

VII.- ADMINISTRACIÓN DEL SISTEMA ELECTRICO NACIONAL. EL MERCADO ELECTRICO MAYORISTA. CAMMESA.

1. El despacho de cargas en el SADI.

1.1. Introducción.

La electricidad es la fuerza producida por ciertas cargas eléctricas (v/apdo. 2 del cap. II). Cuando la legislación habla de cargas, entonces, hace referencia a las cargas eléctricas. Cuando se dice que Agua y Energía, o CAMMESA, tendrá a su cargo el despacho de cargas, significa que dichas entidades serán las que coordinarán el movimiento de las cargas eléctricas a través del SADI, cursando instrucciones a los diversos entes y compañías que operan el sistema, para que accionen los mecanismos que sean necesarios a fin de dar cumplimiento a las instrucciones del “coordinador del despacho de cargas”.

En esta materia no se han producido en 1992 innovaciones sustanciales, excepción hecha de aquellas derivadas de la segmentación del sector y de la irrupción de operadores privados independientes en el mercado eléctrico y de la introducción de una nueva racionalidad en el criterio de programación de la operación del MEM. Como se verá, CAMMESA cumple, en lo sustancial, las mismas funciones que cumplía la Gerencia de Despacho de Cargas de Agua y Energía. La gran, y única, diferencia significativa, es que el Estado Nacional era el titular excluyente de Agua y Energía, mientras que sólo mantiene una participación minoritaria en CAMMESA, sin perjuicio de lo cual CAMMESA opera bajo la dirección de la SE.

Se describirá brevemente el régimen vigente hasta 1991/92, pues constituye un importante punto de referencia del régimen vigente desde entonces.

1.2. Régimen del despacho de cargas bajo la ley 15.336 (M-521).

Hasta 1992, el despacho de cargas en el SADI se encontraba a cargo de Agua y Energía, de conformidad con lo dispuesto por la ley 15.336 (M-521). La misma prescribía en su art. 38 lo siguiente:

Art. 38.- Despacho Nacional de Cargas. El despacho de cargas en la Red Nacional de Interconexión y el manejo y funcionamiento de las Sistemas Eléctricos del Estado (SEE) estarán a cargo de Agua y Energía, la que a dichos efectos, sin perjuicio de las facultades que le confiere su estatuto orgánico, tendrá las siguientes atribuciones:

(a) Compra y Comercialización de Energía. Comprar la energía eléctrica a las centrales integrantes de la Red Nacional de Interconexión y atender a su comercialización mediante la venta a las empresas u organismos prestatarios de servicios públicos de electricidad, y a las grandes industrias.

(b) Régimen Centrales. Establecer anualmente el régimen de funcionamiento de cada central integrante de la Red Nacional de Interconexión.

(c) Despacho de Cargas. Impartir las órdenes necesarias para el despacho de cargas, de acuerdo con las normas preparadas por la Secretaría de Energía y Combustibles.

Los Sistemas Eléctricos Provinciales a que se refiere el art. 35, inciso b), podrán conectarse a la Red Nacional de Interconexión si desean recibir o entregar energía por dicha red. A tal efecto la autoridad provincial respectiva y Agua y Energía Eléctrica, Empresas del estado, acordarán las condiciones de la operación y régimen del mutuo servicio, a los efectos del despacho de carga.

Es provechoso recordar como operaba el sistema hasta 1992, para comprobar las diferencias y semejanzas con el esquema vigente a partir de entonces.

Antes, como ahora, la función primaria del organismo encargado del despacho de cargas era, justamente (inciso a), instruir a los generadores para que despachen las cargas eléctricas que sus centrales estuvieran en condiciones de producir. Veremos esta cuestión con más detalle más adelante.

Puede por otra parte observarse, atento los términos del inciso (a), que, hasta 1992, Agua y Energía actuaba (o podía actuar) como comercializador de electricidad: adquiriría la misma, y se ocupaba de venderla a las distribuidoras y grandes industrias.

Puede también observarse que el gran usuario no es una creación de la ley 24.065 (M-1791), como podría creerse. Desde 1960 la legislación contemplaba la “venta directa” a las “grandes industrias”, sin intervención del distribuidor. Nada nuevo bajo el sol. Puede decirse lo mismo respecto de la intervención de las compañías de distribución locales en el MEM. Ya la ley 15.336 (M-521) preveía que los “Sistemas Eléctricos Provinciales” (SEP) podían conectarse a la RNI si deseaban recibir o entregar energía, para lo cual debían acordar con Agua y Energía, que entonces se encontraba a cargo del despacho de cargas, las condiciones de tal vinculación. El

homólogo actual son los acuerdos de interconexión (v/apdo. 6.7 del cap. VIII).

El art. 38 de la ley 15.336 (M-521) fue reglamentado por el Dec. 2073/61:

Art. 13.- Resolución de Conflictos. En los casos de desacuerdo entre la autoridad provincial respectiva y la Empresa Agua y Energía Eléctrica, sobre las condiciones de operación y régimen de mutuo servicio a los efectos del despacho de carga, a que se refiere el último párrafo del art. 38 de la ley, podrá requerirse por cualquiera de las partes interesadas, la intervención del Consejo Federal o por acuerdo de las mismas, el arbitraje de la Secretaría de Energía y Combustibles, previo dictamen del Consejo Federal (Art. 38 de la ley).

La norma constituye un interesante precedente sobre una cuestión con un gran potencial de conflictividad. La programación de la operación del MEM y el despacho de cargas es una actividad que exige respuestas rápidas. Por ello, de la misma manera, el margen de error es considerable. O por lo menos el margen para las divergencias. La actual administradora del SADI, CAMMESA, todos los días ejecuta la política establecida para el sector, por la SE, y en tal ejecución, necesariamente, existe algún margen de discrecionalidad. Por ello, es necesario que exista un mecanismo de presentación y resolución de “quejas”, como el establecido por el art. 13 del Dec. 2073/61, pero que permita a los operadores privados hacer oír su voz sobre tan crucial cuestión. En tal sentido, el art. 72 de la ley 24.065 (M-1791), al establecer la intervención obligatoria del ENRE en las controversias entre actores del MEM vinculadas al servicio público o al suministro, ciertamente brinda un mecanismo similar (v/apdo. 2.3.1.2. del cap. XIX).

El art. 38 de la ley 15.336 (M-521) fue derogado por el art. 90 de la ley 24.065 (M-1791), acarreado la derogación del art. 13 del Dec. 2073/61. Como consecuencia de esa derogación, entre otras cosas, CAMMESA dejó de actuar como comercializadora de energía, es decir dejó de adquirir energía y potencia por cuenta de los compradores del MEM. Sin embargo, a pesar de la falta de sustento legal, en una muestra de desprolijidad, la Res. 220/07 (B.O. 22/1/07), autorizó a CAMMESA a celebrar contratos de abastecimiento con nuevas unidades generadoras, actuando por cuenta y orden del MEM. En realidad esta expresión no es muy significativa. Quizá

se haya pretendido que CAMMESA actuara por cuenta y orden de todos los agentes que acudieran a adquirir energía eléctrica al Mercado Spot.

