

Apuntes sobre un exabrupto constitucional. La transferencia del servicio público de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR y EDESUR a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires

*Notes on a constitutional outburst. The transfer
of the public electric power distribution service
provided by EDENOR and EDESUR
to the Autonomous City of Buenos Aires and
the Province of Buenos Aires*

Roque Nicolás Caputo¹

Universidad Nacional de La Plata. Argentina

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 6/Nº 20 Invierno 2021 (21 junio a 20 septiembre) p. ej.: 125-180

<https://doi.org/10.24215/25251678e543>

Recibido: 01/09/2021

Aprobado: 15 /09/2021

<https://orcid.org/0000-0003-0446-4905>

Resumen: Este opúsculo tiene como objeto analizar, desde una perspectiva jurídica, el proceso de transferencia desde el Estado Nacional hacia la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y a la Provincia de Buenos Aires del servicio público de distribución de energía eléctrica, a cargo de la Empresa Distribuidora Norte S.A. (EDENOR

¹ Abogado y Escribano (UNLP). Asesor jurídico de la H. Cámara de Diputados de la Nación, Correo electrónico: rnicolascaputo@gmail.com

S.A.) y la Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDESUR S.A.). Estas palabras pretenden ser una investigación descriptiva que busca introducir al lector a la problemática desde una mirada crítica que no agota su estudio, simplemente se apuntan algunos elementos que ayudarán a abordarla.

Palabras clave: Servicios Públicos, energía eléctrica, federalismo, transferencia de servicios

Abstract: The purpose of this article is to analyze, from a legal perspective, the process of transfer from the National State to the Autonomous City of Buenos Aires and to the Province of Buenos Aires of the public service of electric power distribution, in charge of Empresa Distribuidora Norte S.A. (EDENOR S.A.) and Empresa Distribuidora Sur S.A. (EDENOR S.A.). These words are intended as a descriptive research that seeks to introduce the reader to the problem from a critical point of view that does not exhaust its study, but simply points out some elements that will help to approach it.

Keywords: Public utilities, electric power, federalism, transfer of services.

I. Introducción

El principal interrogante al que busca encontrarle una respuesta el presente trabajo, que se inserta dentro del estudio del federalismo, es el siguiente:

¿Es jurídicamente válido transferir desde el Estado Nacional (EN) a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) y a la Provincia de Buenos Aires (PBA) el servicio de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR S.A. y EDESUR S.A.?

Además, el tópico bajo estudio contiene varios aspectos analíticos relacionados, entre ellos los que refieren a la distribución de competencias dentro del Estado federal y

la disponibilidad de las facultades privativas de sus miembros, los tratados del derecho intrafederal -y otros convenios interestatales-, la titularidad de los servicios públicos y la transferencia de estos y el régimen jurídico de los entes interjurisdiccionales.

I.1. Aclaración preliminar

Como cuestión liminar debemos destacar que el Gobierno de la Alianza Cambiemos (2015-2019) implementó, desde su inicio, una serie de políticas tendientes a disminuir los subsidios destinados a los servicios públicos, en el marco de un programa económico neoliberal de recorte del gasto público, endeudamiento externo y medidas de redistribución regresiva del ingreso; plan que se aceleró junto con el deterioro de la macroeconomía y el endeudamiento con el Fondo Monetario Internacional, al final del mandato.

Dentro de ese plan económico se destaca la declaración de emergencia del sector eléctrico nacional (Decreto N° 134/2015), que abrió camino a las revisiones tarifarias integrales² previstas en las Actas Acuerdo de renegociación contractual del 2006 (v. artículo 9° de la Ley N° 25.561) que, junto con el aumento del precio del gas natural y el consecuente ajuste del precio estacional de la energía eléctrica, generaron un enorme salto porcentual de las facturas de usuarios y usuarias residenciales del servicio, reduciendo el ingreso disponible de las familias, como así también un severo incremento de costos para el comercio y la industria.

² En el marco del proceso de readecuación de tarifas de los servicios de energía eléctrica, a partir del dictado de la resolución 7/2016 del ex MINISTERIO DE ENERGÍA Y MINERÍA (MINEM), el ENRE estableció, mediante su resolución 1/2016, nuevos cuadros tarifarios de carácter transitorio para las Concesionarias y, posteriormente, llevó a cabo el proceso de Revisión Tarifaria Integral a partir de la cual se dictaron los cuadros tarifarios correspondientes mediante las resoluciones del ENRE 63 y 64 del 31 de enero de 2017, para el servicio de distribución.

En ese contexto, en el año 2018 el Estado Nacional, las Provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante el Pacto Fiscal 2018 (Ley N° 27.469), declararon su intención de realizar el traspaso, a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, de la jurisdicción del servicio público de distribución de energía eléctrica en el área metropolitana, a cargo de EDENOR S.A. y EDESUR S.A., como sucede en el resto de las jurisdicciones, sin detenerse -como se verá- en las particulares características de estas concesiones.

Posteriormente, el Congreso Nacional (Ley N° 27.467, presupuesto del ejercicio 2019), instruyó al Poder Ejecutivo Nacional a impulsar los actos que resulten necesarios para que las distribuidoras eléctricas pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la CABA y la PBA. En consecuencia, durante el año 2019, los Estados involucrados celebraron acuerdos con el objetivo de concretar el traspaso. Los dos primeros entre el EN, la PBA y la CABA, con el objeto de acordar e implementar la transferencia, luego uno entre la PBA y la CABA, creando un ente bipartito de control y, posteriormente, entre el EN y las concesionarias, sobre regularización de deudas y obligaciones.

Sin embargo, a finales del 2019, ya con otro Gobierno en el poder, por un nuevo Pacto Fiscal, se decidió suspender una serie de puntos del Pacto Fiscal 2017 y el Pacto Fiscal 2018 hasta el 31/12/2020. Asimismo, el artículo 7° de la Ley N° 27.541 suspendió lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 124 de la Ley N° 27.467 y el artículo 12 del Decreto N° 1020/2020, al prorrogar la intervención del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), dispuso que éste mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución de energía eléctrica que prestan las concesionarias EDENOR S.A. y EDESUR S.A.

Como último hito de este proceso, los Estados involucrados y las empresas suscribieron el “Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público

de Distribución de Energía Eléctrica” de fecha 19/01/2021, dejando atrás la intención de transferir las concesiones y abriendo una nueva etapa en la historia del servicio.

I.2. Breve descripción del sistema eléctrico nacional

Antes de avanzar resulta necesario realizar una escueta síntesis descriptiva sobre el sistema eléctrico argentino, con el objetivo de ubicar la problemática dentro del complejo entramado institucional que permite que los interruptores de nuestros hogares funcionen.

El diseño organizacional del sistema eléctrico puede describirse del siguiente modo: las empresas productoras de electricidad colocan su producción a través de empresas transportistas que transforman y transmiten la electricidad hasta las ciudades donde la entregan a los distribuidores quienes se encargan de abastecer a los usuarios finales. Esta es la operatoria normal y simplificada del sistema.

En algunos casos los generadores venden directamente -celebrando contratos de suministro (mercado a término)- la energía obtenida de sus fuentes de producción a los distribuidores o grandes usuarios. Cuando la energía es vendida directamente a los grandes usuarios, éstos últimos deben utilizar las redes de su distribuidor para poder recibir esa energía, entonces quien adquiere la electricidad es el gran usuario mientras que el distribuidor se limita únicamente a facilitar sus redes para que el producto llegue hasta él (en función del principio de libre acceso). Aquí el distribuidor no cobra el suministro de energía, pero sí corresponde que cobre la utilización de sus redes.

Como la energía no puede almacenarse y toda la energía producida debe ser consumida, existe un mercado y un despacho en tiempo real de flujo eléctrico (spot) que es administrado por el Organismo Encargado del Despacho (en nuestro país ese rol lo ocupa la Compañía Administradora del Mercado Eléctrico Mayorista Sociedad Anónima, “CAMMESA”).

Presentado de este modo el funcionamiento del sector nos resulta accesible distinguir a las etapas de generación, transporte y distribución.

Conceptualmente se ha dicho que: a) la generación es la actividad que se desenvuelve en centrales eléctricas que convierten la energía primaria (vgr. química, hidráulica o nuclear) en energía eléctrica, b) la actividad de transporte consiste en la transformación, maniobra y conducción de energía a distancia, por líneas aéreas o cables subterráneos llevada a cabo a elevadas tensiones para disminuir las pérdidas técnicas, y c) la distribución ha sido entendida como el punto final del proceso que hace llegar la energía eléctrica a los usuarios en tensiones medias o bajas, previa transformación respecto de la energía transportada a tensiones altas.

En la Ley N° 24.065 se presentan claramente distinguidas estas fases de la actividad, tal es así que la actividad de generación ha sido declarada de interés público mientras que las de transporte y distribución han sido declaradas servicios públicos. Esta ha sido una de las reformas que trajo aparejadas el proceso de privatización de la década del '90, donde se llevó a cabo una desintegración vertical, dividiendo a la actividad eléctrica en las etapas de generación, transporte y distribución, pasando así de un complejo sistema de empresas públicas y planeamiento centralizado a segmentar las fases del proceso eléctrico en empresas privadas que se vinculan dentro de un, no menos complejo, mercado regulado.

Durante las décadas posteriores a la crisis de salida de la convertibilidad el sector eléctrico sufrió numerosos cambios regulatorios que lo llevaron a no coincidir estrictamente con el modelo pensado en los '90.

Entonces, cabe concluir que EDENOR S.A. y EDESUR S.A. son empresas privadas que tienen a cargo la concesión de un servicio público que implica la síntesis de una compleja red de relaciones técnicas, jurídicas y económicas entre distintos actores públicos y privados que se vinculan dentro de un mercado regulado.

II. Antecedentes normativos del proceso de transferencia de jurisdicción

En el presente apartado se realiza un repaso de las normas y acuerdos que sucedieron durante el proceso de transferencia.

