuten a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI)”.

<sup>35</sup> Ley 24.065, artículo 30: “Los transportistas (sea individualmente, o como propietarios mayoritarios y/o como tenedores de paquetes accionarios mediante los cuales accedan al control de la empresa concesionaria del transporte), no podrán comprar ni vender energía eléctrica”.

laciones de transporte pero sólo si es a su costo y para su exclusivo uso, es decir, no puede esa instalación ser utilizada ni destinada al uso por parte de terceros,<sup>36</sup> esto es, no pueden prestar el servicio público de transporte de energía eléctrica.

Paralelamente, para tratar de reducir a un máximo posible el carácter de monopolios naturales que le reconoce tanto al transporte como a la distribución, no sólo ha dividido en varios segmentos la red de transporte y de distribución, sino que, al mismo tiempo, condiciona la materialización de sus ampliaciones a la previa obtención de una expresa autorización del Ente Regulador luego de un proceso que incluye una audiencia pública y el acto administrativo pertinente;<sup>37</sup> el que está, desde luego, sujeto a posterior impugnación en sede administrativa y judicial.

En definitiva, se buscó separar aquellas funciones que por ser prestadas a través de ciertas instalaciones o infraestructuras presentan importantes dificultades de tipo técnico y económico para introducir competencia mediante la superposición o duplicación de redes<sup>38</sup> —sin que ello obste a permitir que los flujos circulen por la única existente y mediante el libre acceso de todos los terceros que cumplan con las condiciones fijadas por la autoridad regulatoria— de aquellas otras a las que sí les es posible la superposición o duplicación.

No obstante haberse resuelto la desintegración vertical y admitido la necesidad de la existencia de monopolios naturales, no por eso se dejó de lado una “desintegración horizontal” de dichas actividades con el objeto de buscar —pese al carácter de monopolio natural que se les reconoce— una competencia por comparación, tanto entre distintas empresas que prestan

<sup>36</sup> Ley 24.065, artículo 31: “Ningún generador, distribuidor, gran usuario ni empresa controlada por algunos de ellos o controlante de los mismos, podrá ser propietario o accionista mayoritario de una empresa transportista o de su controlante. No obstante ello, el Poder Ejecutivo podrá autorizar a un generador, distribuidor y/o gran usuario a construir, a su exclusivo costo y para su propia necesidad, una red de transporte, para lo cual establecerá las modalidades y forma de operación”.

<sup>37</sup> Ley 24.065, artículo 11: “Ningún transportista o distribuidor podrá comenzar la construcción y/u operación de instalaciones de la magnitud que precise la calificación del ente, ni la extensión o ampliación de las existentes, sin obtener de aquél un certificado que acredite la conveniencia y necesidad pública de dicha construcción, extensión o ampliación. El ente dispondrá la publicidad de este tipo de solicitudes y la realización de una audiencia pública antes de resolver sobre el otorgamiento del respectivo certificado”.

<sup>38</sup> Trillo-Figueroa Martínez-Conde, Jesús, *Competencia y sector eléctrico: un nuevo régimen jurídico*, pp. 51-53.

el mismo servicio como debido a la obligatoria y periódica oferta de venta de los paquetes accionarios mayoritarios adquiridos en los procesos licitatorios originarios de privatización mediante otros similares, en libre competencia y de ocurrencia sucesiva a lo largo del plazo de vigencia de las respectivas concesiones; preparando al mismo tiempo el terreno para la competencia aun en el caso de dichos monopolios naturales en la medida en que la tecnología permitiese superar esa condición.<sup>39</sup>

Todos los actos emanados del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) pueden ser impugnados en sede administrativa ante el mismo mediante el recurso de reconsideración y/o mediante el de alzada que será resuelto por la Secretaría de Energía<sup>40</sup> de la nación.

Pero la Ley 24.065<sup>41</sup> contempla además la posibilidad de interponer un recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso administrativo federal, esto es ante el tribunal de segunda instancia de dicho fuero, por ser una de las partes el Estado nacional.

En definitiva, quienes estén legitimados para impugnar o recurrir podrán: a) articular el recurso de reconsideración ante el mismo ENRE, luego la alzada y, posteriormente, el directo ante la justicia, o b) reconsideración y directo, sin previa alzada.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Cfr. Bastos y Abdala, *Transformación del sector eléctrico argentino*, cap. III.

<sup>40</sup> Usamos esta única denominación por ser claramente identificatoria si bien a lo largo de los años ha variado parcialmente mediante la adición de otro u otros términos (y Minería, y Comunicaciones, y Puertos, Eléctrica, y Transporte, etcétera) pero siempre manteniendo el de “Energía” en todos los casos.

<sup>41</sup> Ley 24.065, artículo 71: “En sus relaciones con los particulares y con la administración pública, el ente se regirá por los procedimientos establecidos en la Ley de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias...”.

Artículo 76: “Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo contencioso administrativo federal”.

<sup>42</sup> Fallos 324: 815.

### 3. *El transporte*

La red de transporte se constituye por una parte con el sistema de transporte en alta tensión de aproximadamente 8,000 km de líneas de 500 kv y por la otra con los de transporte por distribución troncal, integrando, conjuntamente, al Sistema Argentino de Interconexión o SADI.<sup>43</sup>

El sistema en alta tensión está bajo la responsabilidad de una sola empresa y el de por distribución troncal, bajo la de otras seis distintas que se ocupan de dicha actividad en otras tantas regiones eléctricas.

El primero vincula a las distintas regiones entre sí,<sup>44</sup> mientras que las segundas hacen otro tanto entre los agentes ubicados en la respectiva región con el sistema de alta tensión o con otros sistemas por distribución troncal de las otras regiones eléctricas limítrofes.<sup>45</sup>

Ambos, no sólo están constituidos por las líneas y estaciones transformadoras propiedad de las respectivas transportistas concesionarias, sino también por todas aquellas otras instalaciones propiedad de terceros de igual función; sean ampliaciones o de transportistas independientes, es decir,

<sup>43</sup> *Cfr.* Artículo 6o. de la Res. SE núm. 137/92: "... conjunto de instalaciones de energía eléctrica que integren el Sistema de Transporte en Alta Tensión y el de Transporte por Distribución Troncal".

<sup>44</sup> Artículo 3o. del Reglamento de Conexión y Uso del Sistema de Transporte: "Denomínase Sistema de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión al conjunto de instalaciones de transmisión, de tensiones iguales o superiores a doscientos veinte kilovoltios (220 kv), incluyendo el equipamiento de compensación, transformación, maniobra, control y comunicaciones, tanto las existentes como las que se incorporen como resultado de ampliaciones efectuadas en los términos del Reglamento de Acceso a la Capacidad Existente y Ampliación del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica, destinado a transportar energía eléctrica entre regiones eléctricas".

<sup>45</sup> Artículo 6o. del Reglamento citado en la nota anterior: "Denomínase Sistema de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal al conjunto de instalaciones de transmisión, en tensiones iguales o superiores a ciento treinta y dos kilovoltios (132 kv) y menores a cuatrocientos kilovoltios (400 kv), destinadas a vincular eléctricamente en el ámbito de una misma región eléctrica a los generadores, los distribuidores y a los grandes usuarios entre sí, con el Sistema de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión o con otros Sistema de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal. Las instalaciones enunciadas en el párrafo precedente incluyen el equipamiento de compensación, transformación, maniobra, control y comunicaciones, tanto existente como nuevo, que se incorpore como resultado de ampliaciones efectuadas en los términos del Reglamento de Acceso a la Capacidad Existente y Ampliación del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica".

terceros que no son ni pueden ser transportistas sino que actúan con la autorización y bajo la supervisión y el control de quien sí detenta tal carácter.<sup>46</sup>

Se considera que las instalaciones destinadas al transporte<sup>47</sup> y a la distribución son un monopolio natural, por cuanto la satisfacción de la demanda por una sola empresa se traduce en costos menores que si fuera encarado por varias en competencia o, en otras palabras, porque los costos de la energía resultarán mayores a medida que crezca el número de empresas que busquen satisfacer la demanda.<sup>48</sup>

Su remuneración —que sólo cubre los costos operativos, el mantenimiento de su red, amortizaciones, impuestos y una razonable tasa de retorno; no incluyendo los costos de ejecución de nuevas obras de ampliación del sistema de su propiedad que deben financiar sus directos beneficiarios— tiene tres componentes: 1) “conexión”, 2) “capacidad de transporte”, que actúan sobre la operación y el mantenimiento de los activos, y 3) “energía eléctrica transportada”, que lo hace sobre las pérdidas (diferencia entre lo suministrado y lo percibido), tasas por fallas (estabilidad y confiabilidad) y sobrecostos por restricciones (congestión), parte de los cuales no son transferidos al transportista sino asignados a una cuenta denominada SALEX que está destinada a financiar expansiones en la red.