1.3. Régimen de administración del SADI bajo la ley 24.065 (M-1791).

La ley 24.065 (M-1791) no introdujo cambios sustanciales en lo referente a los criterios técnicos o de seguridad en la operación del SADI o RNI. En definitiva, la configuración física del sistema eléctrico Argentino no había cambiado, como tampoco habían cambiado las personas que se ocuparían de la función de dirección, coordinación y planificación del sistema eléctrico.

Lo que sí estaba por cambiar era la titularidad de numerosas instalaciones. Esta circunstancia fue la que prefiguró la estructura de gobierno de CAMMESA, la entidad a la que se asignó la responsabilidad ejercida hasta entonces por la Gerencia de Despacho Unificado de Agua y Energía.

Antes de describir las disposiciones aplicables conviene detenerse en las implicancias jurídicas de esta actividad, que a partir de 1992 desarrolla CAMMESA, consistente en la coordinación, bajo su autoridad, del despacho de cargas y la formación de precios dentro del MEM.

Para hacerlo, cabe recordar que el conjunto de instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica de la Argentina tienen una limitada capacidad para albergar a los electrones que producen los generadores y demandan los distribuidores, grandes usuarios e interconexiones internacionales. Esta escasez reviste especial importancia. Estas limitaciones son más agudas en algunos sectores del sistema, pues, en base a decisiones de política electroenergética, la RNI se ha configurado privilegiando la cobertura de ciertos corredores y áreas en desmedro de otros (cosa que, obvio es decirlo, es y será inevitable). Por otra parte, estas limitaciones son relativas: se “harán sentir” en la medida en que, entre los extremos de la o las líneas en cuestión, exista una fuerte capacidad de suministro y de consumo de energía eléctrica. Y esa “actualización” de las potenciales restricciones o limitaciones dependerá, por lo tanto, de la “potencia instalada” (de los generadores) y de las necesidades de consumo del área de influencia de una determinada línea. La “potencia instalada” dependerá, a su vez, de la capacidad con que cuenten las centrales de generación, la cual por definición es variable, y depende de inversiones que

se realicen en el sector de generación. Las necesidades de consumo, por su parte, dependerán del desarrollo económico (principalmente industrial) y demográfico de las áreas demandantes.

En el contexto precedentemente descripto, es natural que “no haya lugar para todos”. Entonces, las decisiones que día a día adopta CAMMESA respecto del movimiento de cargas dentro del sistema, ante la insuficiencia de la infraestructura electroenergética para albergar a todos los electrones que estén “listos para salir a circular por la red” y para permitir que los consumidores reciban todos los electrones que necesiten, tendrán por resultado que no todos los productores de electricidad puedan ver despachada toda su producción y que no todos los consumidores de electricidad reciban las cantidades que necesitan. Esto equivale a un menoscabo jurídico y patrimonial para los actores del mercado, que en principio es legítimo, salvo que medie ilegitimidad o arbitrariedad en el accionar de CAMMESA. La actividad de CAMMESA en el despacho de cargas no es neutra, ni mucho menos, en lo que respecta a la situación jurídica de los actores del mercado.

Desde el punto de vista de los generadores, por ejemplo aquellos que hayan celebrado contratos a término, las decisiones en materia de despacho de cargas que adopte CAMMESA incidirán sobre su derecho de propiedad tutelado por el art. 17 CN (v/apdo. 5 del cap. IV): si CAMMESA determina que no existe suficiente capacidad de transporte para permitir a un generador despachar toda la potencia que tenga comprometida bajo un contrato, permitiendo en cambio que otro generador vea despachada su potencia, es evidente que el primer generador sufrirá un menoscabo patrimonial. Cada acto de CAMMESA será legítimo y razonable, o no, dependiendo de su adecuación a la normativa de la SE, atendiendo a las circunstancias en que se haya dictado (v/apdo. 2.1.1.1 del cap. XXI).

La situación es similar en el caso de los grandes usuarios y compañías de distribución que operan en el MEM. Si un gran usuario no recibe toda la energía eléctrica que necesita, para llevar sus instalaciones al nivel de funcionamiento necesario para satisfacer, a su vez, los requerimientos de los clientes de ese gran usuario, es claro que vuelve a presentarse el “lucro cesante”, legítimo en principio, derivado de las decisiones de CAMMESA. De modo similar, si una compañía de distribución, no recibe toda la energía eléctrica que ha manifestado necesitar para satisfacer las necesidades de sus

usuarios, registrará como consecuencia un ingreso menor al que hubiera podido recibir en situaciones óptimas.

Desde el punto de vista de los usuarios finales, el prisma es distinto, por la especial referencia, contenida en el art. 42, CN, respecto de la tutela a brindar a los usuarios¹. Ello es así especialmente en relación con los denominados usuarios “residenciales”, pues los “pequeños” usuarios que utilizan la energía eléctrica como un insumo de su proceso productivo, no encuadran dentro de la noción de consumidor que brinda la ley 24.240 (F-1884), de defensa del consumidor². Aún cuando el tema será analizado en otro momento (v/apdo. 4.2.2.2.2 del cap. IX), cabe aquí consignar que el “pequeño” usuario comerciante se encuentra vinculado a la compañía de distribución mediante un contrato de suministro, cuyos términos y condiciones resultan del Reglamento de Suministro que las autoridades hayan aprobado para la compañía de distribución en cuestión. Dicho contrato presenta ciertas particularidades en el caso de ciertos usuarios de volumen y tensión significativos, conforme se desprende del cuadro tarifario incluido en el contrato de concesión de cada distribuidor (v/apdo. 1.5 del cap. XVI). Y dicha vinculación contractual se encuentra incorporada al derecho de propiedad de dicho “pequeño” usuario, en los términos del art. 17, CN, de conformidad con la doctrina establecida por la CSJN a partir del caso “Bourdie” (v/apdo. 5 del cap. IV) y recogida en el art. 965 Cód. Civ. Com.

¹ Hacemos referencia a los usuarios finales, aunque los mismos -salvo que califiquen como GUMES, GUMAS o GUPAS- no participan del MEM, ni son destinatarios directos de las instrucciones de despacho de CAMMESA, en atención a que el accionar de CAMMESA incidirá indirectamente sobre los mismos. En épocas de escasez, en la medida en que CAMMESA no autorice el ingreso de suficientes electrones a las instalaciones de una determinada compañía de distribución, se producirán cortes en el suministro de energía eléctrica a los usuarios finales localizados dentro del área de distribución correspondiente.

² Según el art. 1 de la ley 24.240 (F-1884) “*La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario, entendiéndose por tal a toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social ... Se considera asimismo consumidor o usuario a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella adquiere o utiliza bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, y a quien de cualquier manera está expuesto a una relación de consumo.*”. La electricidad es una cosa mueble (v/apdo. 4 del cap. XII).

Para administrar la situación de escasez antes descripta, CAMMESA aplica ciertas reglas, establecidas por la SE e impregnadas por los principios constitucionales descriptos en el cap. IV. Trasladando esta situación a los conceptos acuñados en materia de impugnación de actos administrativos (v/apdo. 3.2.1 del cap. XXI), puede entonces decirse que CAMMESA lleva a cabo actos individuales de ejecución de reglamentos administrativos (las resoluciones de la SE). En el cap. XIX se verá con algún detalle esta cuestión. En el cap. XVI se describirán con cierto detenimiento las antedichas reglamentaciones dictadas por la SE, en base a las cuales CAMMESA dirige la operación del MEM.