II.1. Los Consensos Fiscales y las leyes de presupuesto que iniciaron el proceso de transferencia

En primer término, corresponde mencionar que en el punto II, apartado N, del Consenso Fiscal 2017, aprobado por Ley N° 27.429, se estableció la eliminación de los subsidios diferenciales para el Ámbito Metropolitano de Buenos Aires (AMBA), en materia energética, para el ejercicio 2019. Y en el Consenso Fiscal 2018, aprobado por Ley N° 27.469, las partes declaran³ la intención de que las distribuidoras eléctricas EDENOR S.A. y EDESUR S.A. pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires y de la CABA, en línea con lo que ocurre con las distribuidoras eléctricas en las demás jurisdicciones.

Posteriormente, por medio del artículo 124⁴ de la Ley N° 27.467, Presupuesto General de Recursos y Gastos para el

³ En la Ciudad de Buenos Aires, a los 13 días del mes de septiembre de 2018, el señor Presidente de la Nación Argentina, Ing. Mauricio Macri, los señores gobernadores abajo firmantes y el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA), declaran: [...] “Que también se contempla que las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte SA (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur SA (Edesur) pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires y de la CABA, en línea con lo que ocurre con las distribuidoras eléctricas en las demás jurisdicciones.”

⁴ Artículo 124.- Instrúyese al PODER EJECUTIVO NACIONAL a impulsar los actos que sean necesarios para que, a partir del 1° de enero de 2019, las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur) pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Una vez que se efectivice lo contemplado en el párrafo anterior, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) creado por el artículo 54 de la ley 24.065 mantendrá sus funciones y facultades en todo aquello que no esté vinculado al servicio público de distribución de energía eléctrica.

año 2019, el Congreso Nacional instruyó al Poder Ejecutivo Nacional "...a impulsar los actos que sean necesarios para que, a partir del 1° de enero de 2019, las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur) pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..."

Por su parte, mediante la Ley N° 15.078 la Legislatura de la PBA autorizó al Poder Ejecutivo a suscribir los instrumentos, dictar las normas y crear los organismos que resulten necesarios a fin de hacer efectiva la transferencia a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por parte de la Nación, de la jurisdicción y competencia sobre el servicio de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR y EDESUR a partir del 01/01/2019.

II.2. El Acuerdo de Transferencia de Jurisdicción del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica a la Provincia de Buenos Aires

Con fecha 28/02/2019, el Estado Nacional, la CABA y la Provincia de Buenos Aires suscribieron el "Acuerdo de Transferencia de Jurisdicción del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica a la Provincia de Buenos Aires".

En dicho acuerdo se consideró necesario: 1) La constitución de un nuevo organismo de control que opere bajo la órbita de la CABA y la PBA y que cumpla las funciones del ENRE; 2) que las áreas técnicas del ENRE y del nuevo organismo regulador trabajen coordinadamente para lograr una transición que no afecte la prestación del servicio; 3) evaluar la posibilidad de que algunos agentes del ENRE pasen a prestar servicios en el nuevo organismo; 4) prever cómo se instrumentarán algunas cuestiones previstas en los contratos de concesión; 5) dar una solución integral a los reclamos pendientes entre el PEN y las Concesionarias (período de transición [06/01/2002 y 01/02/2017], pagos de los

consumos de los asentamientos con medidores comunitarios [10/2018 a 12/2018], diferencias resultantes de aplicar el tope en las facturas de los beneficiarios de la tarifa social).

Asimismo, la cláusula 1° estableció que el 1/03/2019 iniciaba el proceso de traspaso, la cláusula 2° la creación de un ente bipartito de control y regulación (CABA y PBA) y la 3° dispuso que los órganos técnicos del EN prestarán toda la colaboración que les sea requerida con el objeto de asegurar la continuidad de las tareas de control y regulación del servicio público de distribución de energía eléctrica. Al acuerdo prestó conformidad el titular del directorio del ENRE.

II.3. El Acuerdo de implementación de la transferencia de jurisdicción sobre el servicio público de distribución de energía eléctrica a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

El 9/05/2019 el EN⁵, la CABA y la PBA celebraron el “Acuerdo de implementación de la transferencia de jurisdicción sobre el servicio público de distribución de energía eléctrica a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

En la cláusula primera se estableció que, a partir de la entrada en vigencia del acuerdo, la CABA y la PBA asumen en forma conjunta la jurisdicción sobre el servicio público que prestan EDENOR y EDESUR, el carácter de concedente del servicio y, por lo tanto, la regulación y el control. Asimismo, el EN cede la prenda de las acciones Clase “A” constituidas en garantía por parte de la concesionaria (art. 35 de los contratos de concesión), los bienes cedidos por

⁵ Por el Decreto N° 162/19, de fecha 28/02/2019, el PEN encomendó al Ministerio de Hacienda, en el marco de la normativa vigente, la realización de las gestiones y la suscripción de los actos que resulten necesarios para dar efectivo cumplimiento a la instrucción prevista en el artículo 124 de la Ley N° 27.467.

el EN a las concesionarias mantendrán el mismo régimen en virtud de la afectación al servicio público, y al finalizar el contrato deberán ser entregados a la CABA o a la PBA según disponga el contrato.

En la cláusula segunda, la PBA y la CABA manifestaron que las concesiones y el servicio público que prestan EDENOR y EDESUR continuarán rigiéndose por los respectivos contratos de concesión y por las normas nacionales que fueran aplicables (leyes 15.336 y 24.065 y decreto 714/1992, Resoluciones del ENRE aplicables al servicio de distribución en especial los regímenes remuneratorios y de calidad de servicio e inversiones resultantes de la RTI, resoluciones 63/2017 y 64/2017).

La cláusula tercera compromete al ENRE a prestar colaboración al nuevo organismo de control. Por cláusula quinta EDENOR S.A. y EDESUR S.A. prestaron conformidad a la transferencia de los contratos de concesión y se comprometieron a mantener indemne a los Estados intervinientes por cualquier reclamo administrativo, arbitral o judicial.

II.4 El Acuerdo para el ejercicio conjunto de la jurisdicción sobre el servicio público metropolitano de distribución de energía eléctrica

El 9/05/2019, la CABA y la PBA firmaron el “Acuerdo para el ejercicio conjunto de la jurisdicción sobre el servicio público metropolitano de distribución de energía eléctrica”. Dicho acuerdo crea el Ente Metropolitano Regulador del Servicio Eléctrico (EMSE).

En la cláusula primera la PBA y la CABA se comprometen a ejercer en forma conjunta la jurisdicción sobre el servicio y asumen las atribuciones y funciones que corresponden a la autoridad concedente, según los términos de los Contratos de Concesión y las normas nacionales que los rigen, que serán ejercidas en forma conjunta.

Por la cláusula segunda se dispone que las concesiones continuarán rigiéndose por los respectivos contratos de concesión y por las normas nacionales -legales y reglamentarias- aplicables a dichos contratos.

La cláusula tercera establece que hasta tanto cada jurisdicción determine el régimen de tarifa social u otro beneficio análogo, continuarán aplicándose los establecidos hasta esa fecha (Res. MINEM N° 7/2016 y 219/2016).

La cláusula cuarta creaba el Ente Metropolitano Regulador del Servicio Eléctrico (EMSE), ente bipartito autárquico, conformado por la PBA y la CABA, que tendría por objeto la regulación y el control del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica correspondiente al área comprendida en las Concesiones otorgadas a EDENOR S.A. y EDESUR S.A.

La cláusula quinta establece que su personal se registrará por la ley de contrato de trabajo. La sexta establece que el organismo tendrá su sede en la CABA y una delegación en La Plata.

La cláusula séptima dispone que el organismo será dirigido y administrado por un Directorio integrado por seis (6) miembros, tres por cada jurisdicción, entre los cuales habrá un presidente, un vicepresidente (serán ejercidas de manera rotativa, cfr. C. 8) y durarán tres años en sus mandatos.

Las cláusula novena y décima establecen el régimen de incompatibilidades y limitaciones de los miembros del ente. La décimo primera fija las funciones del organismo, entre las cuales se encuentra la de fijar las tarifas y el régimen de tarifa social.

La cláusula décima segunda establece que será controlado por ambas jurisdicciones, la décima tercera establece su patrimonio, la décimo cuarta y quinta crean la tasa de fiscalización y sus pormenores.

La cláusula décima sexta establece que hasta tanto el organismo no fije su propio procedimiento interno el mismo se

regirá por la Ley de Procedimientos Administrativos Nacional. La décimo séptima establece la jurisdicción primaria para las controversias entre las distribuidoras y grandes usuarios.

Por la cláusula décimo octava se establece que no será procedente el recurso de alzada contra las decisiones del EMSE. La cláusula novena establece que la competencia judicial de control es el Contencioso Administrativo Federal.

II.5. El Acuerdo de regularización de obligaciones para la transferencia de las concesionarias a las jurisdicciones locales

Como consecuencia de lo pactado en los acuerdos antes reseñados, el 10/05/2019, el EN junto con EDENOR S.A. y EDESUR S.A. celebraron el “Acuerdo de regularización de obligaciones para la transferencia de las concesionarias a las jurisdicciones locales”⁶.

El objetivo de este acuerdo fue “...la regularización de los reclamos recíprocos del Periodo de Transición⁷ resultantes del contrato de concesión y/o de las Actas Acuerdo y/o de actos emitidos durante ese periodo...”.

Este convenio tuvo una naturaleza conciliatoria y transaccional, ya que las partes realizaron concesiones recí-

⁶ Este convenio motivó una denuncia penal contra los representantes del EN por malversación de recursos públicos que tramita en el Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal N° 5 (5059/2019).