En función de sus marcos regulatorios y contratos de concesión, todos los distribuidores están obligados a prestar el servicio a todo el que lo solicite, consecuencia de lo cual deben ejecutar todas las obras necesarias para abastecer la demanda, incluyendo las ampliaciones a las redes de transporte en caso de restricciones o por verse obligados a operar fuera de banda de tensión, con generación forzada, sin reservas ante fallas, etcétera.

No obstante, sólo pueden ser compelidos a ejecutar tales obras por las respectivas autoridades locales y no por las federales —excepto, claro, en

<sup>46</sup> Cfr. Artículo 8o. del “Reglamento de Conexión y Uso: “... propietario y operador de instalaciones de transporte de energía eléctrica, que bajo las condiciones establecidas por una licencia técnica otorgada por un transportista, pone a su disposición dichas instalaciones, sin adquirir por ello el carácter de agente del mercado eléctrico mayorista (MEM)”.

<sup>47</sup> Artículo 1o. del anexo I al dto. 1398/92: “...Caracterízase a la actividad de transporte como un servicio público por su naturaleza monopólica. No obstante lo cual, comparte las reglas propias del mercado por las particularidades que presenta en lo atinente a su expansión...”.

<sup>48</sup> Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Granada, Comares, 1999, p. 532; Trillo Figueroa y Martínez Conde “Liberalización eléctrica...”, *Competencia y sector eléctrico...*, Madrid, Civitas, p. 51; Samuelson y Nordhaus, *Economía*, 13a. ed., p. 684: “es aquella industria donde la forma más eficiente de organizar la producción es una única empresa”.

el caso de las distribuidoras sujetas a su jurisdicción— encargadas en cada caso de hacer cumplir las obligaciones de los respectivos concesionarios. Pero, todo lo que hace a las ampliaciones del transporte sólo está sujeto a la autoridad federal, quien no tiene potestad sancionatoria en este aspecto, lo que ha llevado, en definitiva, a encarar otros mecanismos para cubrir su necesidad agravada por un diseño radial y no mallado, ni anillado, del sistema.

Existe el Fondo Nacional de la Energía Eléctrica que se integra con un porcentaje de las tarifas que por cada kilovatio hora abonan los compradores del MEM que, por no resultar suficiente, se ha complementado con otros amén del SALEX, mediante el destino de una porción de una alícuota mayor a un fondo fiduciario cuya administración está a cargo de funcionarios designados por la nación y las provincias, para la ejecución de obras mediante: a) acuerdos entre los interesados y el transportista destinatario de las obras, b) concurso público, o c) de “asignación de derechos financieros”; en cualquiera de los tres casos, se requiere la participación y conformidad de el OED y el ENRE.

Téngase en cuenta, además, que cuando la capacidad de transporte no es suficiente para abastecer la demanda de distintos agentes del Mercado Eléctrico Mayorista y se presentan limitaciones en el sistema de transporte que afecta el abastecimiento y las soluciones para superarlas no son encaradas por el conjunto de dichos agentes, se reduce el acceso de todos los involucrados en igual proporción. Igual criterio se adopta cuando un nuevo agente accede al sistema, consecuencia de lo cual, tanto desde el punto de vista de la oferta como del de la demanda, la capacidad remanente no se verá afectada por cuanto, no habiendo reserva de capacidad de transporte a favor de ningún agente, no existen privilegios ni prioridades por precedencia de acceso a las instalaciones de transporte.<sup>49</sup>

Los distintos mecanismos para encarar y llevar adelante una obra de ampliación por parte de cualquier usuario directo o indirecto —o sea física o eléctricamente vinculado— imponen a éste solicitarlo al transportista, quien lo evaluará junto con el OED y elevarán al ENRE, el que de convocada la correspondiente audiencia pública tiene que resolver y emitir, en su caso, el certificado de conveniencia y necesidad, luego de lo cual el transportista está habilitado para celebrar con el o los solicitantes el correspondiente contrato.

<sup>49</sup> *Cfr.* Resoluciones ENRE núm. 567/97 y 704/98, entre otras.

Si, en cambio, se lo encara mediante concurso público, luego de cumplidos los pasos indicados en el párrafo anterior y definidos los términos de la licencia técnica, se lleva adelante el proceso licitatorio donde podrá participar el transportista como un oferente más si los beneficiarios de la obra dan su conformidad.

#### 4. *La generación*

Los generadores, productores de la energía eléctrica mediante centrales térmicas, son la consecuencia de la formación de un importante número de unidades de negocios bajo la forma de sociedades anónimas a las cuales se les incorporó como activo el correspondiente equipamiento, procediéndose luego a la venta de un porcentaje mayoritario de sus respectivos paquetes accionarios, bajo el régimen de licitación pública, destinando una porción minoritaria al personal que revistiera en dichas nuevas empresas bajo un régimen especial que se denomina “programa de propiedad participada”, otra porción de igual carácter conservada por el Estado nacional licitante y destinada a su posterior venta bajo similar procedimiento y, en algunos casos, inclusive, se ofreció una tercera a los estados provinciales en los cuales se encontraban ubicados los activos de las nuevas empresas.

La diferencia entre las distintas fuentes de energía reviste cierta importancia dado que las centrales hidráulicas cuya potencia excede los 500 kilovatios —por imperio de la Ley 15.336—<sup>50</sup> no pueden ser transferidas en propiedad como si lo fueron las térmicas, habiéndose habilitado su explotación por privados mediante la adopción de la figura de la “concesión”.

También fueron transferidas en propiedad las instalaciones que hasta ese entonces pertenecieron al Estado y estaban destinadas a prestar los servicios públicos de transporte y distribución bajo jurisdicción nacional.<sup>51</sup>

<sup>50</sup> Artículo 14: “El ejercicio por particulares de actividades relacionadas con la generación... de la energía eléctrica de jurisdicción nacional, cualquiera sea la fuente de energía utilizada, requiere concesión del Poder Ejecutivo en los siguientes casos: a) para el aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica de los cursos de agua pública cuando la potencia normal que se conceda exceda de 500 kilovatios...”.

<sup>51</sup> CSJN 21.12.62 en el considerando 9o. de los autos “Provincia de Buenos Aires v. S. A. Empresas Eléctricas de Bahía Blanca”: “La circunstancia de que los bienes de una empresa se hallen afectados a interés público, con arreglo a una concesión de la misma naturaleza autoriza las medidas de tutela estatal razonablemente necesarias a la correcta prestación del servicio, pero no justifica la identificación de éstas con el dominio eminente ni su

Esta industria de generación, al contrario de las actividades de transporte y distribución, no está calificada como servicio público, sino sólo de interés general, no obstante lo cual, quienes en ella participen deben sujetarse en su accionar a las normas legales y reglamentarias que aseguren su normal funcionamiento.<sup>52</sup>

Ellos pueden vender su producción en dos diferentes formas, a través de lo que se denomina “mercado *spot*” o mediante “contratos de suministro”, que celebrarán directamente con comercializadores, distribuidores o grandes usuarios, libremente negociados entre las partes;<sup>53</sup> concepto éste relativamente cierto en la práctica, puesto que, en realidad, las condiciones que se pacten tienen las limitaciones que surgen de su regulación establecidas en las normas dictadas por la Secretaría de Energía que en conjunto se conocen comúnmente como: “los procedimientos”.<sup>54</sup>

No obstante que el OED adecua el ingreso de los generadores al mercado en función de las restricciones técnicas del sistema de transporte más allá del mérito económico, viéndose imposibilitados por ello de ser despachados pese a la conveniencia de su precio, estos agentes no se han visto incentivados para participar en la ejecución de las ampliaciones que evitarían su exclusión.

## 5. La distribución

Los concesionarios del servicio de distribución prestan en forma conjunta o diferenciada: a) el de la comercialización de la energía, esto es, la venta a los usuarios conectados a su red de la que adquieren a un comercializador o generador, y b) el que se ha dado en denominar “función técnica

equiparación al poder de policía en medida que importe desconocimiento sustancial del derecho de propiedad...” .

<sup>52</sup> Ley 24.065, artículo 1o.: “Caracterizase como servicio público al transporte y distribución de electricidad. La actividad de generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público será considerada de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo”.

<sup>53</sup> Ley 24.065, artículo 6o.: “Los generadores podrán celebrar contratos de suministro directamente con los distribuidores y grandes usuarios. Dichos contratos serán libremente negociados entre las partes”.