2. El Mercado Eléctrico Mayorista.

2.1. Introducción.

La privatización de la actividad electroenergética trajo como consecuencia necesaria que empresas privadas independientes reemplazaran a las diversas dependencias de Segba, Agua y Energía e Hidronor, en la generación, comercialización y compra de electricidad, y en el transporte de la misma.

Todo ello, en un marco de transparencia, en donde el precio comenzó a fijarse con criterios de eficiencia y sin componentes políticos, con significativa intervención de la SE en la fijación de las pautas de remuneración de los actores del MEM. Por tales razones, la ley 24.065 (M-1791) y normas complementarias, establecieron el MEM, como el ámbito a través del cual se llevarían a cabo las operaciones de compraventa y transporte de energía eléctrica, ejecutadas a través del sistema interconectado y sistemas vinculados.

Las actividades de programación de la operación, coordinación del despacho de cargas, fijación de precios y de administración del MEM, que a diario lleva adelante CAMMESA, son inescindibles en la práctica. Por esta razón, es en el capítulo XVI, destinado al análisis de las disposiciones que rigen la formación del precio mayorista de la energía eléctrica, donde se analizarán todas estas cuestiones en forma conjunta.

2.2. Definición del MEM.

En virtud del mandato establecido en el Dec. 1398/92, la SE definió los conceptos fundamentales del nuevo esquema, mediante las Res. SEE 61/92 y SE 137/92.

La Res. SEE 61/92 dispuso:

Art. 36.- Las empresas que al 30/4/92 estuvieran vinculadas al SISTEMA ARGENTINO DE INTERCONEXIÓN, y cuyas transacciones económicas se ejecutaran en la fecha según los procedimientos establecidos por la Resolución Ex-Subsecretaría de Energía Eléctrica 38/91 y sus modificatorias, se encuadrarán, a partir de la fecha de la presente resolución, en el régimen de comercialización establecido en esta norma.

Art. 38.- El presente régimen se aplicará a la comercialización mayorista de energía eléctrica que se efectúe a partir de 1º de mayo de 1992.

Sin haber definido el MEM, estas dos disposiciones establecieron pautas de significativa importancia:

- (a) Intervendrían en el MEM las empresas que estuvieran vinculadas al SADI en 1992. Recuérdese que la mayoría de las instalaciones privatizadas desde 1992 ya se encontraban vinculadas al SADI. Por lo tanto, los nuevos titulares pasaron a ser actores del MEM, como sucesores de las empresas estatales.
- (b) El MEM sería el ámbito dentro del cual se comercializaría energía eléctrica al por mayor, como su nombre lo indica. No se indica en qué consistiría esta comercialización de energía eléctrica al por mayor, pero cabe definirla por exclusión, entendiendo por comercio al por menor el que llevan a cabo las compañías de distribución en sus áreas de concesión.

La Res. SE 137/92 definió el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), en los siguientes términos.

Art. 7.- Definese como MERCADO ELECTRICO MAYORISTA al ámbito dentro del cual se ejecutan las transacciones de energía eléctrica en bloque ya sea que se efectúen por medio del SISTEMA ARGENTINO DE INTERCONEXIÓN o dentro de una Región Eléctrica que ha de ser interconectada a dicho Sistema. Corresponderá, en consecuencia, a CAMMESA intervenir en la operación, despacho económico y cálculo de precios.

El art. 7 brinda un dato clave: en el MEM se compra y se vende energía eléctrica “en bloque”. En otras palabras, en el MEM se comercializan “paquetes de energía eléctrica” (v/apdo. 2.3 del cap. XV). Esto es, se compran y venden grandes cantidades, expresadas en MW.

Art. 8.- Las reglas de funcionamiento del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA serán aplicables, a partir del 1º de febrero de 1993, a las

transacciones que se ejecuten dentro de todo su ámbito. A tales efectos, esta Secretaría definirá los procedimientos a aplicar en el SISTEMA PATAGONICO y en el SISTEMA MISIONES-NORESTE de CORRIENTES para adecuar las reglas del MEM a sus particulares condiciones.

Utilizando otras palabras, puede decirse que el MEM es el sistema de coordinación de la operación el SADI, de comercialización de energía eléctrica al por mayor (incluyendo la formación del precio de la energía eléctrica y servicios asociados) y de administración y liquidación de las transacciones efectuadas a través del SADI. Dicho sistema se rige por un conjunto de reglamentaciones dictadas por la SE.

3. CAMMESA. Aspectos institucionales. Régimen disciplinario. Sujeción de su actuación a la LNPA.

La ley 24.065 (M-1791) estableció los lineamientos básicos y encuadre institucional de CAMMESA. Dispuso lo siguiente:

Art. 35.- Administración SADI. 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 cabeza de la Secretaría de Energía, y en el que podrán tener participación accionaria³ 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 ...

El encuadre institucional establecido por la ley 24.065 (M-1791) fue precisado por la Res. SEE 61/92, en los siguientes términos:

Art. 10.- El OED. La coordinación de la operación técnica y administración comercial del Mercado Eléctrico Mayorista estará a cargo de un Organismo Encargado del Despacho. Hasta el momento la toma de posesión de sus funciones por la sociedad que ordena constituir el art. 35 de la ley 24.065, la Gerencia Despacho Nacional de Cargas de Agua y Energía actuará como el Organismo Encargado del Despacho.

³ La versión de este artículo aprobada mediante la ley 26.939 contiene un error de ortografía ("accionaría" en lugar de "accionaria") que ha sido subsanada en el texto pretranscripto.

Art. 11.- Régimen Disciplinario. Los agentes reconocidos del Mercado Eléctrico Mayorista, así como cualquier otro actor que participe de funcionamiento deben acatar obligatoriamente las instrucciones del Organismo Encargado del Despacho en la operación de tiempo real. La falta de cumplimiento injustificado de las instrucciones de operación que imparta el Organismo Encargado del Despacho, dará lugar a la aplicación de multas cuyo monto será equivalente al perjuicio económico que ocasione al Sistema Interconectado. Lo percibido en tal concepto, se destinará al Fondo Unificado que establece el art. 37 de la ley 24.065.

El art. 11 de la Res. SEE 61/92 establece una trascendental obligación para los operadores del MEM: acatar las instrucciones de CAMMESA. Si cabe oponer importantes reparos a la calificación de las concesiones de servicio público como relaciones de especial sujeción (v/apdo. 4.3 del cap. VIII), ciertamente no se advierten obstáculos para que se encuadre dentro de dicha categoría a las relaciones entre los agentes del MEM y CAMMESA, pues éstas presentan las condiciones de acentuada subordinación que caracterizan a las relaciones jurídicas que en nuestro país pueden también encuadrar en dicha categoría (relación de empleo público del personal de las fuerzas de seguridad, operadores del mercado cambiario, etc.).