⁷ Originariamente era el período comprendido entre el 6 de enero de 2002 y el 31 de julio de 2006, término a partir del cual se establecería un nuevo cuadro tarifario. No obstante, el proceso de RTI no se inició, como se vio, hasta el año 2016. A su vez, las Actas Acuerdo preveían un Régimen Tarifario de Transición que consistía en la aplicación del Cuadro Tarifario vigente establecido en los Contratos incluyendo las variaciones de los precios mayoristas de la electricidad reconocidos y trasladados a las tarifas, incorporando las modificaciones establecidas en la ley 25.561 y las que allí se estipulaban, que preveían la aplicación de un ajuste tarifario y de un Mecanismo de Monitoreo de Costos (“MMC”) semestral, de acuerdo a un procedimiento determinado, sobre la base de una estructura de costos de explotación e inversiones e índices oficiales de precios representativos de tales costos.

procas con el objetivo de culminar procesos judiciales en trámite y ponerles fin a diferendos de larga data. Al mismo tiempo se compensan obligaciones y, por otro lado, se produjo la novación de otras, ya que las partes suscribieron nuevos compromisos.

II.6. El Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica

En primer lugar, cabe destacar que por Resolución N° 161/LCABA/19 (4/07/2019) de la Legislatura de la CABA se aprobaron los acuerdos antes reseñados y por Decreto N° 1289/2019 (2/10/2019) el Poder Ejecutivo de la PBA hizo lo suyo y delegó en el Ministerio de Infraestructura y Servicios Públicos las atribuciones para realizar todos los actos necesarios a fin de hacer efectiva la transferencia del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica.

Ya con la elección y asunción de un nuevo Gobierno, en el Consenso Fiscal 2019 (17/12/2019), aprobado por Ley N° 27.542, se dispuso en su punto N° I la suspensión del Consenso Fiscal 2018, hasta el 31/12/2020, y pocos días después por la Ley N° 27.541 (23/12/2019) se suspendió lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 124 de la Ley N° 27.467.⁸ Asimismo, el artículo 12 del Decreto N° 1020/2020⁹

⁸ Artículo 7°- Suspéndese la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 124 de la ley 27.467. Durante la vigencia de la emergencia declarada en la presente, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución de energía de las concesionarias Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur).

⁹ Esta norma genera las bases para las renegociaciones de las RTI de los servicios de transporte y distribución de energía eléctrica y gas natural. Debe recordarse que debido a que la reglamentación de la Ley N° 24.065 amplió la primera revisión tarifaria a diez años (la ley prevé revisiones quinquenales) el servicio de distribución no tuvo revisión tarifaria, hasta la que se llevó adelante en 2017 pero que actualmente se encuentra auditada y en proceso de renegociación (Decreto N°1020/2020).

(17/12/2020) estableció que durante el plazo de intervención del ENRE, prorrogado en dicha norma, éste mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución.

Por último, el EN, la PBA y la CABA, con la conformidad del ENRE y las concesionarias, celebraron el 19/01/2021, el “Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica”. En este documento las partes reconocen que el traspaso no se efectivizó y que el carácter de poder concedente permanece en el Estado Nacional, al mismo tiempo que, se obligan a dejar sin efecto los actos que dieron lugar al traspaso y a dar lugar a la creación de un ente tripartito de regulación y control del servicio público de distribución de energía eléctrica en el AMBA.

En la cláusula primera de este acuerdo las partes reconocieron que el proceso de traspaso no se efectivizó y que la titularidad del servicio público de distribución de energía eléctrica en el área de concesión de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. permanecía en cabeza del EN, quien conservaba el carácter de Poder Concedente de los respectivos contratos de concesión. También los Estados involucrados se comprometieron a dejar sin efectos los acuerdos que dieron lugar al traspaso.

Por la cláusula segunda pactaron la constitución de un ente tripartito de regulación y control del servicio el que será autárquico, con independencia funcional y se regirá en lo concerniente a sus funciones y facultades, su constitución y conformación por lo dispuesto en los acuerdos que celebrarán las partes y por las normas que el mismo ente dicte.

La cláusula cuarta establece que las concesiones continuarán rigiéndose por las leyes nacionales –legales y reglamentarias- aplicables, las resoluciones del ENRE y las normas que emita el nuevo ente de control.

III. Distribución de competencias en el sistema eléctrico argentino

Antes de avanzar con la distribución de competencias dentro del sistema eléctrico, resulta necesario realizar un breve repaso sobre la configuración actual del reparto de competencias entre el Estado federal, las Provincias y la CABA.

III.1. La organización federal del Estado argentino

Nuestro país adopta como forma de organización política la de Estado Federal, así lo dispone el artículo 1° de nuestra Constitución Nacional (CN), esto significa que coexisten dentro del seno de la Nación Argentina un conjunto de Estados al amparo de un Estado superior denominado Federal. Estos Estados integrantes de la Nación, denominados Provincias siempre entendieron ser parte de una misma historia común y buscaron la unión nacional, no así una unidad de régimen¹⁰.

Entonces podemos afirmar que existen dos órdenes de gobierno, uno Federal¹¹ (supremo, art. 31 CN) y otro provin-

¹⁰ "...el voto de las provincias era constantemente este: "queremos la unión, pero no la unidad de régimen". La unión se forma de varios Estados, personalidades hechas, dueñas de voluntad y fines políticos colectivos; la unidad suprime los Estados para sólo dar existencia a un solo Estado, a un solo gobierno." GONZALEZ, Joaquín V., Manual de la Constitución Argentina. Págs. 40 y ss. Actualizado por Humberto Quiroga Lavié. Editorial La Ley, 2001, Argentina.

¹¹ "... conserva cada provincia su soberanía y su independencia, se gobierna según sus propias instituciones, y la elección de sus magistrados y legisladores se verifica por la libre voluntad de sus habitantes. Esos tratados han reconocido que estas soberanías independientes son, sin embargo, miembros de una misma familia, y que deben un Gobierno que los abrace a todos, los represente en el exterior como cuerpo de nación, vigile por su bienestar y engrandecimiento y los proteja, tanto en el goce de sus instituciones peculiares, como en su seguridad e independencia. A este Gobierno ha llamado la Comisión, Gobierno Federal." Informe de la Comisión Redactora del Proyecto de Constitución, 1853. Citado por Joaquín V. González, Op. Cit. Págs. 629.

cial¹² (preexistente pero subordinado a aquel en lo que ha delegado por la CN, arts. 121, ss. y cc.), que ejercen la misma soberanía¹³ con diferentes alcances, buscando, siempre, preservar la unión nacional.

A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporó la CABA a la organización federal (art. 129). Nuestra CSJN recientemente manifestó que la CABA es sujeto del federalismo argentino en tanto “ciudad constitucional federada”.¹⁴

Entonces podemos decir que nuestro sistema constitucional establece un reparto de competencias entre el Estado federal, las Provincias y la CABA, donde éstas últimas conservan todo el poder no delegado expresamente por la Constitución al poder central (arts. 121 y 122 de la CN)¹⁵. Los poderes provinciales y de la CABA son no enumerados¹⁶ y

¹² A este sistema se deben sumar los municipios.

¹³ El problema sobre la soberanía o no de los diferentes estamentos del Estado Federal ha dado a dos posturas encontradas, una que afirma que ambos estamentos poseen soberanía y otra que solo el Estado Federal es soberano mientras que las provincias son autónomas (la discusión sobre los municipios excede este trabajo). Partidarios de la primera teoría, entre otros, fueron: Alberdi, Montes de Oca, Zavallá, Joaquín V. Gonzáles, y como se verá en algunas citas de este trabajo la CSJN en un primer momento adoptó esta tesis; sobre la segunda postura se asientan los trabajos de Bidart Campos, Bielsa, Calderón, Linares Quintana y la gran mayoría de los autores modernos, es la posición actual de la CSJN y que compartimos. Por lo tanto, decimos que la autonomía es la facultad con la que cuentan los Estados miembros para poder organizarse jurídica y políticamente, es decir, ejercer el poder constituyente de segundo grado o estadual, elegir sus gobernantes y organizar sus instituciones.

¹⁴ “Es ciudad, por sus características demográficas. Es ciudad constitucional, porque es la única designada expresamente por su nombre y con atributos específicos de derecho público en la Constitución Nacional, a diferencia de las otras ciudades que son aludidas genéricamente al tratar los municipios. Y es ciudad constitucional federada, porque integra de modo directo el sistema federal argentino conjuntamente con los restantes sujetos políticos que lo componen...” Fallos 342:509.

¹⁵ En general los servicios públicos son de carácter local, los servicios públicos nacionales son excepcionales y limitados a los casos que determina la Constitución Nacional (V. MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Bs. As. T. II, pág. 85 y ss.).

¹⁶ Nuestro tribunal supremo ha dicho que “...las provincias, según el artículo 105 de la Constitución Nacional, tienen derecho a regirse por sus propias instituciones y elegir por

amplios¹⁷, fundamentalmente en su diseño institucional (Derecho Público), pero aquellos poderes delegados a la Nación no pueden ser ejercidos por la CABA o las provincias¹⁸ (art.

sí mismas sus gobernadores, legislaturas y demás empleados; es decir, que conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, como lo reconoce el artículo 105. De este principio se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes y ordenanzas de impuestos locales, de policía, higiene, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad, sin más limitación que las enumeradas en el artículo 108 de la misma Constitución.” CSJN “Resogli, Luis c/ Provincia de Corrientes”. 1869. T. 7, P. 373

¹⁷ “...los poderes de las provincias son originarios e indefinidos y los delegados a la Nación son definidos y expresos, pero aquellos poderes provinciales no pueden enervar el ejercicio razonable de los poderes delegados al gobierno federal, so pena de convertir en ilusorios los propósitos y objetivos de las citadas facultades que fincan en la necesidad de procurar eficazmente el bien común de la Nación toda, en el que necesariamente se encuentran engarzadas y del cual participan todas las provincias (Fallos: 304:1186 y 312:1437). Resulta de esencial importancia que la relación entre las provincias y la Nación se desenvuelva armónicamente, cuidándose una de no entorpecer la acción exclusiva de la otra y viceversa.” CSJN “Molinos Río de La Plata S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa”. 2009. T. 332 P. 66.