<sup>54</sup> “Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios”, recopilación de la Resolución 61/92 y sus modificatorias y complementarias, de la Secretaría de Energía de la nación.



de transporte” o “servicio de línea”, es decir, la de permitir la circulación por sus redes de los flujos de energía de terceros. Esto es, que quienes tienen la facultad —por cumplir con los requisitos previstos por el regulador— de adquirir directamente al productor la energía que consumirán (grandes usuarios) puedan llevar la adquirida hasta sus respectivos puntos de conexión mediante el uso de las instalaciones propias de un distribuidor.<sup>55</sup>

Se persigue así lograr la liberalización de los dos escalones extremos del ciclo productivo, por una parte el de la generación eléctrica mediante un mercado de libre formación de los precios donde los productores —quienes afrontan los riesgos de la inversión sin transmitirlos a los consumidores— compiten ofreciendo su energía al mejor precio y, por la otra, el de la comercialización, dejando monopólico sólo el de los “cables”; si bien en este último escalón la liberalización ha sido progresiva y a la fecha tienen tal facultad determinado tipo de consumidores o usuarios. Grandes Usuarios mayores (GUMA), menores (GUME) y particulares (GUPA) y no los de menor consumo, esto es aquellos cuya demanda es inferior a 10 kw.

## 6. Cambios producidos

Durante la década pasada la demanda total de energía creció a una tasa media anual del 5.5% con un crecimiento que alcanzó 50% y se aumentó el grado de electrificación arribando a aproximadamente 93% de la población total para 1997.<sup>56</sup>

Así también, de 13 generadores y 39 agentes en total existentes en 1992, se llegó a 44 y 2015, respectivamente, ya en 1997.<sup>57</sup>

La calidad del servicio creció sustancialmente ya que, medida por la cantidad de cortes anuales por cliente, éstos se redujeron en 66%, es decir,

<sup>55</sup> Cfr. Artículo 9o., Ley 24.065 y contratos de concesión: un “distribuidor” es aquella sociedad que tiene como función construir, mantener y operar las instalaciones destinadas a situar la energía en los puntos de consumo y ponerla a disposición de aquellos consumidores que se la adquirirán mediante el pago de una tarifa fijada por la autoridad competente que no tienen la facultad de contratar su suministro en forma independiente y directa a un comercializador o a un generador.

<sup>56</sup> Cfr. FIEL, p. 468.

<sup>57</sup> *Ibidem*, p. 479.

de 12.6 en 1992 a 4.3 en 1997. Los precios mayoristas de la energía eléctrica descendieron a su vez un 47.4 % en ese lapso de cinco años.<sup>58</sup>

Como consecuencia de la devaluación y pesificación operada en la República Argentina, el precio mayorista de generación se ha visto reducido aproximadamente a 7 dólares americanos por mw/h.

Durante el año 2000 mientras la oferta alcanzó a los 80 twh, la demanda a los 73 twh, de los cuales un 72% del sector distribución, un 22.1/ a grandes usuarios un 0.8% a comercializadores y un 5% para exportación.

Durante dicho periodo las inversiones en el sector alcanzarían aproximadamente unos 12,000 millones de dólares americanos, de los cuales 33% se utilizó para mejorar las líneas de distribución.<sup>59</sup>

Mientras en 1999 se observan valores similares entre las compras en el mercado a término y en el *spot*; en el siguiente, estas últimas se redujeron a 34% del total, continuando la tendencia de manera tal que en el 2002 representan sólo un 20% de la demanda, lo cual demuestra la falta de incentivos para canalizar las compras mediante contratos a término.<sup>60</sup>

## 7. Precios mayoristas

Tales precios mayoristas son la consecuencia de un mercado en el que se centralizan todas las ofertas y demandas, el denominado “mercado *spot*”<sup>61</sup>

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 482.

<sup>59</sup> Martínez de Vedia, Rodolfo, “La organización en la regulación de servicios públicos”.

<sup>60</sup> *Cfr.* FIEL, p. 482.

<sup>61</sup> Como dijimos, conforme el C. Civil (artículo 1323) la compraventa es un contrato que se perfecciona mediante un acuerdo de voluntades donde el vendedor se obliga a entregar una cosa o bien y el comprador a pagar por ello un precio cierto en dinero: en este caso, la energía eléctrica generada, que siendo un bien susceptible de comercio (artículo 1o. de la Ley 15.336 y 2311 y 2312 del C. Civil) por sus peculiares características no lo es de ser acumulado, sino que debe consumirse en el momento en que se produce, lo cual amén de exigir la concurrencia de ofertas en cada momento está ligado a la disponibilidad de instalaciones para su transformación y transmisión al consumidor. Contrato que se perfecciona en un sistema de “subasta” por procedimientos reglados, donde a la inversa de cualquier contrato donde el régimen de cumplimiento y ejecución es libremente pactado, éste obligatoriamente está compuesto por reglas predeterminadas en el régimen establecido por la autoridad competente. Tiene la particularidad de que, aun cuando se haya perfeccionado el contrato y la energía haya sido consumida por el comprador, ni el vendedor sabe quién es éste, ni éste sabe ni sabrá quién es aquél. Ver Trillo y otros, *op. cit.*, nota 48, *Competencia y sector eléctrico...*, pp. 48, 111 y ss.

—administrado por quien por la Ley 24.065 tiene a su cargo tanto la gestión económica como técnica del sistema: esto es, la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA)— y que determina el precio en forma horaria por la máquina de menor costo que sea despachada de acuerdo con un ordenamiento resultante de los costos marginales de corto plazo.

El principio es que los precios del MEM deben fijarse según la cotización del último generador más ineficiente aceptado. En otras palabras, el precio de toda la energía adquirida sería el ofertado por la última unidad de producción cuya entrada en la red —por estricto orden de mérito— haya sido necesaria para cubrir la totalidad de la demanda; ello claro está sin dejar de tener en cuenta que por razones de tipo técnico, como puede ser restricciones en el transporte o para asegurar mejor calidad del suministro, se hace participar a generadores que en estricta aplicación de la regla del “costo marginal” no serían despachadas.

El costo de generación para cada productor en particular estará dado por el costo variable de producción —definido con base en el costo del combustible utilizado con más de un 15%, con una incidencia importante en el precio de la energía,<sup>62</sup> y el rendimiento de la máquina generadora— más el del transporte desde su nodo de conexión a la red hasta el nodo mercado: Ezeiza, pues las normas regulatorias establecen en dicho punto el denominado Centro de Cargas del Sistema.

Dado que este nodo mercado se encuentra ubicado en la provincia de Buenos Aires, y las empresas de generación y distribución a lo largo y ancho de la Argentina, todas las operaciones de compra y venta de energía necesariamente deben efectuarse a través y mediante la red de interconexión interprovincial, es decir el SADI, con independencia de donde se encuentren ubicados unos y otros: vendedor y comprador; máxime teniendo en cuenta que la energía por sus características es imposible de identificar al volcarse a la red desde distintos puntos de conexión confundiendo entre sí.

<sup>62</sup> Cfr. Millán Navarro, Rocío, *Los mercados de futuros energéticos*, p. 89: “Los cambios en los precios de los combustibles, incluido el de la moneda en la que éstos se cotizan, es otro de los factores por los que puede cambiar el precio final de la electricidad... se traducen en un mayor coste de generación de la electricidad en las centrales térmicas que utilicen esos combustibles”.

El Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), donde están obligados a actuar todos aquellos que invistan la calidad de agentes por haber sido autorizados por la Secretaría de Energía —en tanto estén vinculados eléctrica o físicamente al Sistema Argentino de Interconexión (SADI) que permite llegar la energía desde el productor al consumidor—, está también compuesto por un denominado “mercado a término” donde se celebran contratos entre generadores o comercializadores de generación, por una parte, en tanto vendedores, con distribuidores, comercializadores de demanda o grandes usuarios, en tanto compradores, por la otra.

Estos son administrados por CAMMESA mediante un seguimiento en cuanto a los apartamientos entre la energía generada y la comprometida y la potencia comprometida como reserva y la disponible real. Además, su ejecución no puede afectar el despacho económico del MEM, o sea, no puede generar una máquina o central independientemente de su competitividad en el despacho.<sup>63</sup>

La conveniencia o no del precio pactado es una decisión de ellas que, obviamente, les exigirá un máximo cuidado y previsión al celebrarlos dado que, en última instancia, a los compradores, en tanto distribuidores a quienes se les regula la tarifa que a su vez pueden cobrar del usuario final, sólo se les autorizará el traslado de aquellos costos razonables de adquisición de potencia y energía y no cualquiera que fuera el que acuerde con el generador.

## 8. *Los contratos*

Los tipos de contrato que se pueden celebrar en el mercado a término son:

a) de *abastecimiento*, donde se compromete la satisfacción de una determinada demanda de energía que no puede superar la máxima generación contratable del vendedor, consistente en la capacidad de producción con que puede respaldar sus contratos, pudiendo hacerlo el vendedor contratando a su vez a terceros máquinas como reserva y/o comprando en el *spot* la energía y potencias faltantes; como contraprestación recibe un pago por la potencia y energía contratada si no es requerida o si siéndolo le es entregada; pudiendo el comprador vender en el *spot* los sobrantes de energía y potencia que tenga contratados.