El Dec. 1192/92 dispuso la constitución de CAMMESA y de cuatro asociaciones civiles, AGEERA (que nuclearía a los generadores), ADEERA (que nuclearía a los distribuidores), AGUEERA (que nuclearía a los grandes usuarios) y ATEERA (que agruparía a los transportistas), que serían, junto con el Estado Nacional, los accionistas de CAMMESA. Es objetable que no se haya dado participación a los usuarios, a pesar de que el funcionamiento del MEM gravita notablemente en el funcionamiento del segmento minorista (v/apdo. 1 del cap. VI, apdo. 4.1 de este capítulo, apdo. 5.3 *in fine* del cap. VIII y apdo. 2.4 del cap. XV). Esta configuración contrasta con la integración del ENRE, en el que las Provincias se encuentran representadas (v/apdo. 3.5.2 del cap. VI). De acuerdo al art. 3 del Dec. 1192/92, CAMMESA sería una sociedad anónima “ordinaria”, con las excepciones previstas en dicho decreto, entre las que se cuentan la de ser una entidad sin fines de lucro (art. 12) cuyas actividades son de interés nacional (art. 13). Su capital estaría representado por cinco clases de acciones, equivalentes al 20% cada una y que corresponderían al Estado Nacional y a cada una de las citadas asociaciones. El Secretario de Energía

sería designado por el Estado y actuaría como Presidente del Directorio (art. 3). CAMMESA sucedió al organismo encargado del despacho de Agua y Energía (art. 10). También se eximió a CAMMESA de numerosos impuestos (art. 12). Finalmente, el voto del Secretario de Energía o su suplente sería necesario para adoptar cualquier decisión en el Directorio (art. 10 del estatuto). Además, el art. 20 de la Res. SEE 61/92 creó una tasa de hasta el 0,65% de las ventas en el MEM para financiar la actuación de CAMMESA.⁴

Por otra parte, cabe recordar lo expuesto precedentemente sobre la índole de las relaciones de los agentes del MEM y CAMMESA y lo señalado en el último párrafo del apdo. 1.3 anterior (que mediante la programación de la operación CAMMESA lleva a cabo actos individuales de aplicación de los reglamentos dictados por la SE).

Además de lo expuesto, cabe tener en cuenta que “... *la determinación ... del carácter jurídico de ...*” las sociedades mixtas “... *sólo puede o debe hacerse, con referencia a los elementos constitutivos esenciales de la sociedad o empresa ...*”⁵, tales como su creación por ley como servicio público, la intervención del Estado no sólo como accionista sino como poder administrador, la aprobación de su presupuesto por el Estado y la designación por éste de sus directivos. Estas son -entre otras- las notas que dan -más allá de las formas- carácter público a tales entidades⁶. A la luz de lo expuesto y sin perjuicio de las comprensibles razones -sobre todo de orden práctico- que sustentaron esa decisión, resulta cuestionable que el PEN haya dispuesto, a través del art. 8 del Dec. 1192/92, que CAMMESA no estaría sujeta a la LNPA. Más aún cuando, de acuerdo al art. 1, LNPA, las entidades descentralizadas -entre las que se cuentan las sociedades mixtas⁷- quedan sujetas a su régimen. De hecho, Gordillo⁸ la considera una

⁴ Es cuestionable la constitucionalidad del art. 20 de la Res. SEE 61/92, en la medida que impone una tasa, en conflicto con el principio de legalidad tributaria, en virtud del cual corresponde al Congreso Nacional establecer los tributos (arts. 4 y 17, CN). Ver sent. CSJN en autos *Videoclub Dreams c/INC*, de 6/6/93.

⁵ Bielsa, Derecho Administrativo, tomo I, p. 402.

⁶ Bielsa, Derecho Administrativo, tomo I, p. 403.

⁷ Hutchinson, LNPA, tomo I, p. 22.

⁸ Tratado, Tomo I, p. XIV-32.

corporación pública y Doncel Jones la equipara a una entidad autárquica⁹. En caso de duda, cabe recordar que, en derecho público “... *toda la normativa procedimental tiende a proteger al particular para que no se sienta como el más desamparado y suplicante de los siervos antiguos ...*”¹⁰. En la actuación del poder público, las formas y los procedimientos son esenciales (v/apdo. 2.1.1.1 del cap. XXI).¹¹

El Dec. 186/95 reforzó el esquema orgánico del MEM, enfatizando la subordinación de sus operadores a la normativa dictada por la SE. Dispuso:

Art. 6.- Obligaciones de Agentes y Participantes del MEM. Los Agentes y Participantes del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) deben operar conforme las normas dictadas a tal efecto por la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Servicios Públicos, y deben suministrar en tiempo y forma los datos y toda otra información que les sean requeridos en los términos de tales normas para el funcionamiento adecuado de dicho Mercado.

Como lo atestigua el caso *Buenos Aires*, sentenciado por la CSJN (v/apdo. 6.12 del cap. V), la instauración, consolidación y expansión del MEM podía suscitar resistencia por parte de las Provincias, por considerarlo una intromisión de la autoridad nacional en su ámbito de actuación.

4. Actores y participantes del MEM.

4.1. Introducción.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791).

Art. 4.- Actores del MEM. Serán actores reconocidos del Mercado Eléctrico Mayorista: (a) Generadores o productores, autogeneradores y cogeneradores; (b) Transportistas; (c) Distribuidores; (d) Grandes Usuarios; (e) Comercializadores.

La evolución de la normativa sobre la cuestión regulada por el art. 4 de la ley 24.065 (M-1791)¹² demuestra su mutabilidad, y, por tanto, pone en

⁹ “*Los organismos descentralizados que actúan como empresas del derecho privado (con especial referencia a C.A.M.M.E.S.A.)*”, LL 14/11/97.

¹⁰ Hutchinson, LNPA, tomo I, p. 5.

¹¹ Ver Cassagne, Derecho Administrativo, tomo I, p. 407 y 8.

¹² El texto transcrito es el que corresponde a la ley M-1791. Sin embargo, dicha ley incorporó el texto resultante del Dec. 804/2001, que agregó (i) a los autogeneradores y cogeneradores en el inciso a) y (ii) a los comercializadores en el inciso e). Dicho Decreto fue derogado por la ley 25.468. En el texto aprobado por la ley 26.939 se incluye una nota de la oficina de información parlamentaria del Congreso Nacional en la que se

cuestión la conveniencia de que la ley 24.065 (M-1791) legislara sobre tal materia. ¿Era necesaria una ley del Congreso para determinar quienes son los actores reconocidos del MEM?

Para tratar esta cuestión, cabe comenzar por considerar qué significa ser un actor reconocido del MEM. Puede afirmarse en tal sentido que tales “actores” son los que intervienen activamente en el proceso de programación de la operación, despacho de cargas y formación de precios en el MEM, suministrando información a CAMMESA y acatando las instrucciones que ésta imparta para la operación en tiempo real (v/cap. XV, apdo. 2).