¹⁸ En la sentencia “Baliarda S.A. y otros c/ Mendoza, Provincia de s/ acción declarativa” del 11 de junio de 1998, la CSJN estableció que “...se evidencia que las normas provinciales, al pretender regular la comercialización y venta de productos ya autorizados, entran en colisión con la legislación nacional incurriendo, en el ámbito de las facultades concurrentes reconocidas en la materia, en “una repugnancia efectiva entre una y otra facultad” (Fallos: 300:402), consecuencia lesiva del principio ya recordado de supremacía contenida en el art. 31 de la Constitución”.

En este orden de ideas es menester recordar lo dispuesto por la CSJN en el histórico fallo de materia tributaria “Sociedad Anónima Mataldi Simón Limitada c/ Provincia de Buenos Aires”. (1927) T. 149, P. 260, en el que con claridad señera se sostuvo que “Para que resulte incompatible el ejercicio de los dos poderes, el nacional y el provincial, no es bastante, se agrega en aquel fallo, que el uno sea el de crear o proteger, y el otro sea el de imponer o destruir según la terminología jurídica de los tratadistas americanos, sino que es menester que haya “repugnancia” efectiva entre esas facultades al ejercitarse, en cuyo caso, y siempre que la atribución se haya ejercido por autoridad nacional dentro de la Constitución, prevalecerá el precepto federal, por su carácter de ley suprema; pero, siendo tan indiscutible la facultad constitucional exclusiva del Congreso para sancionar el impuesto de protección, como innegable la atribución constitucional de la provincia para establecer gravámenes impositivos sobre los productos de sus industrias locales, no cabe dudar que estas atribuciones o poderes han sido creados para que se ejerciten y desenvuelvan en su respectiva esfera de acción, propendiendo armónicamente a la consecución de los fines de interés público que los origina y fundamenta, sin que nada obste a la convivencia legal y material de los principios, rigiendo en sus respectivos campos de acción, sin roces ni conflictos irreparables, que no los hay posibles dentro de la Constitución, como quiera que no se han instituido en ellas poderes discrepantes y facultades en discordias, sino al contrario, entidades

126 de la CN). A las potestades exclusivas de la Nación y de las Provincias se suman las concurrentes¹⁹.

Con relación a las potestades concurrentes la CSJN ha expresado que *“La multiplicidad de aspectos que puede presentar el poder de policía hacen que el de la Nación pueda entrar ocasionalmente en colisión con el de las provincias, sin delegar en aquélla. Pero ello no obsta al principio de la concurrencia de ambos poderes, cuyo ejercicio puede considerarse incompatible sólo cuando media una repugnancia efectiva entre una y otra facultad...”*²⁰

También tiene establecido que *“el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser ponderado*

legales armonizadas en la afinidad suprema de la organización social y del bien público, principio y fin de las instituciones políticas que nos rigen (Fallos, t. 137: 212).”

¹⁹ Sobre el sistema de facultades concurrentes resulta muy útil replicar lo que el Juez Rosatti explicó en el Considerando 4° de su voto en la sentencia “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional (Ministerio de Desarrollo Social - Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza.” (Fallos: 341:1148): “...la Constitución Nacional prevé, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial, las siguientes modalidades de colaboración: a) la “pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo”, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homogeneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional (llamada “cláusula del progreso”); b) la “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva-adjetiva, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencias exclusivas para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambas. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75 inc. inc. 12 de la Constitución Nacional con la previsión del dictado de códigos de fondo y procesales, respectivamente; y c) la “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva”, en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía de intensidad entre los sectores o tramos aludidos (“nivel básico” - “nivel complementario”). Este tipo de complementación es el previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional para la materia ambiental...”

²⁰ CSJN “Schaffhausen Sociedad Inmobiliaria c/ Nación”. 1978. T. 300, P. 402.

*como una interacción articulada*²¹ y que la funcionalidad del sistema se imbrica en el principio de lealtad federal o buena fe federal, conforme al cual en el juego armónico²² y dual de competencias federales y provinciales debe evitarse que tanto el gobierno federal como las provincias abusen en el ejercicio de esas competencias, tanto si son propias como si son compartidas o concurrentes²³.

En lo que respecta a servicios públicos, la doctrina tiene establecido que son de jurisdicción nacional aquellos que se prestan en territorio nacional o los justificados por cláusulas constitucionales específicas (vgr. correos, arts. 4 y 75 inc. 14 de la CN) y aquellos servicios cuyas características son incluidas en normas que atribuyen jurisdicción nacional, como son la del “comercio interjurisdiccional” (75 inc. 13 de la CN), lo relativo a los “establecimientos de utilidad nacional” (75 inc. 30 de la CN) y lo atinente a la llamada “cláusula de progreso” (75 incs. 18 y 19 de la CN)²⁴.

En virtud de la breve reseña jurisprudencial realizada, y en apretada síntesis, podemos decir que el sistema federal adoptado por la CN obliga a delimitar de manera constante²⁵ la práctica de las potestades que posee cada ámbito de go-

²¹ Fallos: 340: 1695, considerando 6°.

²² “De acuerdo a las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las Provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquélla de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse.” CSJN “Provincia de Buenos Aires c/ Empresa Nacional de Telecomunicaciones. Provincia de Buenos Aires c/ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires.” 1982 T. 304, P. 1186.

²³ Fallos: 341:1148.

²⁴ MARIENHOFF, Op. Cit. pág. 90.

²⁵ “... federalismo un sistema cultural de convivencia, cuyas partes integrantes no actúan aisladamente sino que interactúan en orden a una finalidad que explica su existencia y funcionamiento, el ejercicio de las competencias constitucionalmente asignadas debe ser

bierno a los efectos de considerar válido o inválidos determinados actos y/o normas, dada la preeminencia de potestades concurrentes y la vigencia de los principios de buena fe, solidaridad y concertación federal.

Sintetizando, podemos afirmar que, en lo que interesa a este trabajo, las provincias tienen amplias potestades que menguan fuera de su territorio y sobre materias que pueden obturar los fines asignados al gobierno nacional.

III.2. La distribución de competencias en el sector eléctrico

La regulación del sector eléctrico históricamente ha sido competencia local ya que, en sus inicios, la generación se limitaba a pequeñas usinas y su transmisión no atravesaba fronteras²⁶. Posteriormente, con el desarrollo del sector, la extensión del servicio y la complejidad que suscita su administración, dicha regulación pasó a ser, generalmente, de carácter nacional.

Así fue que, en el año 1958, en el marco de una crisis energética, se sancionó la Ley N° 14.722²⁷ que declaró bajo jurisdicción nacional, y sujeta a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo Nacional, los servicios públicos in-

ponderado como una interacción articulada..." CSJ 660/2012 (48-C)/CS1 ORIGINARIO. "Corrientes, Provincia de c/ Estado Nacional s/ acción declarativa de inconstitucionalidad."

²⁶ Como hitos en la historia del servicio en el ámbito metropolitano pueden mencionarse la creación de la Compañía Alemana Transatlántica de Electricidad en 1907 y la Compañía Ítalo-Argentina de Electricidad en 1912 y el otorgamiento de sus respectivas concesiones por parte de la Municipalidad de la Capital Federal. Para profundizar ver: "Luces Argentinas: Una historia de la electricidad en nuestro país." LUNA, Félix. ISBN: 987-20209-0-6, Disponible en: <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/docelec/ac1002.pdf>

²⁷ Decláranse de jurisdicción nacional, y sujetos a las reglamentaciones que dicte el Poder Ejecutivo de la Nación, los servicios públicos de electricidad interconectados que se prestan en la Capital Federal y en los siguientes partidos de la Provincia de Buenos Aires: Almirante Brown, Avellaneda, Berisso, Brandsen, Cañuelas, Ensenada, Esteban Echeverría, Florencio Varela, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Magdalena, Quilmes, San Vicente, Vicente López, General Las Heras, San Isidro La Matanza, Tigre, General San Martín, Merlo, Morón, San Fernando, Moreno, Pilar, General Sarmiento, General Rodríguez y Marcos Paz.

terconectados de electricidad en la Capital Federal y varios municipios bonaerenses y se dio paso a lo que posteriormente sería la empresa Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires (SEGBA)²⁸.

En el marco del proceso de privatización²⁹ (Ley N° 23.696), en el caso del área que comprende a la Ciudad de Buenos Aires y algunos partidos del Gran Buenos Aires, se llevó adelante una desintegración de tipo horizontal de lo que había sido la antigua SEGBA³⁰, dividiéndola entonces en tres empresas dos para el ámbito metropolitano de Buenos Aires³¹ (AMBA)³² EDENOR S.A. y EDESUR S.A. y para el ámbito de ciudad de La Plata y alrededores EDELAP S.A.³³

En este punto, sobre el reparto de competencias en esta materia, resulta oportuno recordar el criterio establecido por

²⁸ Por el Decreto Nacional N° 1.247/62 se aprobó el contrato de concesión suscripto entre el Gobierno Nacional y Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires.

²⁹ *"...En el caso argentino, la celeridad por privatizar y por generar condiciones más que propicias para atraer al capital privado fueron priorizadas respecto de cualquier otro tipo de consideración. Ello derivó, entre otras cosas, en la fijación de tarifas máximas que desde los mismos inicios de la actividad de las empresas privadas les garantizaron elevadas y privilegiadas tasas de rentabilidad...El vasto programa privatizador desarrollado durante los años noventa generó diversos efectos regresivos sobre la distribución del ingreso..."* AZPIAZU, Daniel. "Las Privatizadas I. Ayer, Hoy y Mañana." Capital Intelectual, Buenos Aires, 2005, págs. 55 y ss.

³⁰ ROMERO, Esteban José Ignacio. "La privatización de SEGBA S.A." La Ley Online. 0021/000078.