<sup>63</sup> Cfr. Res. SE núm. 246/2002.

b) de *reserva fría*, que significa un compromiso de exclusividad por parte de cada máquina contratada excepto por la parte sobrante no comprometida que podrá ser vendida en el *spot*, tiene como objeto comprometer la disponibilidad de potencia —que pasa a pertenecer al comprador— de máquinas de un generador como reserva para ser convocada por su co-contratante, permitiendo así: 1) a los generadores cuyos contratos de abastecimiento en el mercado a término tengan penalidades por incumplimientos cubrirse del riesgo del transporte respaldándose con máquinas en la misma área que la demanda contrata o asegurar la entrega del producto vendido independientemente del *spot*; 2) a los distribuidores contar con reserva local para el caso de restricciones en el sistema de transporte o déficit de generación, acotando el precio de la energía y el riesgo de falla en áreas importadoras sometidas a riesgos de desconexión, y 3) a los grandes usuarios, acotar el precio de su energía y garantizar la continuidad de los procesos industriales con reserva local.

Mientras el generador-vendedor se obliga a poner a disposición del agente del MEM-comprador la potencia contratada, éste asume la de pagar la que esté disponible, sea o no convocada y, adicionalmente, la energía que se le entregue cada vez que convoque a la o las máquinas térmicas indicadas en el contrato.

c) *Potencia firme*, donde se compromete una potencia firme en un nodo frontera en garantía de abastecimiento de una demanda ubicada en un país distinto al del vendedor.

Los contratos no pueden afectar el despacho económico del MEM, es decir, no pueden establecer relaciones físicas que obliguen a generar con una máquina o una central independientemente de su competitividad en el despacho. Tampoco se los aceptará si su operatoria altera o impide la satisfacción de los criterios de formación del precio estacional.

Si para ejecutar el contrato se requiriese el uso de un sistema de distribución el costo debe ser acordado con el distribuidor correspondiente, quien debe comprometer el libre acceso a sus instalaciones en tanto cuenten con capacidad remanente para ello. Si no hubiese acuerdo entre las partes respecto a la prestación de la FTT, será la Secretaría de Energía quien tendrá a su cargo la definición de las condiciones de prestación del servicio, con el objetivo fundamental de asegurar el libre acceso al MEM del agente que haya requerido dicho servicio de FTT al distribuidor.

Los cargos que deben afrontarse por las partes por el servicio de transporte en el MEM no resultarán de un acuerdo de partes sino de la metodolo-

gía vigente, que considera que todas las transacciones —sin excepción— se realizan en el nodo mercado acordándose allí el precio, excepto los de importación o exportación que las considera en el nodo de frontera. Entre las partes se puede convenir un nodo de referencia específico para ese contrato diferente al nodo mercado y, si así se lo ha hecho saber al OED conforme se determina en los *procedimientos*, el vendedor y el comprador se harán cargo del servicio de transporte desde su respectivo nodo de conexión hasta el de referencia del contrato, caso contrario hasta el de mercado, pagando cada uno de ellos el cargo variable correspondiente a la energía y/o potencia que entrega o recibe, según el caso, y sus cargos fijos.

A los consumidores que invistan en la categoría de agentes del MEM, GUMA o autogeneradores, que sean incumplidores de obligaciones con el mercado para seguir operando en él, deben constituir un depósito de garantía que se determinará en cada caso por CAMMESA y estará destinado a cubrir las deudas impagadas.

### 9. Precios estacionales

Dado el riesgo de variabilidad de los precios horarios a que están expuestos los compradores, es decir, los distribuidores, se ha establecido el sistema de “precios estacionales”, que son la consecuencia del cálculo que hace CAMMESA en forma anticipada por semestre y cuyo valor es el que deberá pagar cada distribuidor por la compra de la energía y trasladará a sus clientes o consumidores; soportándose las variaciones en los precios horarios a través del denominado “fondo de estabilización” administrado por dicho organismo encargado del despacho (OED), es decir: CAMMESA.

El OED incorpora las ofertas de generadores con precios basados en el costo del combustible o del agua, y de la potencia disponible, en la programación semestral confeccionando la base de datos estacional, así como los requerimientos de los distribuidores; este modelo es luego adecuado trimestral y semanalmente, permitiendo la gestión del *spot* según costos económicos.

Si bien todos los generadores están obligados a integrar sus ofertas de reservas rotantes y frías, no hay sanción alguna si no las cumplen, consecuencia de lo cual, si no se cubre la demanda se convocará a otros de mayor costo y, de ser necesario, a los en reserva.

Si durante la operación en tiempo real se producen modificaciones en la oferta o la demanda significativas para el cálculo del precio en oferta o in-

gresan máquinas no previstas, el OED realiza un redespacho con un nuevo programa de carga y precios.

De ser necesario el OED puede imponer a los agentes la ejecución de maniobras en sus respectivos equipamientos, excepto que ello signifique un riesgo para la seguridad de personas o instalaciones.

Hasta la promulgación de la Ley 25.561, conforme los contratos de concesión, como contraprestación por el servicio público que prestan, los transportistas debían recibir una remuneración fijada en un primer momento por la Secretaría de Energía y posteriormente por el ENRE, cuyo valor debía ser calculado en dólares estadounidenses y expresado en pesos según la relación de convertibilidad vigente al momento de su facturación —que, como surge de “los procedimientos”, debía efectuar mensualmente CAMMESA—, adecuándose semestralmente conforme una fórmula polinómica establecida por el concedente en el contrato de concesión<sup>64</sup> que contemplaba la variación de índices de los Estados Unidos de América.<sup>65</sup>

Otro tanto sucedía con las concesionarias de distribución, que también iniciaron sus contratos con tarifas fijadas en los respectivos pliegos licitatorios y que luego debían ser reanalizadas periódicamente de acuerdo con un procedimiento legalmente preestablecido que incluye una previa audiencia pública.

Las tarifas del transporte son fijadas cada cinco años<sup>66</sup> —que será el precio máximo para esa clase de servicio— deben ser “justas y razonables” asegurando a los concesionarios que operen en forma “económica y prudente” la oportunidad de “obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos razonables aplicables al servicio, impuestos, amortizaciones y una tasa de retorno” que “guarde relación con el grado de eficiencia y eficacia operativa” y sea “similar, como promedio de la industria, a la de otras actividades de riesgo similar o comparable nacional e internacionalmente”. Debiendo, en el caso de los distribuidores, contemplar un tér-

<sup>64</sup> Formaba parte del Pliego de Bases y Condiciones del llamado a concurso público internacional cuyo objeto fue la venta de las acciones mayoritarias de la sociedad concesionaria y fuera tenido en cuenta por los oferentes al momento de cotizar el precio que pagaron por la adquisición de dichas acciones.

<sup>65</sup> *Cfr.* Artículos 24, 25 y 26 de los contratos de concesión de las empresas de transporte por distribución troncal y Anexo II.A del mismo titulado “Régimen remuneratorio del transporte de energía eléctrica por distribución troncal”.

<sup>66</sup> Artículo 43, Ley 24.065.

mino representativo de los costos de adquisición de la energía en el MEM.<sup>67</sup>

#### IV. EL ORGANISMO ENCARGADO DEL DESPACHO (OED)—CAMMESA

Conforme lo previsto en los artículos 35 y 36 de la Ley 24.065, el despacho técnico y el económico del SADI está a cargo del denominado Despacho Nacional de Cargas, bajo la forma de una sociedad anónima, debiendo desenvolverse para cumplir dichas funciones conforme a las normas que le dicta la Secretaría de Energía.

Para ello —mediante el decreto 1192/92— se creó la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA) siendo sus accionistas, en idénticas proporciones, cada una de las entidades representativas de los distintos agentes del MEM detentando el secretario de Energía el cargo de presidente del directorio con voto necesario para conformar sus mayorías.

También es necesario contar con el voto de las acciones pertenecientes al Estado nacional en las asambleas extraordinarias que se convoquen —no así en las ordinarias a las que se les aplican las reglas del Estatuto y de la Ley de Sociedades Comerciales Generales para cualquier sociedad anónima— pero sin que se haya previsto la posibilidad de que se pueda adoptar resoluciones sin contar a su vez con la concurrencia de las mayorías previstas en la Ley de Sociedades Comerciales.

No se está ante una sociedad controlada por el Estado —dentro del concepto de “control” que establece el artículo 33 de la Ley 19.550—<sup>68</sup> atento que la Secretaría de Energía por sí sola no cuenta con los votos necesarios para formar la voluntad social ni está habilitada para ejercer con base en las acciones de su propiedad una influencia dominante.

Asimismo están el Estatuto Social y la Ley de Sociedades Comerciales bajo las cuales debe regirse dicha empresa atento lo prescrito por el primer

<sup>67</sup> *Cfr.* Artículos 40 y siguientes de la Ley 24.065.