Establecido lo que antecede, se aprecia que al prescribir quienes son admitidos a ofrecer y demandar electricidad y a intervenir en el proceso de formación del precio mayorista de la energía eléctrica, la ley 24.065 (M-1791) configura el MEM. No es lo mismo que sean admitidos los generadores y los distribuidores exclusivamente, que lo sean también los transportistas y los grandes usuarios, o que también puedan intervenir los comercializadores. La lista de categorías tendrá distintos resultados dependiendo de su conformación. La misma repercutirá, primordialmente, sobre el mecanismo de programación de la operación y fijación de precios (que el art. 35 de la ley 24.065 (M-1791) prescribe debe basarse en el costo económico del sistema y reflejar el costo de la energía eléctrica no suministrada). Y, por lo tanto, sobre el nivel de precios “mayoristas” de la energía eléctrica. Y el nivel de precios en el MEM influye sobre el nivel de precios en el “mercado minorista”, es decir sobre los precios que por la electricidad abonan los usuarios finales. Se trata entonces, nada más y nada

expresa que los artículos 1, 3, 4, 8, 21, 36, 40 inc. c), de la ley 24065 fueron modificados expresamente por el decreto 804/2001 (BO: 21-6-2001). Posteriormente, en el mismo año legislativo, fue sancionada la ley 25468 (BO 16-10-2001) que derogó “el decreto 804/2001”. La técnica del decreto 804/2001 en cuanto a las modificaciones expresas a la Ley 24065 lo fueron por medio de la fórmula “Sustituyese”, “Modifíquese”, no así la Ley 25468 de derogación del decreto 804/2001. De ello puede desprenderse que el legislador no habría tenido en miras la recuperación de la norma original contenida en la Ley 24065. Finalmente, entendemos importante destacar que los contenidos del decreto 804/2001 que modificaron de manera expresa la Ley 24065 mediante la fórmula “Sustituyese”, “Modifíquese” serían de objeto cumplido al momento de la derogación de la Ley 25468. Se trata de una interpretación muy discutible y en cualquier caso se pretende a su amparo introducir modificaciones en el texto de una ley por vía de una interpretación. El texto deberá ser corregido conforme a los mecanismos previstos en la ley 26.939.

menos, que de la estructura del mercado que determinará el precio de un bien tan esencial como la energía eléctrica, con sus múltiples proyecciones, tanto en lo que respecta al bienestar de los consumidores finales, los usuarios “residenciales” y comerciales, como en la viabilidad y sustentabilidad económica de las empresas que utilizan la electricidad como un insumo productivo.

Es bueno recordar que el MEM, aunque sea una institución del orden nacional, se proyecta a todos los rincones del país. En efecto, en atención a que todas -o casi todas- las compañías de distribución provinciales se encuentran conectadas al MEM o al MEMSP y que la mayoría de las Provincias adhirió a los principios tarifarios establecidos por la ley 24.065 (M-1791) (que básicamente estructura un régimen de traslado casi automático del costo de adquisición de energía eléctrica en el MEM - v/cap. XVI, apdo. 1), el precio que se forme en el ámbito del MEM repercutirá sobre el precio que deberán afrontar los usuarios del servicio eléctrico, desde Salta a Neuquén, en la medida en que las respectivas compañías de distribución adquieran energía eléctrica en el MEM.

Por estas razones, resultó acorde con el mandato constitucional que surge de la denominada “cláusula de progreso” que el Congreso Nacional legislara sobre el particular.

Establecido lo que antecede, y ante la existencia de normas que avanzan sobre la materia legislada por el art. 4 de la ley 24.065 (M-1791), cabe precisar qué margen para reglamentar esta materia puede suponerse atribuido al poder administrador, partiendo de las atribuciones conferidas al mismo por el art. 99 inc. 2, CN (v/apdo. 6 del cap. IV).

Al respecto, deben aplicarse los conocidos principios de hermenéutica acuñados por la CSJN: interpretar las normas en armonía con el resto del sistema legal e interpretarlas de un modo que facilite, y no perjudique, el cumplimiento de los objetivos de la norma.

Puede notarse, en tal sentido, que el art. 4 de la ley 24.065 (M-1791) prescribe que serán “... *actores reconocidos del mercado eléctrico* ...”. La norma no dice, por ejemplo, “... sólo podrán intervenir en el mercado eléctrico ...”. Lo que la norma pretende es dejar sentado qué categorías de entidades tendrán un rol preponderante en la operación del MEM. Cabe recordar a esta altura que operar en el MEM significa integrarse al procedimiento coordinado de programación de la operación, despacho de

cargas, formación de precios y liquidación de operaciones, establecido por la SE para aquellos movimientos de energía eléctrica que se produzcan en el ámbito del SADI y sistemas relacionados. La norma no pretende excluir la intervención, en tal operatoria, de entidades que constituyan un eslabón necesario en la estructura de operación del SADI y del MEM, pero que no encuadren en alguna de las categorías del art. 4. Ello, por cuanto adoptar una postura opuesta, rígida, conduciría a situaciones de mal funcionamiento del MEM, o, al menos, de funcionamiento no óptimo.

No debe tampoco olvidarse que la enumeración del art. 4 de alguna manera engloba todas las categorías de operaciones que, en el estado de la técnica a fines del siglo veinte, conocía el sistema eléctrico. Es decir, todas las operaciones en el MEM pueden, de alguna manera, reconducirse a generación, transporte, distribución y consumo mayorista. Suponer que pudo haber quedado algún hueco sin cubrir privaría de operatividad a la norma, que, por el contrario, pretendió ser abarcativa. En otras palabras, la norma quiso incorporar al mercado a la mayor cantidad de operadores, sin exclusiones. Lo anterior significa que no pueden excluirse del MEM las categorías de operadores que, de alguna manera, puedan quedar subsumidas en alguna de las cuatro categorías principales. Esto se muestra claramente en dos subcategorías: los distribuidores locales y los transportistas independientes. Es claro que estas dos clases de operadores pueden subsumirse en dos de las categorías mencionadas por el art. 4: los distribuidores y los transportistas. Interpretar que, cuando el art. 4 hace referencia a distribuidores y transportistas, sólo pretende incorporar a los distribuidores y transportistas de jurisdicción nacional, que han recibido una concesión nacional, implicaría limitar el campo de aplicación de la norma, cuando la intención del legislador ha sido exactamente la opuesta: ampliar el MEM, para asegurar su mejor funcionamiento propendiendo a la liberación de mercados cautivos (art. 37, ley 15.336 (M-521) - v/apdo. 2, cap. VI y apdos. 6.7 y 6.12 del cap. V). Es más, en el caso de los transportistas independientes, su incorporación al procedimiento coordinado de despacho de cargas es indispensable para el buen funcionamiento del MEM en los rincones del SADI que son operados por estas entidades.

Como se ha dicho, a pesar de que el art. 4 de la ley 24.065 (M-1791) establecía quienes eran los actores del mercado eléctrico, numerosas

normas posteriores volvieron a reglamentar esa cuestión, estableciendo precisiones o agregados.

El art. 7 de la Res. 61/92 es la primera de ellas. Dispuso lo siguiente:

Art. 7.- Agentes del MEM. Son agentes reconocidos del Mercado Eléctrico Mayorista, en el marco de los arts. 4 y 34 de la ley 24.065:

(a) Agentes Pre-existentes. Los que participan del Mercado Eléctrico Mayorista al 30/4/92, operando en el marco de la Res. SEE 38/91.