³¹ No existe al día de la fecha un instrumento jurídico único que delimite la extensión territorial y regule aspectos comunes de esta "región" del país a pesar de la posibilidad que ofrece la CN (art. 124) y la conveniencia práctica y política de tenerlo. En general este conglomerado urbano se compone de la CABA y 35 municipios de la PBA que integran el "conurbano", siendo por lo general: Almirante Brown, Avellaneda, Berazategui, Berisso, Ensenada, Escobar, Esteban Echeverría, Ezeiza, Florencio Varela, General Las Heras, General Rodríguez, General San Martín, Hurlingham, Ituzaingó, José C. Paz, La Matanza, Lanús, La Plata, Lomas de Zamora, Luján, Marcos Paz, Malvinas Argentinas, Moreno, Merlo, Morón, Pilar, Presidente Perón, Quilmes, San Fernando, San Isidro, San Miguel, San Vicente, Tigre, Tres de Febrero y Vicente López.

³² Decreto N° 714/92.

³³ Decreto N° 1795/92.

el profesor Bidart Campos (1974) que en un señero trabajo escribió “...*le cabe jurisdicción indudable al Estado federal en los siguientes casos: a) Para crear, organizar y prestar el servicio público eléctrico en lugares de jurisdicción federal exclusiva; b) Para organizar las etapas técnicas del proceso eléctrico que total o parcialmente se interprovincializan antes de la distribución, la cual, por acto provincial de adquisición de energía, va a abastecer a usuarios de una provincia mediante servicio público provincial; c) Para los fines de la red nacional de interconexión en cuanto a la interconexión misma.*”³⁴

También se ha dicho que “...*no cabe duda que la planificación integral de la energía eléctrica encuadra en la competencia legislativa del Congreso Nacional...*”³⁵ y que “...*si en principio la atención de los mercados eléctricos locales y la generación aislada (no conectada a la red nacional de interconexión) incumben a las Provincias, los aspectos del comercio eléctrico que en el sector local se interjurisdiccionalizan conforme a la cláusula comercial, caen bajo jurisdicción federal.*”³⁶

A nivel legal, la Ley N° 15.336 efectúa un claro deslinde entre el servicio eléctrico provincial y el nacional. El artículo 3^o³⁷ de la ley define al “servicio público de electricidad” y,

³⁴ BIDART CAMPOS, Germán J., “Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética”. Asociación del Personal Jerárquico D.E.B.A. La Plata, 1974.

³⁵ DE LA COLINA, Elisa Beatriz. “Conflictos jurisdiccionales en la regulación de servicios públicos (con especial referencia al sistema regulatorio eléctrico).” Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública, Número: 2003 (303 Dic.), p. 19-38.

³⁶ Ídem.

³⁷ “A los efectos de la presente ley, denominase servicio público de electricidad la distribución regular y continua de energía eléctrica para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo social determinado de acuerdo con las regulaciones pertinentes. Correlativamente, las actividades de la industria eléctrica destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público serán consideradas de interés general, afectadas a dicho servicio y encuadradas en las normas legales y reglamentarias que aseguren el funcionamiento normal del mismo.”

por su parte, el art. 6^o³⁸ determina la generación de electricidad -y su transporte- y los servicios eléctricos alcanzados por la jurisdicción federal. El artículo 35 define los sistemas eléctricos nacionales, provinciales, del Estado y la red nacional de interconexión.³⁹

A su vez, la Ley N° 24.065, complementaria de aquella, estableció una desintegración vertical dividiendo a la actividad eléctrica en las etapas de generación, transporte y distribución y creando un Ente de control de alcance nacional, el ENRE. No obstante, el artículo 98 de dicha ley establece que *“sin perjuicio de la aplicación, según su régimen propio, de las normas de naturaleza federal contenidas en la presente ley, invítase a las provincias a adherir al régimen de la presente ley.”*⁴⁰

³⁸ “Declárase de jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando: a) Se vinculen a la defensa nacional; b) Se destinen a servir el comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra o con el territorio de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur; c) Correspondan a un lugar sometido a la legislación exclusiva del Congreso Nacional; d) Se trate de aprovechamiento hidroeléctrico o mareomotor que sea necesario interconectar entre sí o con otros de la misma o distinta fuente, para la racional y económica utilización de todos ellos; e) En cualquier punto del país integren la Red Nacional de Interconexión; f) Se vinculen con el comercio de energía eléctrica con una nación extranjera; g) Se trate de centrales de generación de energía eléctrica mediante la utilización o transformación de energía nuclear o atómica. Serán también de jurisdicción nacional los servicios públicos definidos en el primer párrafo del artículo 3 cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación”.

³⁹ Así el art. 35 distingue entre: “a) Sistemas Eléctricos Nacionales (S.E.N.), las centrales, líneas y redes de transmisión y distribución, y obras e instalaciones complementarias -sin distinción de las personas, públicas o privadas, a quienes pertenezcan-, sometidos a la jurisdicción nacional; b) Sistemas Eléctricos Provinciales (SEP), las centrales, líneas y redes de jurisdicción provincial. c) Sistemas Eléctricos del Estado (SEE), las centrales, líneas y redes de transmisión, y obras e instalaciones complementarias, de propiedad del Estado nacional, o que el administra o explota; d) Red Nacional de Interconexión (RNI), al conjunto de sistemas eléctricos nacionales interconectados”.

⁴⁰ “...debe recordarse que la ley 24.065 ordena el Mercado Eléctrico Mayorista Nacional reuniendo casi la totalidad de las normas el carácter de legislación federal, por cuanto existen ciertas normas que no reúnen ese carácter y que son o no susceptibles de adhesión

En consonancia con lo expuesto, la jurisprudencia de la CSJN tiene establecido de manera uniforme el carácter de comercio interjurisdiccional⁴¹ del régimen de energía eléctrica y su interconexión nacional. El tribunal tiene establecido que lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en un marco de regulación federal, incorporado al concepto abarcativo que

provincial (las que establecen una metodología de fijación del régimen y cuadro tarifario de la distribución).” “Edesal S.A. c/ Resols. 157/97-584 y 585/98-ENRE” (Exptes. 1363/95-4834/98) del 19/04/2000. Cámara Nacional Contencioso Administrativo Federal, Sala V.

⁴¹ “... entre los poderes delegados por las provincias al gobierno federal se encuentra la denominada “cláusula comercial”, expresión que sintetiza la arraigada “doctrina de la corriente del comercio”, originariamente concebida en los Estados Unidos de América por el juez Marshall en el caso “Gibbons v. Ogden” (9 Wheat, 1) de 1824; noción ésta que la jurisprudencia posterior precisó más aún al aclarar su alcance y sentido, y que esta Corte ha receptado en sus decisiones más tempranas y de un modo constante (v. doctrina de Fallos: 154:104, y también 316:2865, in re “Empresa Gutierrez S.R.L.”; 324:3048 y 327:1292, entre muchos otros). En virtud de tal prerrogativa, el Congreso de la Nación, reguló la materia que da origen al presente litigio en el artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional: “Corresponde al Congreso de la Nación reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí”, y que tiene su correlato en lo dispuesto en el artículo 126 de la Ley Fundamental, que prohíbe a las provincias “expedir leyes sobre comercio o navegación interior o exterior” (Fallos: 319:998 y 320:1302). Que, en el marco normativo referido al caso de autos cobra virtualidad la noción orgánica o integradora del término “comercio”, la que describió esta Corte en Fallos: 154:104, al expresar que “El derecho de la Nación o del Congreso para reglamentar las comunicaciones entre las provincias es tan extenso y absoluto, que se convierte para el Congreso en el deber de vigilar que el intercambio entre los estados y la transmisión de ideas por cualquier clase de sistema, desde el correo a caballo hasta la telefonía, no sea obstruida o estorbada de un modo innecesario por la legislación de los estados (Cooley, Derecho Constitucional Reglamentario del Comercio, pág. 60)”. Esta concepción del comercio procura evitar que las actividades económicas interjurisdiccionales puedan ser entorpecidas, complicadas o impedidas por los estados provinciales, lo cual conspiraría contra la unidad del sistema federal y su regular funcionamiento. Que cuando se trata de interpretar el alcance de las atribuciones provinciales en el área abarcada por la llamada “cláusula comercial” debe acudirse a esa noción integradora de la actividad económica en el territorio nacional, que fue la base no sólo de la exclusividad de los poderes del Congreso en la regulación del comercio interprovincial, sino también de los que le competen en forma exclusiva en el dictado de la legislación común a ser aplicada dentro de los territorios provinciales, por las autoridades locales (Fallos: 324:3048, considerando 6°).” CSJN “Molinos Río de La Plata S.A. c/ Buenos Aires, provincia de s/ acción declarativa”. 2009. T. 332, P. 66.

supone la interpretación del art. 75, inc. 13, de la Constitución Nacional (Fallos: 304:1186; 305:1847; 322:2862, entre otros).

Asimismo, en un precedente sobre Función Técnica de Transporte, la Corte estableció que el ENRE es quien debe resolver conflictos entre agentes del MEM, sin perjuicio de que las redes que utilicen sean del sistema eléctrico provincial y, además, que *“...la prestación del servicio público eléctrico está incorporada en la expresión “comercio” del artículo. 75, inc. 13, como así también en los incs. 18 y 30 de ese artículo (Fallos: 305:1847; 320:1302; 322:2624 y 323:3949). Ello justifica el sometimiento a la jurisdicción nacional de los contratos ejecutados a través del sistema argentino de interconexión, como así también aquéllos que se realizan por medio de la actuación de quienes operan en el mercado nacional, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía.”*⁴²

En relación a la competencia de los tribunales federales en razón de la materia, la CSJN dejó establecido, en un litigio que versaba sobre un contrato de locación de una central térmica de generación eléctrica, que *“...más allá de que se trate de un juicio entablado para el cumplimiento de un contrato de locación entre dos sociedades anónimas, la decisión que se adopte podría incidir en la prestación del servicio público de electricidad habida cuenta de que la actora provee de energía al Sistema Interconectado Nacional (SIN), por lo que su juzgamiento atañe al fuero de excepción... En esas condiciones, pudiéndose encontrar afectado, directa o indirectamente el servicio de energía eléctrica y tratándose de un litigio que versa sobre situaciones jurídicas que, en principio, podrían ser alcanzadas por reglas de índole federal, corresponde dar intervención a tal fuero [federal] ratione materiae...”*⁴³

⁴² E. 91. XXXVII.ORIGINARIO. “EDEN S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ nulidad de resolución E.N.R.E. 671/99.”