<sup>68</sup> *Cfr.* Ley 19550, artículo 33: “Se consideran sociedades controladas aquellas en que otra sociedad, en forma directa o por intermedio de otra sociedad a su vez controlada: 1. Posea participación, por cualquier título, que otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en las reuniones sociales o asambleas ordinarias; 2. Ejercer una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas, o por los especiales vínculos existentes entre las sociedades...”.



párrafo del artículo 35 de la Ley 24065<sup>69</sup> y el artículo 2o. del decreto 1192/92.

Al mismo tiempo, su artículo 8o. establece que no le es aplicable la legislación o normativa administrativa que pudiera serlo a aquellas empresas donde el Estado tuviese cualquier tipo de participación, ni otras normas propias del derecho administrativo o prerrogativas de derecho público.<sup>70</sup>

Las actividades que hacen al cumplimiento de su objeto social son: a) el determinar el despacho técnico y económico del SADI o sea maximizar la seguridad del sistema, calidad de los suministros y minimizar los precios en el mercado *spot*, b) la de supervisión de los mercados a término y administración de los contratos que en él se celebren (o sea los contratos de compraventa de energía y potencia entre generadores y distribuidores o grandes usuarios), c) despachar las demandas de energía y potencia requeridas con base en las regulaciones relativas tanto a la generación como el transporte y distribución, en definitiva, todas las actividades del MEM efectuadas a través del SADI.

A su cargo se encuentra el organismo encargado del despacho, el que tiene como función la optimización de los recursos físicos del MEM y la realización del despacho técnico y económico aplicando la normativa emanada de la Secretaría de Energía, convocando a los generadores con base en la información que éstos proporcionan, en orden decreciente —según los costos variables de producción en el caso de los generadores térmicos y los

<sup>69</sup> Artículo 35, ley 24065: “El despacho técnico del Sistema Argentino de Interconexión (SADI), estará a cargo del Despacho Nacional de Cargas (DNDC), órgano que se constituirá bajo la forma de una sociedad anónima cuyo capital deberá estar representado por acciones nominativas no endosables y cuya mayoría accionaria estará, inicialmente, en la cabeza de la Secretaría de Energía, y en el que podrán tener participación accionaria los distintos actores del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM). La participación estatal inicialmente mayoritaria, podrá ser reducida por el Poder Ejecutivo hasta el diez por ciento (10%) del capital social, no obstante este porcentaje deberá asegurarle la participación y poder de veto en el directorio”.

<sup>70</sup> Artículo 8o. del decreto 1192/92: “No serán aplicables a ‘Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA)’ las leyes de obras públicas, de contabilidad, de procedimientos administrativos y sus normas complementarias, ni legislación y normativa administrativa alguna aplicable a las empresas en que el Estado tenga participación. Los procedimientos de contratación de ‘Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA)’ se regirán por las normas y principios del derecho privado asegurando su transparencia, competencia y publicidad con exclusión de toda norma propia del derecho administrativo o prerrogativa del derecho público”.

valores que se asigne al agua en el caso de los hidráulicos que se hayan declarado— abasteciendo la demanda y minimizando los costos totales del sistema y determinando el precio del mercado *spot* en función del costo declarado por la última máquina que ingresa a satisfacer el último kilovatio de demanda existente en cada momento.

Para el funcionamiento del mercado *spot* se ha establecido un sistema de operación y despacho, mediante el cual se concretan todas las comunicaciones en tiempo real, transmisiones y procesamiento de la información asociada a la operación y transacciones comerciales, permitiéndole a CAMMESA tanto programar y coordinar la operación y despacho del sistema como calcular en tiempo y forma los precios y volúmenes definiendo los montos de las transacciones económicas. Ella, no obstante tener la responsabilidad primaria de toda la operación y el despacho, puede delegar funciones en otras empresas.

Este sistema está constituido por: a) el SOTR, es decir, el Sistema de Operación en Tiempo Real del sistema físico y de la administración del MEM; b) el SMEC o Sistema de Medición Comercial, esto es, un sistema de registro y transmisión de los datos de cada uno de los agentes, y c) el SCOM o Sistema de Comunicaciones que enlaza a CAMMESA con todos y cada uno de los agentes.

En síntesis, CAMMESA tiene a su cargo no sólo programar y poner en práctica el despacho de la energía eléctrica y las transacciones entre compradores y vendedores en la República Argentina que estén interconectados —con sus características especiales por no estarlo, el Patagónico hasta su incorporación— sino que, además, elabora y sistematiza toda la información necesaria para emitir —por cuenta y orden de los agentes del MEM— la documentación comercial que acredita los créditos y débitos que se producen mes a mes y administra el sistema de cobranzas y de cancelación de deudas, entre cada uno de ellos, percibiendo como retribución un porcentaje de la proporción que representa el volumen monetario por compra o venta de cada agente dentro del total de las transacciones del MEM e independientemente de la existencia de contratos.

En este proceso de facturación mensual correspondiente a todas las operaciones del MEM, CAMMESA actúa como mandataria de todos los agentes, por su cuenta y orden y, dado el carácter de mercado único bajo el cual se opera, aplicando un criterio de proporcionalidad a los efectos del cálculo de las acreencias y deudas que cada agente mantenga con el resto de los

participantes en las transacciones del correspondiente periodo mensual involucrado, lo cual implica que cada comprador en el MEM es deudor con cada uno de los vendedores en proporción a su participación en el importe total de la venta. De esta manera y mediante un sistema de cobranzas centralizado, se asegura que los pagos se efectúen con igual criterio de proporcionalidad, conforme los deudores cancelen sus obligaciones.

Para la confección de esa documentación comercial, previamente cada agente del MEM le suministra a CAMMESA la información que expresamente se le indica que permite elaborar una base de datos y confeccionar y emitir, por iguales periodos, el “documento de transacciones económicas”, donde se individualiza para cada agente los montos por los cuales ha resultado deudor o acreedor con base en sus compras o ventas, con la proporción en que cada deudor participa en la conformación del crédito de cada vendedor, el tiempo de servicio efectivo de los sistemas de transporte y las penalidades aplicables.

Una vez efectuadas las correcciones que dicho documento pudiera haber merecido por parte de los agentes o del propio OED, éste emite facturas por cada agente comprador discriminando en las mismas los conceptos de energía, transporte de la energía, potencia y otros servicios como regulación de frecuencia, reactivo, arranque y parada de máquinas; además, en el caso de las transportistas, las penalidades que le hubiera aplicado el ENRE, efectuándoles a ellos el correspondiente débito y a su vez a los usuarios del transporte el equivalente crédito. También se calcularán los saldos de las operaciones efectuadas en el mercado *spot* por empresas con contratos y se debitará a cada agente la parte proporcional que le corresponda en concepto de reembolso mensual de gastos y/o inversiones de CAMMESA acordado previamente en el presupuesto estacional.

El servicio de cobranza que presta abarca todos los pagos que se efectúen —excepto los que correspondan a la ejecución de contratos a término— acreditando a cada uno de los vendedores en forma proporcional los montos cobrados, esto es, distribuyendo los fondos disponibles resultantes de las acreditaciones que se registren, razón por la cual no se admiten pagos entre agentes por afuera de este sistema, con la excepción antes indicada.

## V. LA SECRETARÍA DE ENERGÍA

La Ley 24.065 en sus artículos 35 y 36, expresamente le otorga a esta Secretaría la facultad de dictar la reglamentación de la Ley 24.065, esto es, las normas federales regulatorias de la actividad eléctrica.

La Secretaría está facultada para determinar las normas a las cuales se ajustará el despacho nacional de cargas para el cumplimiento de sus funciones, imponiendo la obligación de actuar respetando dos principios fundamentales: a) permitir la ejecución de todos los contratos que las partes pacten libremente; lo que no implica que sus consecuencias tengan que ser trasladadas a los usuarios de las distribuidoras; y b) despachar toda la demanda que le sea requerida por el MEM, respetando el principio de que los generadores deben recibir por la energía vendida una tarifa uniforme basada en el costo económico del sistema, teniendo en cuenta el costo que represente para la comunidad la energía no suministrada.

Al mismo tiempo los distribuidores deberán percibir una tarifa uniforme, estabilizada, medida en los puntos de recepción, que incluirá no solamente lo que perciben los generadores sino también los costos del transporte.

Además, a la Secretaría es a quien se ha facultado para el dictado de las normas de despacho económico para las transacciones de energía y potencia, las que deberán ser aceptadas explícitamente por los actores del MEM como condición previa y necesaria para suministrar o recibir energía.

Asimismo, por el artículo 17 de la Ley se le otorga la facultad de dictar la reglamentación de las medidas destinadas a la protección de las cuencas hídricas y los ecosistemas involucrados así como los estándares de emisión de contaminantes; y por la última parte del artículo 31 y su reglamentación es quien está facultado para autorizar la construcción de líneas de transporte de uso particular.

También —en la reglamentación del artículo 3o. y en concordancia con su texto— se le impuso la obligación de implementar todos los mecanismos que fueren menester para asegurar que las actividades de transporte y distribución de la energía eléctrica, transferidas al sector privado como consecuencia de la privatización permanezcan a cargo del mismo; ratificando la voluntad del legislador de mantener en manos privadas la prestación de los servicios públicos de jurisdicción nacional.