(b) Concesionarios. Los concesionarios de actividades de generación hidroeléctrica, transporte o distribución en los términos de la ley 24.065.

(c) Generadores y Grandes Usuarios. Los generadores y grandes usuarios que soliciten y obtengan autorización de la Secretaría de Energía Eléctrica para incorporarse al Mercado Eléctrico Mayorista con posterioridad al 30/4/92, incluyendo autogeneradores.

(d) Distribuidores Locales. Los distribuidores de jurisdicción provincial que soliciten y obtengan autorización de la Secretaría de Energía Eléctrica para incorporarse al Mercado Eléctrico Mayorista con posterioridad al 30/4/92.

(e) Operadores Extranjeros. Las empresas de países interconectados autorizadas a operar en el Mercado Eléctrico Mayorista por la Secretaría de Energía Eléctrica.

Mientras que puede razonablemente interpretarse que los agentes del inciso (a) -agentes preexistentes- quedan comprendidos en la enumeración del art. 4 de la ley 24.065 (M-1791), no es tan claro que ello sea así con aquellos comprendidos en los incisos (d) y (e).

El análisis del art. 7 de la Res. SEE 61/92 permitirá corroborar lo que se ha expuesto en dos casos concretos, de dos nuevos “actores de reparto”, incorporados por dicha norma.

4.2. Los distribuidores locales como actores del MEM.

El primer caso es el de los distribuidores locales. Como se ha visto, los mismos no se encuentran sujetos a jurisdicción nacional. Su actividad no se rige por la ley 24.065 (M-1791) y normas complementarias, salvo que las Provincias hayan adherido a las mismas, sino por las normas de similar contenido establecidas en las provincias. Sin embargo, la necesidad de coordinación en la operación del SADI y el MEM hace que, de aceptarse su participación en tales ámbitos, deban quedar sujetos a las directivas que establezcan la SE, el ENRE y CAMMESA, y al régimen de operación en dicho ámbito, constituido sustancialmente por los Procedimientos de CAMMESA. Estos distribuidores locales, entonces, se encuentran sujetos

tanto a la normativa provincial como la nacional. Su situación se diferencia de los generadores térmicos, por ejemplo, los cuales por el sólo hecho de integrar la RNI (o encuadrar en algún otro de los supuestos del art. 6 de la ley 15.336 (M-521) - v/apdo. 4.2.2.1 del cap. V) quedan sometidos a jurisdicción nacional, aunque se encuentren localizados en territorio provincial o municipal. Pero la sujeción de los distribuidores locales a la normativa nacional es al sólo efecto de operar en el MEM. Por ejemplo, si dicho distribuidor local desea llevar a cabo una ampliación de sus instalaciones de distribución, no quedará sujeto al art. 11 de la ley 24.065 (M-1791) y disposiciones concordantes, sino a las normas homólogas de jurisdicción provincial; ni deberá, por tanto, obtener del ENRE el certificado de necesidad y conveniencia para dicha obra, el cual le será otorgado por la respectiva repartición del orden provincial. Del mismo modo, todo lo que haga a estándares ambientales se regirá por la normativa provincial, a diferencia de los tres únicos distribuidores nacionales, que quedan sometidos, en materia ambiental, a la normativa del orden nacional, principalmente.

4.3. Los operadores extranjeros como actores del MEM.

Los operadores extranjeros constituyen un caso más extremo del mismo fenómeno de maleabilidad del concepto de “actores del MEM”. El art. 4 hace referencia a generadores, distribuidores, transportistas y grandes usuarios. ¿Excluye a los generadores, distribuidores, transportistas y grandes usuarios extranjeros? No parece que así sea, desde que la misma ley 24.065 (M-1791) contempla la posibilidad de importar y exportar energía eléctrica (art. 34, v/apdo. 2 del cap. XVII). Si un generador que opera en Uruguay puede exportar energía eléctrica a Argentina, ¿cómo negarle el carácter de actor reconocido del MEM Argentino, aunque más no sea a través del comercializador que opere en su nombre? Si por capricho se le negara tal posibilidad, ¿bajo qué régimen se incorporaría a la operatoria del MEM? ¿Operaría “por fuera” del art. 4 de la ley 24.065 (M-1791) y de los PC? ¿Acaso puede concebirse que dicho generador (a través del comercializador en su caso) quedaría excluido del procedimiento de programación del despacho de cargas y formación de precios? Razonar de ese modo produciría situaciones anómalas, cuando no perjudiciales para el MEM en general y para sus “beneficiarios” en particular. Lo mismo cabe para un gran usuario situado en algún país vecino. La línea interpretativa

que se propone, además, no hace otra cosa que respetar los acuerdos de integración energética suscriptos por la Argentina (v/apdo. 10 del cap. IV y apdo. 3 del cap. XVII).

Dicho lo que antecede, cabe aclarar que los “actores extranjeros” del MEM ciertamente operarían bajo un régimen especial. El mismo se encuentra regulado en el Anexo 30 de los PC. Bajo el mismo, la empresa extranjera debe presentar el contrato de importación o exportación de energía eléctrica ante la SE, a fin de ser admitida como participante del MEM. No puede olvidarse que, por ejemplo, un gran usuario situado en Brasil, se encuentra, en muchísimos aspectos, en la misma situación que una empresa brasileña que desea importar algún producto elaborado en Argentina. Me refiero a la legislación aduanera y de comercio exterior, en particular a las medidas protectivas que, aún dentro del Mercosur, cada país puede adoptar en defensa de sus intereses. Digo esto pues a nadie escapa que, con el sistema de fijación de precios vigente en el MEM, la incorporación, por ejemplo, de un gran usuario a la programación diaria del despacho de cargas y fijación de precios, ciertamente produce variaciones en los resultados económicos de tales procedimientos. Sin profundizar, puede decirse que, con la incorporación de grandes usuarios extranjeros, aumentará la energía y potencia demandada, y tendrán la posibilidad de incorporarse al grupo formador de precios, generadores ineficientes. Esto, a su vez, mientras se mantenga el principio de formación de precios en base al costo económico (art. 35 ley 24.065 (M-1791)), redundará en un aumento del precio de la energía eléctrica en el MEM, que, a su vez, producirá un incremento en la tarifa pagadera por los usuarios finales del servicio eléctrico.¹³

4.4. El Dec. 186/95 vuelve a regular la cuestión de los actores del MEM.

4.4.1. Introducción. El Decreto 186/95 volvió a innovar sobre los entidades admitidas a intervenir en el MEM. Sus principales disposiciones fueron las siguientes:

Art. 1.- Transacciones en el MEM. Facúltase para realizar transacciones en el Mercado Mayorista Eléctrico (MEM), en el marco de los arts. 4, 8 y

¹³ Ilustran este fenómeno los casos planteados por EMSA y por la Provincia de Entre Ríos y referenciados en la sentencia de la CSJN dictada en el caso *Entre Ríos* (apdo. 6.11 del cap. V).

34 de la ley 24.065 con los alcances que en cada caso establece el Marco Regulatorio Eléctrico reglamentado por el Decreto 1398 del 6 de agosto de 1992, las disposiciones del presente Decreto y las resoluciones atinentes a la materia dictadas por la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Servicios Públicos en ejercicio de las atribuciones que le confieren los arts. 35 y 36 de la ley 24.065 a:

(a) Los Agentes reconocidos del Mercado Eléctrico Mayorista (Agentes del MEM) y

(b) Los Participantes del Mercado Eléctrico Mayorista autorizados por disposiciones específicas (Participantes del MEM).