⁴³ “Generación Rosario SA c/ Central Térmica Sorrento SA s/ ordinario.” COM 9672/2015/CSJ. 14/08/2018.

De lo dicho hasta aquí se puede concluir que incumbe a la jurisdicción federal todo lo atinente al sistema interconectado nacional por revestir naturaleza interjurisdiccional, razón por la cual el Mercado Eléctrico Mayorista y la relación entre sus agentes está regulado por normas nacionales. En cambio, el segmento de distribución reviste, al ser servicio público y no ser interjurisdiccional, naturaleza local.

Sin embargo, el servicio público de distribución de energía eléctrica en el AMBA al ser técnica, económica y jurídicamente inescindible e implicar comercio entre más de un Estado, es de jurisdicción nacional⁴⁴ y, por lo tanto, el poder concedente del servicio recae en el Estado nacional

Sobre este punto, es necesario analizar el Decreto N° 714/92 que dispone la constitución de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. a los efectos de la privatización de la actividad de distribución y comercialización de energía eléctrica de Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires Sociedad Anónima. En los considerandos de ese decreto se explicó que *“...tal decisión implica que el Poder Legislativo Nacional ha puesto nuevamente en ejercicio su potestad concedente delimitando nuevamente la zona cuya prestación del servicio público de electricidad interconectado se encuentra sujeta a jurisdicción nacional, conforme al artículo 1 de la Ley N° 14.772, concordante con el artículo 6 de la Ley N° 15.336”*.

Del mismo modo se pronunciaron los tribunales, la CSJN determinó que la regulación de la distribución de la electricidad en la zona determinada en el contrato de concesión -que abarca la Ciudad de Buenos Aires y parte de la Provincia de Buenos Aires- aprobado por el Decreto N° 714/92, *“...resulta alcanzada por los poderes que el art.*

⁴⁴ En este sentido ver: EZEBERRY, Agustina. “Algunas consideraciones sobre cuestiones jurisdiccionales en el servicio público de distribución eléctrica con especial referencia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.” Protocolo A00393372476 de Utsupra.

75 inc. 13 y 18 de la Constitución Nacional confiere al Gobierno Nacional.”⁴⁵

En el mismo orden de ideas, en “Empresa distribuidora y comercializadora norte c/ Municipalidad de Gral. Rodríguez”⁴⁶ la Corte sostuvo que “...según lo dispuesto por las leyes 14.772, 15.336 y 24.065 -en concordancia con el criterio establecido por este Tribunal- la prestación del servicio público interconectado de generación, transporte y distribución interjurisdiccional de electricidad es de competencia nacional en razón de constituir el ejercicio del comercio y de promover a la prosperidad, el adelanto y el bienestar general del país” .

El servicio de distribución de energía eléctrica no es una realidad aislada en el AMBA, es parte del complejo metropolitano, donde encontramos varios servicios públicos interjurisdiccionales.

Esto fue receptado por el legislador nacional al tratar los intereses posteriores a la reforma constitucional de la Nación en la CABA, conforme el artículo 129 de la CN. Es así que el artículo 9° de la Ley N° 24.588 establece que el Estado Nacional se reserva la competencia y la fiscalización, esta última en concurrencia con la ciudad y las demás jurisdicciones involucradas, de los servicios públicos cuya prestación exceda el territorio de la ciudad de Buenos Aires.

III. 3. El poder concedente de los contratos de concesión del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica a cargo de EDENOR S.A. y EDESUR S.A. es el Estado nacional

De lo expuesto se deriva otra importante conclusión que fue inválidamente soslayada por el “Acuerdo para el ejer-

⁴⁵ C.S.J.N., “Provincia de Buenos Aires c/ Edenor S.A s/ remoción de electroductos”, (2007), consid. 8 del voto de la mayoría.

⁴⁶ Fallos: 334:1113.

cicio conjunto de la jurisdicción sobre el servicio público metropolitano de distribución de energía eléctrica”, que en su cláusula primera establecía que el poder concedente sería ejercido conjuntamente por la PBA y la CABA.

El servicio analizado al ser de jurisdicción federal tiene como lógica derivación que el poder concedente de los contratos de concesión sea el Estado nacional, no pudiendo este desligarse de tal condición y mucho menos transferirlo a las jurisdicciones locales.

Las potestades constitucionales no son disponibles, salvo que la Constitución así lo permita expresamente, de otro modo los poderes constituidos podrían avanzar sobre la constitución modificando su texto y finalidad por fuera de los procedimientos previstos para ello (art. 30 de la CN).

Si bien nuestra carta magna prevé la posibilidad de que los miembros de la federación puedan celebrar pactos de la más diversa índole (arts. 125 y 126 de la CN) no permite que estos se desprendan de sus atribuciones exclusivas.

Sobre el carácter excluyente de la jurisdicción federal en los supuestos de comercio interjurisdiccional, la CSJN ha sostenido que “...*el Estado Nacional tiene las atribuciones necesarias para la reglamentación de los servicios que excedan el ámbito local incluyendo aquellos “aspectos de las actividades interiores” susceptibles de menoscabar u obstruir dichos servicios (Fallos: 320:162 y sus citas, entre otros).*” y ha puntualizado que el poder de policía local no debe extenderse a “*los aspectos regulatorios de competencia de la Nación*” (Fallos: 326:4718; 330:3098, citados), tal como lo ha decidido en casos de colocación de medidores domiciliarios de pulsos, modalidad de prestación del servicio telefónico, regulación de la facturación de estos servicios y fijación de tarifas (ver Fallos: 257:159; 268:306; 299:149; 321:1074; 326:4718 y 330:3098).⁴⁷

⁴⁷ CSJN, FSA 11000507/2010/1/RH1, “Municipalidad de Güemes”.

Esto es receptado por la jurisprudencia desde antaño, pudiendo destacarse la disidencia del ministro Julio Oyhanarte en “Compañía Argentina de Teléfonos v. Provincia de Santiago del Estero”⁴⁸, donde sostuvo que: *“En todo servicio público que comience siendo provincial y luego se interprovincialice por conexión, las facultades de dirección, control e intervención propias del poder concedente son traspasadas a la Nación (...) Y ese traspaso origina la inmediata caducidad de las atribuciones provinciales que pudiesen o debiesen estimarse incompatibles con la jurisdicción nacional...”* Asimismo señaló que: *“...en nuestro derecho, no se concibe que un servicio público pueda estar sometido a un régimen bi o plurijurisdiccional. Todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable, por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente - o titular - y concesionario -o delegado- no cabe la intromisión de otra autoridad soberana...”*

Posteriormente, y podríamos decir que con vocación docente, la CSJN sostuvo que *“...todo servicio público reconoce un titular, pero nada más que uno: el Estado o poder concedente, que tan sólo delega la prestación y éste se halla bajo la inspección y el control de ese poder concedente, con exclusión de toda voluntad extraña, lo cual resulta comprensible o, más bien, inevitable por cuanto dentro de la coordinación armónica de intereses entre concedente -o titular- y concesionario -o delegado- no cabe la intromisión de otra autoridad soberana.”*⁴⁹

Para otorgarle mayor claridad a este punto del estudio, se puede agregar que *“En nuestro derecho, no se concibe que un servicio público pueda estar sometido a un régimen*

⁴⁸ Fallos 250:154. En la causa, la actora era titular del servicio público de teléfonos provinciales que luego se conectó al sistema nacional.

⁴⁹ Fallos 330:4564

bi o plurijurisdiccional... Tal principio es aplicable toda vez que, como en el caso en estudio, un servicio, aunque reconozca como puntos terminales localidades de una misma provincia, se interne en otra durante el recorrido, pues en este caso estaría sujeto a la jurisdicción del Estado en cuyo territorio penetra. Lo contrario importaría crear una suerte de extraterritorialidad para este segmento del transporte que resulta inaceptable.”⁵⁰

Más recientemente la CSJN sostuvo que “...cuando la Nación actúa como poder concedente del servicio público, no lo hace en virtud de una gracia o permiso revocable o precario de la provincia, sino con plena jurisdicción en ejercicio de un derecho emanado de la Constitución Nacional...”⁵¹

De lo dicho hasta aquí el lector podrá apreciar que lo intentando en el proceso de transferencia de jurisdicción no respetaba las reglas ni los principios constitucionales aplicables ya que, necesariamente, el poder concedente de los contratos de concesión debe recaer en el Estado nacional y la jurisdicción debe ser federal, de manera exclusiva.

Esto tiene, al margen del aspecto jurídico, un correlato práctico dentro de la técnica contractual donde se inserta el régimen del servicio público analizado. El ejercicio de las prerrogativas de los contratos de concesión se volvería muy difíciles en el caso de requerir la voluntad conjunta de dos Estados, más aún, cuando tienen una realidad social, una historia política e idiosincrasia tan disímiles como la PBA y la CABA.

IV. Análisis del estado actual de la transferencia

En este capítulo se analizará el estado actual de la transferencia y el efecto de los actos jurídicos realizados en dicho

⁵⁰ (CS, 09/12/1993 - Empresa Gutiérrez S. R. L. c. Provincia de Catamarca). La Ley 1994-E, 43 - DI, 1994-2, 1069 - La Ley Online.

⁵¹ Fallo citado en nota 39.

proceso. En primer lugar, se repasan brevemente las normas y la doctrina constitucional sobre las transferencias de competencias y servicios entre distintos niveles estadales y luego la situación actual de la transferencia del servicio.

IV.1. La transferencia de servicios desde la Nación a las Provincias y a la CABA

En primer término, debe tenerse presente que en el año 1970 se dictó la ley de facto N° 18.586, cuyo artículo 1° establece “*Facúltase al Poder Ejecutivo Nacional a transferir a las provincias, en las condiciones prescritas por la presente ley, los organismos y funciones nacionales existentes en los territorios provinciales.*”

En función de esta norma, a lo largo de los años, diversos activos de la empresa Agua y Energía Sociedad del Estado, en especial empresas distribuidoras de energía eléctrica con asiento en las provincias, fueron transferidas a dichas jurisdicciones (por ejemplo, ver el Decreto N° 696/92). Esta política de “achicamiento” del Estado nacional se aceleró durante la primera parte de la década del 90, durante la cual se realizó la transferencia de gran parte de los servicios educativos y de los sistemas de salud.