La Secretaría de Energía es quien tiene la facultad de determinar cuáles serán los módulos de potencia y energía y demás parámetros técnicos que

debe revestir un usuario para ser autorizado a incorporarse a la categoría de Gran Usuario y de este modo adquirir la energía directamente al productor, obviando estar obligado a contratar el suministro con el distribuidor.

Mediante el artículo 34 es a la que se la faculta para autorizar las operaciones de exportación y/o importación de energía; habiéndose creado, por el artículo 5o. del decreto del Poder Ejecutivo Nacional 186/95, la categoría de “Participante” del MEM que comprende, entre otras, a las empresas autorizadas por la Secretaría a comercializar la energía proveniente tanto de interconexiones internacionales como de emprendimientos binacionales; en el artículo 7o. siguiente se incluye la facultad de dictar las normas y procedimientos que regirán a esta nueva categoría, imponiéndole el deber de preservar la mayor libertad en dichas operaciones de comercialización en bloque.

Mediante el decreto del Poder Ejecutivo Nacional 974/94 se delegó en ella tanto la facultad de otorgar las concesiones de transporte de energía eléctrica de interconexión internacional que, en virtud del artículo 11 de la Ley 15336 están en cabeza de dicho Poder, como la de reglamentar dicha actividad. Figura esta independiente de las restantes concesiones de transporte de energía eléctrica no prevista en ninguna de ambas leyes.

A su vez, por los artículos 51 y 52 de la reglamentación aprobada por el decreto 1398/92 es quien tiene la facultad de dar o no curso favorable a la propuesta del ENRE de prorroga o no, otorgamiento de una nueva y/o de renegociación de los contratos de concesión de los servicios públicos de transporte y/o distribución de energía eléctrica para su elevación a la aprobación del Poder Ejecutivo Nacional.

Siendo asimismo quien fijará las pautas y procedimientos a los que deberá ajustarse el ENRE en el proceso de selección de un nuevo concesionario y prestar su previa conformidad a la propuesta de adjudicación para elevar posteriormente al Poder Ejecutivo.

Este proceso de selección está previsto contractualmente teniendo en cuenta el principio de “temporalidad” que debe regir los contratos de concesión de servicios públicos de larga duración.

Entendiendo que ésta es una de las características y límites necesario para la prestación de toda actividad de un “servicio público”, se da en la práctica aun en aquellos casos en los que no puede haber competencia en la prestación del servicio público concesionado a través de la concurrencia de dos o más sujetos. Ello será así cuando tal se produzca, cada cierto tiem-

po, *para* la misma; esto es, cuando se efectúen convocatorias sucesivas durante tramos temporales de la concesión en la que nuevos gestores posibles —junto con el titular presente— puedan concurrir, haciendo ofertas para la asunción y mejora del servicio. El nuevo gestor o concesionario deberá asumir los activos e instalaciones sobre los que el mismo descansa, previamente valorados y abonados al titular, esto es, al anterior concesionario.

Tal proceso se da, por ejemplo, en el caso de las empresas de transporte de energía eléctrica, a las que el Estado nacional se les ha concesionado el servicio público por un lapso de 95 años; prorrogable a exclusivo criterio de la concedente por un máximo de 10 años, según determine el ENRE.<sup>71</sup> Mientras que en el caso de las distribuidoras varía entre dicho lapso y periodos de 90 o 50 años según los casos, pero siempre dividido en sucesivos “periodos de gestión” cuya duración en el primero es de 15 años en las de transporte —variando en las de distribución entre este mismo lapso y de 20 años— siendo de 10 cada uno de los restantes.<sup>72</sup>

Al cabo de cada uno de ellos se llamará a concurso —en condiciones similares a las que se fijaron en el Pliego de Bases y Condiciones utilizado para el concurso que dio origen a la concesión original en la cual resultó adjudicatario quien es el concesionario en ese momento y del vigente contrato de concesión—<sup>73</sup> para la venta de la totalidad de las acciones representa-

<sup>71</sup> Contrato de concesión de una transportista de energía eléctrica por distribución troncal (Distro): “Artículo 3o. La concedente otorga la concesión a la transportista, y ésta la acepta, por un plazo de noventa y cinco (95) años, contados a partir de la entrada en vigencia...”. Artículo 4o. La concedente podrá prorrogar la concesión, por un plazo a ser determinado por el ENTE por un máximo de diez (10) años, reservándose el derecho de suprimir la exclusividad siempre que se cumplan las siguientes condiciones: a) que con anterioridad no menor a dieciocho (18) meses del vencimiento del plazo de concesión, la transportista haya pedido la prórroga, indicando el plazo solicitado. b) que el Poder Ejecutivo Nacional haya otorgado la prórroga solicitada, indicando el plazo por el cual la otorga”.

<sup>72</sup> *Cfr.* Contrato de concesión de una Distro: “Artículo 5o.: El plazo de concesión se dividirá en periodos de gestión, el primero de los cuales tendrá una extensión de quince (15) años contados desde la toma de posesión, y los siguientes de diez (10) años, contados cada uno a partir del vencimiento del periodo de gestión anterior”.

<sup>73</sup> *Cfr.* Contrato de concesión de una Distro: “Artículo 6o. Con una antelación no inferior a seis (6) meses al vencimiento de cada periodo de gestión en curso, el ENTE o el organismo que lo reemplace, llamará a concurso público internacional para la venta de la totalidad de las acciones clase ‘A’ de ... S.A., iniciando las publicaciones al efecto, y establecerá el régimen tarifario que se aplicará durante los siguientes cinco (5) años. El Pliego bajo el cual se efectuará el referido concurso público deberá tener características similares a las del Pliego, debiendo asegurar la máxima transparencia y publicidad y estimular la concurrencia de la mayor cantidad posible de interesados, quienes deberán cumplir con las condiciones téc-

tivas del capital social de la concesionaria que se encuentran en poder de los accionistas clase “A” (también identificado como paquete mayoritario en los contratos de las distribuidoras) y que siempre representará un porcentaje tal que le otorga a sus titulares privados la mayoría de los votos en las asambleas o, en la propia expresión del contrato de concesión, les asegura los votos necesarios para formar la voluntad social.

En cada una de dichas licitaciones siempre tendrán derecho a participar todos los accionistas de esa clase —para lo cual, en su caso su derecho es el de ofertar el precio que entienda valen sus acciones— en libre competencia con cualquier otro interesado<sup>74</sup> y si el valor propuesto por los en ese momento accionistas de esa clase controlante es igual o superior al de la mejor oferta económica de sus competidores, los primeros conservarán la propiedad de las acciones sin pagar suma alguna hasta el fin del nuevo periodo de gestión, donde se volverá a efectuar un nuevo concurso.<sup>75</sup> Si el precio ofrecido por dichos accionistas controlantes, en cambio, fuere menor al de la mejor oferta económica competidora, la totalidad de las acciones clase “A” se adjudicarán y transferirán a quien o quienes hayan formulado dicha propuesta ganadora, que habrán devenido en accionista o accionistas titulares

nicas requeridas y satisfacer requisitos económicos referidos a activos totales, a patrimonio neto y a variaciones del patrimonio neto que sean, como mínimo, iguales a los exigidos en el pliego”.

<sup>74</sup> *Cfr.* Contrato de concesión de una Distrito: “Artículo 7o. Al finalizar cada periodo de gestión los titulares de la totalidad de las acciones Clase ‘A’ de ... S. A., tendrán derecho a presentar, en sobre cerrado, el precio en el que valúan la totalidad de las acciones clase “A”, dentro de los términos y condiciones del concurso público y del presente contrato. El Pliego del concurso público determinará la oportunidad en la cual deberá ser presentado el sobre cerrado, la que no podrá ser fijada para una fecha posterior a aquella establecida para la presentación de la oferta económica por los oferentes en el concurso público. El referido sobre cerrado y los de las ofertas económicas serán abiertos simultáneamente en el acto que, a tales efectos, determine el correspondiente Pliego. La no presentación por el titular del paquete mayoritario del referido sobre en la fecha indicada no afectará la venta del paquete mayoritario en concurso público...”.

<sup>75</sup> *Cfr.* Contrato de concesión de una Distrito: “Artículo 8o. Si el valor de las acciones expresado por los titulares de las acciones clase ‘A’ de ... S. A. fuera igual o mayor al de la mejor oferta económica, los titulares de estas acciones conservarán la propiedad, sin estar obligados a pagar suma alguna. En este caso, deberán saldar las deudas que la transportista tuviera a la fecha con la concedente”.

de las acciones de esa clase “A” y el importe así obtenido será entregado a los anteriores accionistas titulares de las acciones en venta.<sup>76</sup>

De esta forma se contempla y conjuga, en la práctica, tanto la necesidad de adoptar aquel mecanismo que resulte más eficiente y económico para el destinatario del servicio y que en el estado de la tecnología existente aplicable no es otro que el establecimiento de un monopolio natural —como es lo es en el caso del transporte de la energía eléctrica—, como la de limitar o restringir en todo lo posible la existencia del derecho a su prestación “exclusiva”<sup>77</sup> en cabeza de un único sujeto determinado, a fin de evitar los vicios o excesos que toda situación monopólica pudiera originar.