Art. 2.- Agentes del MEM. Son Agentes del Mercado Eléctrico Mayorista (Agentes del MEM):

(a) Los titulares de concesiones para generación hidroeléctrica, transporte o distribución de energía eléctrica otorgadas en los términos de las leyes 15.336 y 24.065;

(b) Los distribuidores, generadores, autogeneradores, cogeneradores y grandes usuarios que en tal carácter actúan en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) a la fecha de entrada en vigencia de este acto;

(c) Los generadores, autogeneradores, cogeneradores y grandes usuarios que soliciten y obtengan su reconocimiento como tales por la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Servicios Públicos para incorporarse al Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este acto;

(d) Los distribuidores de energía eléctrica que soliciten y obtengan su reconocimiento como tales por la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Servicios Públicos para incorporarse al Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia de este acto.

Art. 3.- Distribuidores Locales. Cualquier ente o empresa (incluso cooperativa) que acredite ser titular de una concesión vigente -otorgada por autoridad competente- en virtud de la cual tal ente o empresa sea responsable de atender, dentro de un área determinada, toda la demanda de servicios para satisfacer las necesidades indispensables y generales de energía eléctrica de usuarios finales que no puedan contratar su suministro en forma independientes, podrá solicitar a la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Servicios Públicos su reconocimiento para incorporarse al Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) en calidad de distribuidor.

La categoría de “distribuidores locales” engloba un gran cantidad de demandantes en el MEM. En efecto, dentro de esta categoría quedarán

incluidas las compañías de distribución provinciales, municipales y cooperativas. El requisito fundamental establecido por la SE es la existencia del preceptivo contrato de concesión en virtud del cual el candidato presta los servicios de distribución.

4.4.2. Los nuevos “actores de reparto” introducidos por el Dec. 186/95: los participantes del MEM.

Dispuso el Dec. 186/95:

Art. 5.- Participantes del MEM. Son participantes del Mercado Eléctrico Mayorista (Participantes del MEM):

(a) Las empresas que obtengan autorización de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Servicios Públicos para comercializar la energía proveniente de interconexiones internacionales y emprendimientos binacionales.

(b) Las empresas que, sin ser agentes del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM), comercialicen energía eléctrica en bloque.

(c) Las empresas que sin ser agentes del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) exploten instalaciones utilizadas en FUNCIÓN DE VINCULACIÓN ELÉCTRICA (FVE), también denominada Función Técnica de Transporte de Energía Eléctrica (FTT).

El art. 5 del Dec. 186/95 introdujo innovaciones sustanciales, mediante las cuales nuevos operadores fueron admitidos a participar en el MEM. Lo hizo en los siguientes términos e incorporando las siguientes categorías:

4.4.2.1. Comercializadores de energía proveniente de interconexiones internacionales. En este caso, en rigor, el operador actuará en el MEM a fin de poner en conocimiento de CAMMESA la oferta de potencia y energía producida en el exterior, y participar en las restantes facetas de la operatoria del MEM (acatamiento de las instrucciones de CAMMESA para la operación en tiempo real, determinación del precio de la energía eléctrica, recepción de las liquidaciones y pago o cobro de los importes respectivos, etc.).

4.4.2.2. Comercializadores de energía eléctrica proveniente de emprendimientos binacionales. Los principales emprendimientos binacionales son la Entidad Binacional Yaciretá (EBY) y la Comisión Mixta Técnica Salto Grande (CMT). Las entidades que comercializan la energía eléctrica que producen las correspondientes centrales toman intervención en la operatoria del MEM, bien que bajo el régimen instaurado por el art. 37 de la ley 24.065 (M-1791) (v/apdo. 2.6.2 del cap. XV).

4.4.2.3. Comercializadores de energía eléctrica. Estas compañías operan en el MEM como meros intermediarios -corredores- en interés de sus clientes, que pueden ser tanto los oferentes como los demandantes de energía eléctrica.

4.4.2.4. Prestadores de la función técnica de transporte. Los arts. 22, 23 y concordantes de la ley 24.065 (M-1791) consagraron el principio del libre acceso a los sistemas de distribución y transporte. La Res. SE 159/94 institucionalizó la función técnica de transporte, a ser prestada por las compañías de distribución y transporte que, aún cuando no operaran como agentes del MEM, fueran obligadas a prestar la función técnica de transporte, en virtud de las necesidades de entrega o recepción de energía eléctrica de las unidades productoras o consumidoras del MEM, en el marco de la operación del mismo que disponga CAMMESA. Cabe recordar que el ENRE se ocupa de aplicar las sanciones a estos prestadores de la función técnica de transporte por los incumplimientos en que hubieran incurrido en tal condición y tales sanciones son descontadas por CAMMESA en las liquidaciones que realiza de los servicios prestados por estas compañías.

La jurisprudencia se ha encargado de puntualizar que, cuando una distribuidora provincial presta la función técnica de transporte, lo hace en base al funcionamiento del MEM, quedando sujetas a todas sus normas y reglamentaciones, ya que están actuando en un ámbito estrictamente federal.¹⁴

La Res. SE 672/06 (B.O. 18/5/06), actualizó las condiciones en que se prestaría la FTT.

4.5. Autogeneradores y cogeneradores.

Como hemos visto, tanto la Res. SEE 61/92 como el Dec. 186/95 reconocieron la figura de los autogeneradores y de los cogeneradores. El Anexo XII de los Procedimientos de CAMMESA define al autogenerador como un consumidor de electricidad que genera energía eléctrica como producto secundario, siendo su principal propósito la producción de bienes y/o servicios. Asimismo, define al cogenerador como aquel que genera conjuntamente energía eléctrica y vapor u otra forma de energía para fines industriales o de otro tipo. Para incorporarse al MEM, deben contar con una

¹⁴ CNACAF, sala I, sent. 15/8/00, en autos *Edet c/Res. 841/00 ENRE*; sala II, 6/5/03, en autos *Eden S.A. c/ Res. ENRE 707/98*.

potencia instalada no inferior a 1 MW, con una disponibilidad media anual no inferior al 50%, y cumplir con los requisitos generales establecidos en el Anexo 17 de los Procedimientos de CAMMESA. Operan con el MEM como lo hacen los otros agentes, suministrando la información necesaria para la programación del despacho a CAMMESA y comprando como lo hacen los grandes usuarios y vendiendo como lo hacen los generadores. La Res. SE 269/08 creó la figura del autogenerador distribuido, el que fue definido como un autogenerador cuyos puntos de consumo y generación se vinculan al SADI en diferentes nodos de conexión y cuya generación deberá haber sido habilitada con posterioridad al 5/9/06.