Con fundamento en dicha norma se realizó la transferencia de la concesión de EDELAP S.A. El 8/3/2011 se suscribió un Acta Acuerdo entre el Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, el Ministerio de Infraestructura de la Provincia de Buenos Aires y la referida concesionaria, mediante el cual se dispuso, entre otras cuestiones, la transferencia “*...a la Provincia de Buenos Aires del Contrato de Concesión del Servicio Público de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica celebrado entre el Estado Nacional y la Empresa distribuidora la Plata Sociedad Anónima*”.

Dicho Acuerdo no fue ratificado por la legislatura de la PBA, ni pasó por el Congreso Nacional (no existe ley espe-

cífica sobre la transferencia); fue aprobado por los Decretos Nº 1853/11 del Poder Ejecutivo Nacional y Nº 1745/2011 del Poder Ejecutivo Provincial.

Sin perjuicio de ello, el traspaso de competencias y servicios fue incluido en la reforma constitucional de 1994, siendo receptado en el cuarto párrafo del inciso 2⁵² del artículo 75 de la CN, según el cual no habrá transferencia de servicios sin aprobación del Congreso y de la provincia interesada o la CABA en su caso.

Esta norma constitucional establece la prohibición de transferir servicios sin reasignación de recursos ni aprobada por ley cuando correspondiere y por la jurisdicción interesada. De la lectura surgen tres requisitos, i) transferencia de recursos, ii) realizada por ley “cuando correspondiere” y iii) consenso con la jurisdicción receptora.

Debe tenerse en cuenta que, como se verá, cuando se encuentra involucrada la CABA, las transferencias deben realizarse a través de convenios, conforme lo establece el artículo 6° de la Ley Nº 24.588. Parecería que para las Provincias la transferencia no requeriría la celebración de un acuerdo y el consenso requerido por la CN podría manifestarse de otra manera, siempre y cuando se respete el derecho público provincial.

Ahora bien, aquí podemos detenernos en las formalidades que deben tener los acuerdos interjurisdiccionales, trascendente para entender la aclaración que realiza la Constitución para darle intervención al Congreso, “cuando correspondiere”.

En este punto, debe tenerse presente que los acuerdos que en su contenido involucren materias cuya competencia corresponde exclusivamente a un poder del Estado debe,

⁵² “No habrá transferencia de competencias, servicios o funciones sin la respectiva reasignación de recursos, aprobada por ley del Congreso cuando correspondiere y por la provincia interesada o la ciudad de Buenos Aires en su caso.”

por principio, entender ese poder. Así, si el contenido del acuerdo implica potestades del Poder Legislativo, este debe intervenir, si son potestades privativas del Ejecutivo o Judicial estos pueden realizar acuerdos interjurisdiccionales por sí mismos sin necesidad de la intervención del legislativo⁵³.

Sobre el régimen nacional, nuestra Corte ha interpretado que ciertos pactos constituyen el denominado “Derecho Intrafederal”, manifestación del federalismo de concertación, los cuales necesitan la ratificación de los poderes legislativos locales⁵⁴ para su vigencia. Si bien estos acuerdos refieren en su mayoría a distribución de potestades tributarias, nada impide que sus principios se extiendan a otros ámbitos. Un

⁵³ La Procuración del Tesoro de la Nación sostiene sobre la jerarquía normativa de las disposiciones aprobatorias de los acuerdos que “...deberá ser determinada ponderando en cada caso los contenidos del acuerdo de que se trate y la materia que en ellos se convenga... es factible sostener que si el acuerdo interjurisdiccional regulara materias propias de la esfera de competencia constitucional del Poder Legislativo no alcanzaría con un decreto del Poder Ejecutivo Nacional para resolver en definitiva sobre dichas materias, siendo en tales casos necesaria la sanción por parte del Congreso de una ley ratificatoria. Similar solución debería adoptarse... cuando los contenidos del convenio entrarán en colisión con leyes nacionales.” Dictamen N° 132:931.

⁵⁴ “...no puede dejar de ponderarse la jurisprudencia del Tribunal en la que se ha puesto de relieve la naturaleza jurídica de las leyes-convenio (como la ley de coparticipación) y de los denominados “pactos fiscales”, que constituyen manifestaciones positivas del llamado federalismo de concertación, inspirado en la búsqueda de un régimen concurrente en el cual las potestades provinciales y nacionales se unen en el objetivo superior de lograr una política uniforme en beneficio de los intereses del Estado Nacional y de las provincias. Esa gestación institucional las ubica con una singular jerarquía dentro del derecho federal que impide su modificación o derogación unilateral por cualquiera de las partes. La esencia misma del derecho intrafederal impone concluir que las leyes-convenio y los pactos que lo componen no se encuentran en una esfera de disponibilidad individual de las partes, y solo pueden ser modificados por otro acuerdo posterior de la misma naturaleza, debidamente ratificado por leyes emanadas de las jurisdicciones intervinientes (Fallos: 322:1781; 338:1356 y 1389, entre otros). En tal sentido, es preciso recordar que los principios constitucionales de buena fe y lealtad federal—que repelen la idea de una Nación fragmentada y procuran el armónico desarrollo de las necesidades locales junto con las nacionales— impiden que uno, de los sujetos del sistema adopte de modo intempestivo medidas que puedan afectar al resto de los miembros de la federación.” El resaltado no se encuentra en el original. CSJN in re “Entre Ríos c/ Estado Nacional s/ Acción Declarativa de Inconstitucionalidad- incidente medida cautelar.” (CSJ 1829/2019/1), del 1/10/2019.

ejemplo de esto puede ser la ley de facto N° 22.172 que aprueba un convenio sobre comunicaciones entre tribunales de distinta jurisdicción territorial, el cual mantiene vigencia en la actualidad.

También, resulta oportuno traer a colación para el análisis, que existe una práctica constitucional reciente que implica la participación del Congreso Nacional posterior a la celebración de acuerdos de transferencia de servicios, ratificando los actos realizados.

Así fue como se realizó el traspaso del servicio público de subterráneo y premetro a la CABA, todos los actos realizados en dicho proceso fueron ratificados por la Ley N° 26.740 promulgada el 4 de abril de 2012 y así también se ratificaron las transferencias de las competencias penales a la justicia porteña (Leyes N° 25.752, 26.357 y 26.702).

También, por la Ley N° 27.606 del 10 de diciembre de 2012, se aprobó el “Convenio de Transferencia Progresiva a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de Facultades y Funciones de Seguridad en Todas las Materias No Federales Ejercidas en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”.

IV.2. El proceso de transferencia fue dejado sin efecto por el “Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica” del 19 de enero de 2021

La transferencia de jurisdicción de las concesionarias se encontraba suspendida al momento de la celebración del “Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica”.

En este sentido, debe resaltarse que las partes firmantes del Consenso Fiscal 2018 no se comprometieron a realizar el traspaso, solo declararon la intención de hacerlo. A pesar de ello, resulta claramente de la lectura del Consenso Fiscal 2019, que el proceso de traspaso se encontraba

suspendido hasta fines del año pasado (2020), en tanto establecía “Suspendir, hasta el día 31 de diciembre de 2020, la vigencia de [...] el Consenso Fiscal 2018 de fecha 13 de septiembre de 2018”.

El Consenso Fiscal suspendido es aquel que dio origen al artículo 124 de la Ley N° 27.467, sobre la transferencia. Lo dicho bastaría para entender que las jurisdicciones involucradas decidieron suspender la vigencia del traspaso en ese momento.

Por otro lado, la declaración de emergencia por parte del Congreso es trascendente sobre este tema (Ley N° 27.541), ya que, dentro de las bases de la delegación legislativa en el PEN, se encontraba la de “reglar la reestructuración tarifaria del sistema energético... y reordenar el funcionamiento de los entes reguladores del sistema...”

Asimismo, en el artículo 5° del Título III de la ley, denominado “Sistema Energético”, el Congreso faculta al PEN a renegociar la revisión tarifaria integral vigente o iniciar una revisión de carácter extraordinario, y mediante el artículo 7⁵⁵ aclaró aún más la cuestión.

Ahora bien, cuestión de suma importancia es determinar si, al momento de celebrar el Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y el Control de enero del 2021, ya se había “efectivizado” el cambio de jurisdicción y perfeccionado el contrato de transferencia de la concesión. Cuestión que las partes de ese Acuerdo entendieron que no había ocurrido y así quedó expresado en la cláusula primera que contó con la conformidad de las concesionarias⁵⁶.

⁵⁵ Artículo 7°.- Suspéndese la aplicación de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 124 de la ley 27.467. Durante la vigencia de la emergencia declarada en la presente, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) mantendrá su competencia sobre el servicio público de distribución de energía de las concesionarias Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur).

⁵⁶ Debe tenerse en cuenta que las empresas manifestaron durante todo el 2019 y 2020 que la transferencia se había concretado y que el ENRE carecía de competencia sobre ellas,

Sobre si se perfeccionó la cesión de los contratos de concesión, jurídicamente el acuerdo que celebraron el EN y los Estados locales fue una cesión de posición contractual, la cual, según el contenido de los acuerdo -la cesión fue consentida por las concesionarias- y las normas del CCYCN (1636 y ss.) se encontraría perfeccionada, sin perjuicio de que como veremos no se encuentran cumplidos los actos que exige el Derecho Público aplicable.

Como vimos en la reseña de antecedentes, si bien la legislatura de la CABA aprobó los acuerdos suscriptos, no sucedió lo mismo con la Legislatura de la PBA, la cual no intervino aprobando los acuerdos tal como lo exige la Constitución Provincial.