## VI. EL ENTE NACIONAL REGULADOR DE LA ELECTRICIDAD (ENRE)

El ENRE ha sido creado por los artículos 54 a 69 de la Ley 24.065, no obstante haber otros también referidos a sus facultades o atribuciones, dentro de las que se encuentra la de hacer cumplir las normas emitidas por el Poder Legislativo, así como las del Poder Ejecutivo en ejercicio de sus funciones reglamentarias.<sup>78</sup>

Es una entidad autárquica, actuante en el marco de la organización administrativa del Estado —con ubicación específica en el ámbito de la Se-

<sup>76</sup> *Cfr.* Contrato de concesión de una Distro: “Artículo 9o. Si el precio indicado en el sobre cerrado fuera menor que el correspondiente a la mejor oferta económica, la totalidad de las acciones clase ‘A’ de ... S. A. serán adjudicadas al oferente que hubiera efectuado dicha oferta económica. El importe que se obtenga por la venta de estas acciones será entregado a quienes eran sus titulares hasta ese momento, previa deducción de los créditos que por cualquier causa tuviere la concedente a su favor contra la transportista. La entrega de este importe deberá realizarse dentro del plazo de treinta (30) días de haberlo recibido la concedente”.

<sup>77</sup> *Cfr.* Contrato de concesión de una Distro, la definición de “Exclusividad” es: “Característica con que se otorga la prestación del Servicio Público de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal dentro de una región eléctrica, que implica que la concedente no concederá a terceros ni prestará por sí mismo dicho servicio, ya sea por intermedio del sistema de transporte existente o a través de la instalación que se construya para ampliar su capacidad de transporte en los términos del reglamento de acceso”.

<sup>78</sup> *Cfr.* Sarmiento García, Jorge, *Concesión de servicios públicos*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, Editorial de Ciencia y cultura, 1999, pp. 149 y 150.



cretaría de Energía—<sup>79</sup> sujeta al control de tutela encauzado procesalmente a través del recurso de alzada<sup>80</sup> y al régimen de control externo de la administración.<sup>81</sup>

El ENRE se encuentra comprendido en lo que la Constitución ha identificado como “establecimiento de utilidad nacional” (artículo 75, inciso 30)<sup>82</sup> concepto que abarca todas las entidades nacionales de cualquier naturaleza jurídica que tienen actividad en una o más provincias, consecuencia de lo cual, en ellos la jurisdicción federal resultará exclusiva y excluyente en todo lo que haga en forma directa o indirecta al objeto mismo de su actividad federal; más aún, si tenemos en cuenta que el término nación es comprensivo de los entes autárquicos nacionales, dentro de los cuales el ENRE se encuentra, su objeto específico y la participación que en su directorio tienen las provincias.<sup>83</sup>

La Ley 24.065 en su artículo 2o. enumera y describe claramente los fines que persigue la política nacional en materia de electricidad, todos los cuales invisten, sin distinción, idéntica jerarquía; consecuencia de lo cual, el Ente debe no sólo sujetar su accionar a ellos —a fin de proteger los derechos e intereses de cada uno de los diferentes protagonistas, sean éstos agentes, participantes o usuarios domiciliarios, buscando armonizarlos y

<sup>79</sup> Cfr. Artículo 54 de la Ley 24065: “Créase en el ámbito de la Secretaría de Energía... el Ente Nacional Regulador de la Electricidad, el que deberá llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos enunciados en el artículo 2o. de esta Ley...”.

<sup>80</sup> Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Derecho administrativo*, 5a. ed., t. II, p. 492.

<sup>81</sup> Cfr. Artículo 64 de la Ley 24.065: “El Ente se regirá en su gestión financiera, patrimonial y contable por las disposiciones de la presente Ley y los reglamentos que a tal fin se dicten. Quedará sujeto al control externo que establece el régimen de contralor público...”.

<sup>82</sup> Artículo 75, inc. 30: Corresponde al Congreso: ... 30) Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la nación y dictar la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territorio de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre estos establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines”.

<sup>83</sup> Cfr. Gordillo, Agustín, *op. cit.*, nota 10, XV, pp. 40-42: “El término nación no ha sido tomado como aplicable exclusivamente a la persona jurídica del Estado nacional, sino que ha sido considerado como comprensivo de los entes autárquicos nacionales. Muchas veces la Corte lo dice sin mayores desarrollos pero con un claro sentido empírico y valorativo [y p. 49] ... La actividad de los entes regulatorios previstos en el artículo 42 de la Constitución, pues, es definitivamente jurisdicción nacional en lo que hace a su objeto específico. Y la participación decisoria que las provincias deben tener en sus cuerpos directivos no es sino una ratificación de que ellas mismas carecen e jurisdicción propia y por ello deben venir a concurrir al ejercicio de la jurisdicción nacional”.

llevarlos a la práctica “ en un marco que concilie la regla de la continuidad con la calidad y eficiencia de los servicios”—<sup>84</sup> sino que, además, es su obligación controlar que la actividad del sector se ajuste a los mismos.<sup>85</sup>

Tales fines son:

- a) proteger adecuadamente los derechos de los usuarios;
- b) promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad, así como alentar las inversiones para asegurar el suministro a largo plazo;
- c) promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad;
- d) regular las actividades del transporte y la distribución de electricidad, asegurando que las tarifas que se apliquen a los servicios sean justas y razonables;
- e) incentivar el abastecimiento, transporte, distribución y uso eficiente de la electricidad fijando metodologías tarifarias adecuadas;
- f) alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible.

A tal efecto, la Ley en su artículo 56 ha determinado las funciones y facultades del ENRE, es decir, le ha atribuido su competencia, ha fijado el marco de especialidad dentro del cual podrá actuar representando el límite jurídico fuera del cual sus actos se hallarán afectados de invalidez de carácter absoluto; ámbito de actuación previamente acotado por la norma que no puede ser extendido por voluntad del ENRE. En definitiva, sus potestades, derivan del ordenamiento jurídico que las delimita y acota.

Es decir, tanto en su organización como en su actividad, el ENRE no determina autónomamente sus fines sino que le vienen dictados por el ordenamiento, consecuencia de lo cual, el derecho no actúa como límite sino como condición habilitante del contenido de su actividad, dado que en la medida que puede generar cargas, obligaciones o actos de gravamen, requiere una norma expresa de atribución.

<sup>84</sup> *Ibidem*, pp. 495 y 498, con cita de García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, “Curso de derecho administrativo”, t. I, pp. 446 y ss.

<sup>85</sup> *Cfr.* último párrafo del artículo 2o. de la Ley 24.065: “...El Ente Nacional Regulador de la Electricidad que se crea en el artículo 54 de la presente Ley, sujetará su accionar a los principios y disposiciones de la presente norma, y deberá controlar que la actividad del sector eléctrico se ajuste a los mismos”.

La Ley 24.065 en su artículo 16 otorga al ENRE la facultad de dictar determinados reglamentos y resoluciones a las cuales debe ajustar su conducta el concesionario en materia de seguridad pública; asimismo, en el inciso b) del artículo 56 se lo faculta a dictarlos en materia de seguridad, normas y procedimientos técnicos, de medición y facturación de los consumos, de control y uso de medidores, de interrupción y reconexión de suministros, de acceso a inmuebles de terceros y de calidad de los servicios prestados; en el inciso m) el dictado del reglamento para la aplicación de las sanciones que correspondan por violación a las disposiciones legales, reglamentarias y contractuales; a su vez el artículo 81 le adjudica la facultad de dictar las normas de procedimiento para realizar las audiencias públicas y aplicar las sanciones prevista en la propia Ley.<sup>86</sup>

Existen sanciones o penalidades que no pueden exceder ni apartarse de las previstas en la ley, su reglamentación y el contrato de concesión,<sup>87</sup> atento que así está dispuesto expresamente en el inciso o)<sup>88</sup> del citado artículo 56; amén que, el crear sanciones, como sería aplicar otras no previstas previamente en la Ley o el contrato de concesión, implicaría violar el principio de “legalidad”, por cuanto tal es una actividad encomendada al Congreso, exclusivamente.<sup>89</sup>

Sea que se esté ante una potestad sancionatoria contractual o disciplinaria no existe una diferencia esencial ni de régimen entre ambos tipos, la primera surge del acuerdo de voluntades y la segunda directamente de la Ley; en ambos casos la conducta penada y su sanción deben estar descritos en el contrato o en la ley por cuanto sólo se puede considerar incorporado al vínculo bilateral aquello que ha sido aceptado, sea por estar en el texto contractual o en forma adhesiva por estarlo en la normativa aplicable. Dicho de

<sup>86</sup> *Cfr.* Primer párrafo del artículo 81 de la Ley 24.065: “El Ente dictará las normas de procedimiento con sujeción a las cuales se realizarán las audiencias públicas y se aplicarán las sanciones previstas en este capítulo debiéndose asegurar en todos los casos el cumplimiento de los principios del debido proceso...”.