El artículo 103 inciso 9^o⁵⁷ de la Constitución de la PBA establece que corresponde al Poder Legislativo aprobar o desechar los tratados que el Poder Ejecutivo celebre con otras provincias. La aprobación es un mecanismo de control ulterior, por lo que implica necesariamente la participación de la legislatura una vez suscriptos los pactos.

Por otro lado, si bien la CABA llegó a nombrar autoridades para el EMSE, este organismo nunca llegó a funcionar ni se produjo la transición de los recursos del ENRE, por lo que en el supuesto de entender que la transferencia se hubiera efectivizado nos encontraríamos ante un servicio público privatizado sin un ente de control, violando de este modo el artículo 42 de la CN.

Por lo expuesto, la solución que encontraron las partes del “Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica” resulta plausible y entonces cabe concluir que la transferencia del servicio hoy está camino a ser solo un exabrupto.

así lo plasmaron en muchos escritos de defensa y hasta llegaron a solicitar adecuaciones tarifarias a la CABA y a la PBA.

⁵⁷ Artículo 103.- Corresponde al Poder Legislativo: ... 9- Aprobar o desechar los tratados que el Poder Ejecutivo celebre con otras provincias.

IV.3. La creación de un ente tripartito de regulación y control del servicio público de distribución de energía eléctrica a cargo de EDENOR S.A. y EDESUR S.A.

Sin perjuicio de todo lo argumentado, y dadas las particularidades antes descritas del servicio interjurisdiccional, es posible la creación de un ente de control y regulación de carácter tripartito garantizando los intereses de los Estados involucrados, como es práctica común en nuestra historia institucional.

Actualmente existen varios organismos interjurisdiccionales⁵⁸ integrados por los tres Estados, caso paradigmático en este sentido es la Corporación del Mercado Central de Buenos Aires (Ley N° 17.422), también podría nombrarse a la ACUMAR o el ERAS (agua y saneamiento, en el año 2007, la Ley N° 26.221, aprobó el Convenio de creación del Ente Regulador de Agua y Saneamiento).

Aquí debemos recordar lo dispuesto por el artículo 9° de la Ley N° 24.588 que establece que el EN se reserva la fiscalización de los servicios públicos cuya prestación exceda el territorio de la CABA en concurrencia con la ciudad y las demás jurisdicciones involucradas.

En ese sentido, podría decirse que la conformación del EMSE tal cual estaba diseñado, en tanto no establecía ninguna representación, ni control de tutela por parte del Estado Nacional, también es contrario a la CN.

Esta anomalía fue subsanada por el “Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica”, que estableció que el nuevo ente de control será integrado por las tres jurisdicciones.

⁵⁸ Ver: CAIELLA, Pascual. Régimen jurídico de los entes y los órganos interjurisdiccionales. Artículo de: Organización administrativa, función pública y dominio público / Universidad Austral. Facultad de Ciencias Empresariales. Departamento de Derecho / Edición: (2005) (Libro)

V. Conclusiones

A lo largo de este trabajo hemos visto que por el diseño constitucional que nos rige, el servicio público de distribución de energía eléctrica en el ámbito de concesión de EDE-NOR S.A. y EDESUR S.A es de jurisdicción federal y dicha característica no es disponible por la Nación.

También quedó claro que no es válido que la titularidad de un servicio público recaiga, aún de manera solidaria, en dos o más jurisdicciones, por lo que el poder concedente en los contratos de concesión de jurisdicción federal es el EN.

El proceso de transferencia constituyó un exabrupto constitucional motivado por el exagerado interés del EN en demostrar gestos de austeridad con el fin de consolidar un dispositivo de endeudamiento externo. Dicha razón puede explicar por qué el proceso analizado se hizo “de espaldas” a la ciudadanía, sin convocarse a audiencias públicas o cualquier otro método de participación de los usuarios.

La pretensión de transferir el servicio implicaba la de eliminar los subsidios nacionales al costo propio de distribución de las concesionarias, que durante el período de transición⁵⁹ no fue explícito, sino a través de una serie de políticas tendientes a garantizar la sustentabilidad financiera y el funcionamiento operativo de las Concesionarias⁶⁰ (vgr. Resolu-

⁵⁹ Período de transición establecido en las Actas Acuerdo de renegociación del 2006 y sus diversas prórrogas (vgr. Resoluciones SE N° 434/07 y N° 865/08).

⁶⁰ *“Hasta el año 2016 las distribuidoras del área metropolitana de Buenos Aires, que mantuvieron tarifas prácticamente congeladas por más de una década, recibieron compensaciones en conceptos de reconocimiento de ingresos y mayores costos y otros ingresos. Estas fueron transferencias muy diferentes a los subsidios energéticos, que se reflejan en la brecha entre costos de generación y precios en el mercado mayorista. Las compensaciones a las distribuidoras tienen su origen en el congelamiento tarifario: se compensaron para mantener al menos las empresas funcionando... al cierre del Ejercicio 2016 tanto Edenor como Edesur tuvieron un deterioro económico financiero significativo reflejado en resultados netos e integrales negativos en contraposición con el año 2015 donde tanto el resultado neto como el resultado integral fueron positivos para ambas distribuidoras. Este es el principal efecto del fin del congelamiento...”* EINSTOSS, Alejandro.

ciones SE N° 1037/07 y el “Programa de Uso Racional de la Energía Eléctrica” PUREE, la Resolución ENRE N° 347/2012 y el “Fondo para Obras de Consolidación y Expansión de Distribución Eléctrica” FOCEDA, la Resolución SE N° 250/2013, la Resolución SE N° 65/2014, la Resolución N° 32/2015, etc.).

El aspecto que genera gran suspicacia es la celebración dentro del proceso analizado el Acuerdo de Regularización de Obligaciones que se suscribió en mayo del 2019 que generó grandes beneficios contables para las concesionarias, el cual buscó ponerle fin a diferendos y deudas recíprocas de larga data, pero su trámite fue opaco y no se aprovechó el procedimiento de la RTI para llevarlo adelante.

Sin perjuicio de ello, podría decirse que una finalidad loable de la transferencia puede haber sido la de tratar de equiparar las tarifas eléctricas a nivel nacional, teniendo en cuenta que el costo propio de distribución representa un alto porcentaje de la factura del usuario final.

Sin embargo, la transferencia no fue un instrumento adecuado para lograr dicho fin, ya que para ello se necesitaría un acuerdo general de todos los sujetos políticos que integran la Nación. En este sentido, podemos traer a colación el Pacto Federal Eléctrico del 29 de noviembre de 1989, el cual tenía como objetivo básico crear las condiciones necesarias para que en todo el ámbito nacional sea posible aplicar a los usuarios finales, tarifas similares para iguales modalidades de consumo o el antecedente reciente del Programa de Convergencia de Tarifas Eléctricas y Reafirmación del Federalismo Eléctrico.

Por otro lado, resulta plausible que, en el último pacto celebrado entre las jurisdicciones involucradas y las concesionarias, se propicie la creación de un nuevo ente de control, el cual podrá valerse de la experiencia del ENRE y de los órganos de control locales y podrá aplicar las nue-

“Precios, Tarifas y Subsidios a la Energía. El problema de la regulación energética 2003-2019”, EUDEBA, Buenos Aires, 2020, págs. 151 y ss.

vas tendencias regulatorias en un marco de independencia, transparencia y equilibrio ya que será muy difícil cooptar o intervenir un organismo donde participen representantes de varias jurisdicciones. Esto resultará de vital importancia, ya que dicho organismo regulará el servicio para más del 40 % de la demanda eléctrica nacional, en un contexto de gran complejidad sociológica, que va a requerir un delicado trabajo de segmentación de los usuarios a los efectos de dotar mayor equidad y justicia a las tarifas.

Otro aspecto que debe tenerse en cuenta y que no fue receptado en el acuerdo antes mencionado es el costo del financiamiento del nuevo ente, en ese sentido sería útil que se constituya como sujeto activo de la tasa de fiscalización que percibe actualmente el ENRE por el servicio de distribución, cuestión que recaerá en el Congreso.

Por último, para que el proceso analizado en este trabajo llegue a su fin resulta necesario que intervengan los Poderes Legislativos de la PBA y el EN, aprobando el “Acuerdo sobre el Ejercicio Conjunto de la Regulación y Control del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica”, cosa que no ocurrió al momento de terminar el presente.

Bibliografía

- AZPIAZU, Daniel. “Las Privatizadas I. Ayer, Hoy y Mañana.” Capital Intelectual, Buenos Aires, 2005.
- CAIELLA, Pascual. Régimen jurídico de los entes y los órganos interjurisdiccionales. Artículo de: Organización administrativa, función pública y dominio público / Universidad Austral. Facultad de Ciencias Empresariales. Departamento de Derecho / Edición: (2005) (Libro).
- BIDART CAMPOS, Germán J., “Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética”. Asociación del Personal Jerárquico D.E.B.A. La Plata, 1974.

- DE LA COLINA, Elisa Beatriz. “Conflictos jurisdiccionales en la regulación de servicios públicos (con especial referencia al sistema regulatorio eléctrico).” *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Número: 2003 (303 Dic.).
- EINSTOSS, Alejandro. “Precios, Tarifas y Subsidios a la Energía. El problema de la regulación energética 2003-2019”. EUDEBA, Buenos Aires, 2020.
- EZEBERRY, Agustina. “Algunas consideraciones sobre cuestiones jurisdiccionales en el servicio público de distribución eléctrica con especial referencia en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires.” Protocolo A00393372476 de Utsupra.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*. Págs. 40 y ss. Actualizado por Humberto Quiroga Lavié. Editorial La Ley, 2001, Argentina.
- LUNA, Félix. “Luces Argentinas: Una historia de la electricidad en nuestro país.” ISBN: 987-20209-0-6, Disponible en: <http://cdi.mecon.gov.ar/bases/docelec/ac1002.pdf>
- MARIENHOFF, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, Abeledo Perrot, Bs. As.
- ROMERO, Esteban José Ignacio. “La privatización de SEGBA S.A.” *La Ley Online*. 0021/000078.