<sup>87</sup> “Las violaciones o incumplimientos de los contratos de concesión de servicios de transporte o distribución de electricidad serán sancionados con las penalidades previstas en los respectivos contratos de concesión”.

<sup>88</sup> *Cfr.* Artículo 56, inciso o) de la Ley 24.065: “El Ente tendrá las siguientes funciones y facultades: ...o) Aplicar las sanciones previstas en la presente Ley, en sus reglamentaciones y en los contratos de concesión, respetando en todos los casos los principios del debido proceso...”.

<sup>89</sup> Fallos 237: 636.

otra manera, si no esta previsto en uno u otra, las penas que se intentara aplicar resultarían inconstitucionales.<sup>90</sup>

Podríamos incluir, quizás, entre las facultades del ENRE el inciso f) del artículo 56 de la Ley 24.065 por cuanto allí se le otorga la de “Determinar las bases y condiciones de selección para el otorgamiento de concesiones de transporte y distribución de electricidad...” los que —en virtud de su reglamento aprobado por el decreto 1398/92

... deberán fundarse en los principios generales contenidos en el Pliego de Bases y Condiciones que se utilice para transferir al sector privado la actividad de distribución a cargo de Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires Sociedad Anónima y, en particular, el anexo correspondiente al contrato de concesión deberá respetar el principio de división del plazo de concesión en periodos de gestión así como mecanismos que aseguren la no readquisición a título oneroso, por el Estado nacional, de los activos afectados al servicio y su transferencia sucesiva a nuevos prestadores del servicio.

Principio éste de respeto a las condiciones originales con base en las cuales se transfirió al sector privado la prestación del servicio público que se reitera en los contratos de concesión, donde se consigna que el Pliego bajo el cual se efectuará el concurso público para la nueva venta de las acciones deberá tener características similares a las del Pliego utilizado para el concurso público internacional cuyo objeto fuera la venta original de las acciones a sus primeros accionistas como consecuencia del proceso privatizador.

En definitiva, las potestades que el régimen legal específico de la energía eléctrica otorga al ENRE abarca desde la fiscalización de los servicios y del cumplimiento de las obligaciones contractuales (inciso a); prevenir conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias (inciso c); establecer las bases para el cálculo de las tarifas y el control de su aplicación conforme a las condiciones contractuales y legales específicas (inciso d); asegurar el libre acceso a los servicios de los concesionarios (inciso e); llamar al proceso de selección de los concesionarios y adjudicar firmando el contrato de concesión *ad referendum* del Poder Ejecutivo (inciso g); propiciar ante el Poder Ejecutivo la cesión, prórroga, caducidad o remplazo de las concesiones cuando así correspondiese conforme las normas aplicables

<sup>90</sup> Cfr. Botassi, Carlos A., “Potestad sancionatoria de la contratación administrativa”, *Contratos administrativos*, Ciencias de la Administración, pp. 262-266.

(inciso h); autorizar las servidumbres de electroducto y otorgar las autorizaciones previstas en la ley (inciso i); organizar y aplicar el régimen de audiencias públicas previsto en la ley, lo cual abona el criterio de que no podría convocar a ellas en los casos donde no se lo haya previsto (inciso j); velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública en la construcción y operación de los sistemas eléctricos (inciso k); actuar ante los tribunales para asegurar el cumplimiento de sus funciones y los fines de la ley y los contratos de concesión (inciso l); realizar inspecciones y requerir de los concesionarios la documentación necesaria para verificar el cumplimiento de la ley y los contratos (inciso n); aplicar sanciones (inciso o).

Está dirigido por un directorio colegiado de cinco miembros —con dedicación exclusiva— designados y/o removidos por el Poder Ejecutivo (artículos 57 y 58) previa comunicación a una Comisión del Congreso Nacional de los fundamentos de su decisión (artículo 59), la cual si bien puede emitir su opinión ésta no es vinculante, pesando sobre ellos la prohibición de tener relación alguna con agentes del MEM o sus controlantes o controladas (artículo 60) y estando alcanzados por las incompatibilidades legales de los funcionarios públicos. Su representante legal es el presidente y su reemplazante el vicepresidente (artículo 61), uno de los cuales debe estar presente para integrar el quórum mínimo necesario de tres miembros y debiendo adoptar sus decisiones por mayoría simple (artículo 62), lo cual tacha de nulidad cualquier acto que sea adoptado sin haberse contado con el quórum requerido o la mayoría mínima necesaria que, en caso de empate, dirime el doble voto del presidente o su reemplazante.

Para —como dice el artículo 54 de la Ley 24065— “llevar a cabo *todas* las medidas necesarias para cumplir con los objetivos enunciados en el artículo 2o. de esta Ley...” que no son otros que los fines enumerados anteriormente, el legislador facultó al ENRE a munirse de los recursos necesarios a través de “la tasa de inspección y control...” que se crea por el artículo 67 y que, “fijada en forma singular para cada productor, transportista o distribuidor en particular...”, debe ser abonada anualmente por cada uno de los agentes del MEM (artículo 20) por un monto que

será igual a la suma total de gastos e inversiones previstos por el ente en dicho presupuesto (anual que, conforme el artículo 63, inciso e, confeccionado por el Directorio debe ser elevado para su aprobación legislativa mediante la Ley Nacional de Presupuesto), multiplicada por una fracción en la cual el numerador,

serán los ingresos brutos por la operación correspondiente al año calendario anterior, y el denominador, el total de los ingresos brutos por operación de la totalidad de los productores, transportista y distribuidores del país, durante igual periodo.

Por último cabe hacer mención a la obligación del ENRE de convocar a audiencias públicas en determinadas circunstancias previstas específicamente en la Ley, como son las hipótesis contempladas en los artículos 11, 12 y 13, como previa al otorgamiento del Certificado de Conveniencia y Necesidad que es un requisito previo y necesario para comenzar la construcción de obras u operación de instalaciones relacionadas con los servicios públicos de distribución o transporte; 32 relativo al pedido de autorización para la consolidación en un mismo grupo empresario entre dos concesionarios del servicio público de distribución o transporte o la adquisición de acciones de un transportista o distribuidor por parte de otro transportista o distribuidor, respectivamente; artículo 46, relativo a las solicitudes de modificación de las tarifas de transportistas o distribuidores, durante el periodo de vigencia de un cuadro tarifario; artículo 48, relativo a la modificación tarifaria del prestador de un servicio público, por entender que existen motivos razonables para alegar que la tarifa vigente es injusta, irrazonable, indebidamente discriminatoria o preferencial; artículo 73, cuando se considera que cualquier acto de un agente del MEM o un usuario es violatorio de la Ley 24065 o su reglamentación, resoluciones del ENRE o los contratos de concesión; artículo 74, para analizar la conveniencia, necesidad y utilidad general del servicio público de transporte o distribución o conductas contrarias a la libre competencia o pudiere entenderse estar ante abuso de situaciones derivadas de monopolio natural o abuso de posición dominante.

## VII. REGLAS POSTERIORES A LA DECLARACIÓN DE EMERGENCIA Y PESIFICACIÓN

Como consecuencia de las decisiones adoptadas por la Secretaría de Energía a partir del “congelamiento de las tarifas” debido a las estipulaciones de la Ley 25.561 de emergencia se introdujeron las siguientes modificaciones aún en vigencia:

a) los factores de nodo que definían la energía entregada por los generadores a los demandantes son iguales a la unidad, eliminando la corrección del precio por costos de transmisión;

b) se establece un sobrecosto con vigencia a la fecha de la declaración de emergencia;

c) para el periodo estacional de invierno del 2002 el régimen remuneratorio por precio *spot* no se rigió por costos marginales sino por los variables de producción y la Secretaría de Energía podía fijar valores máximos diferentes a los declarados por los generadores a quienes se les podía asignar un sobreprecio trimestralmente; los saldos positivos del Fondo de Estabilización pudieron utilizarse para prefinanciar combustibles líquidos a los generadores; se creó un *spot* anticipado;

d) el pago de la potencia es un cargo fijo, independiente del despacho de energía, asociando los mayores costos únicamente a la mayor demanda de energía;

e) las nuevas tasas a los combustibles serán pagados como un sobrecosto por la demanda en función de su consumo;

f) los contratos de reserva fría son remplazados por otros de energía (sin garantías) y de disponibilidad de potencia (con garantías), permitiendo adaptar los contratos a término a las necesidades financieras.