5. Régimen de acceso al MEM.

Dispuso la Res. SEE 61/92:

Art. 12.- Las solicitudes de conexión de instalaciones nuevas al sistema físico y/o de incorporación de nuevos agentes al Mercado Eléctrico Mayorista serán presentadas ante esta Secretaría de Energía, que las hará públicas y contará con 60 días corridos para aprobarlas o rechazarlas. En ausencia de dictamen explícito en el plazo indicado, dichas solicitudes quedarán automáticamente aprobadas. Eventuales oposiciones de terceros podrán presentarse ante esta Secretaría o ante el Ente Nacional Regulador a partir de su constitución.

A su vez, dentro de los Procedimientos de CAMMESA, aprobados inicialmente mediante el art. 12 de la Res. SEE 61/92, se incorporó el anexo 17, que reglamentó el procedimiento de acceso al MEM. En dicha reglamentación se establece que la solicitud de habilitación debe ser presentada por la empresa interesada, entendiéndose por tal al sujeto de derecho titular de las instalaciones que integran un establecimiento o planta destinado a la actividad de generación, cogeneración o autogeneración de energía eléctrica, o de las instalaciones que integren un sistema de transporte o distribución de energía eléctrica, o del establecimiento o planta que por sus características de consumo de energía eléctrica reúna los requisitos que califican al gran usuario mayor (GUMA). Se requiere una solicitud de habilitación independiente y separada como agente del MEM, aunque se trate de una misma empresa (i) por cada una de las actividades eléctricas antes mencionadas aunque sean desarrolladas por la misma empresa; (ii) por cada uno de los sistemas, establecimientos o plantas en tanto requieran de diferentes puntos de conexión o intercambio físico

(puntos de efectivización física de las transacciones de energía eléctrica en el MEM).

También señala dicho anexo que, para obtener la habilitación como agente del MEM, **(a)** el generador debe ser titular de un establecimiento o planta destinado a la generación de energía eléctrica que coloque su producción en forma total o parcial en algún nodo perteneciente a un prestador de la función técnica de transporte de energía eléctrica (PAFTT); **(b)** el cogenerador y el autogenerador deben tener una potencia instalada de generación eléctrica igual o mayor a 1 MW y para el autogenerador, una capacidad propia de generación que cubra como mínimo el 50% del total su demanda anual de energía; **(c)** el transportista debe ser titular de una concesión de transporte de energía eléctrica otorgada dentro del marco de la ley 24.065 (M-1791); **(d)** el distribuidor debe ser responsable de atender, dentro de un área determinada, toda demanda de servicios para satisfacer las necesidades indispensables y generales de electricidad de usuarios finales que no tengan facultad de contratar su suministro en forma independiente y tener, en cada área de prestación del servicio público de electricidad, una demanda mínima de potencia y energía de 1 MW y 4380 MWh anuales respectivamente, y una concesión de servicio público de distribución otorgada por autoridad competente, concesión que deberá seguir los lineamientos de la ley 24.065 (M-1791), estableciendo, como mínimo, la obligatoriedad de abastecer a toda la demanda, el cumplimiento de los principios tarifarios de la citada ley y la fijación de condiciones de calidad en la prestación del servicio; **(e)** el gran usuario mayor (GUMA) debe contar con una demanda de potencia y energía mínima para consumo propio en cada punto de conexión de 1 MW y 4380 MWh anuales respectivamente, y contratar en forma independiente en el mercado a término o tener un acuerdo de comercialización por el 50% o más de su demanda de energía eléctrica, con un mínimo de 4380 MWh anuales. El gran usuario menor (GUME) y gran usuario particular (GUPA) deben satisfacer los requisitos indicados en el citado anexo 17.

6. Sistema Argentino de Interconexión.

La reglamentación del art. 35 de la ley 24.065 (M-1791) establecida por el Dec. 1398/92 dispuso que la SE debería, al dictar las normas que debería seguir CAMMESA, definir los conceptos fundamentales del nuevo sistema.

Por tal razón, la Res. SE 137/92 definió el Sistema Argentino de Interconexión (SADI), en los siguientes términos.

Art. 6.- SADI. Defínese como SISTEMA ARGENTINO DE INTERCONEXIÓN al conjunto de instalaciones de transporte de energía eléctrica que integren el SISTEMA DE TRANSPORTE DE ALTA TENSIÓN y el de TRANSPORTE POR DISTRIBUCIÓN TRONCAL.

En línea con la composición del SADI descrita en la norma, Transener y Transba recibieron las concesiones para la explotación del sistema de transporte de alta tensión y del sistema de transporte por distribución troncal. Dichos sistemas son definidos en forma descriptiva en el anexo 11 de los Procedimientos de CAMMESA, que identifica las instalaciones de transmisión, transformación, compensación y maniobra que forman parte de los mismos.

7. Instalaciones físicas y sistemas operativos.

7.1. Introducción.

La Res. SEE 61/92 precisó la relación entre la infraestructura física del SADI y el sistema de operación del mismo.

Art. 1.- Superposición de instalaciones físicas y sistemas de operación. A los efectos de reglamentar el funcionamiento del Mercado Eléctrico Mayorista, el Sistema Argentino de Interconexión se considera dividido en Centros de Generación, Red de Transporte e Instalaciones de Distribución. Asimismo, existe un Sistema de Operación y Despacho superpuesto a dicho sistema físico.

El art. 1 de la Res. SE 61/92 es clave para comprender el régimen de producción y comercialización de electricidad vigente en Argentina desde 1992. El sistema de operación y despacho, del que habla la norma, que la misma considera “superpuesto” a la infraestructura física, se encuentra constituido por un conjunto de normas e instrumentos que permiten que el MEM funcione en los hechos. Si una central quiere hacer ingresar su electricidad al sistema eléctrico interconectado, debe acatar las reglas del susodicho sistema de operación y despacho.

Los siguientes artículos establecen las reglas para delimitar las instalaciones que integraban el sistema eléctrico. Ello ya que, hasta 1992, al ser casi todas las instalaciones de propiedad del estado nacional (a través de Segba, Agua y Energía e Hidronor) y de las provincias, no era tan necesario contar con reglas que establecieran con claridad los límites entre los

diversos tipos de instalaciones. Desde ya que las reglas establecidas en la Res. SE 61/92 operan en forma residual, en ausencia de precisiones sobre el particular en los pliegos de privatización de las diversas instalaciones de generación, transporte y distribución. Estos límites son relevantes, entre otras cosas, en atención a la responsabilidad que pesa sobre los titulares u operadores de las instalaciones en cuestión y también por la obligación de mantener las instalaciones en buen estado de funcionamiento y seguridad que pesa sobre los susodichos titulares u operadores.

7.2. Instalaciones físicas.

7.2.1. Instalaciones de generación.

Las instalaciones de generación fueron definidas por la Res. SEE 61/92 en los siguientes términos:

Art. 2.- Instalaciones de Generación. Defínese como Instalaciones de Generación, al conjunto de equipos destinados a la producción, transformación y maniobra de energía eléctrica, a espaldas del último interruptor de vinculación a la red de transporte o a la red de distribución.

Merece destacarse el límite entre las instalaciones de generación y las de transporte o distribución: el último interruptor de vinculación. Esta definición es importante de cara a la responsabilidad por la operación y mantenimiento de las instalaciones.

7.2.2. Instalaciones de transporte.

También fueron definidas las instalaciones de transporte, como sigue:

Art. 3.- Red de Transporte. Caracterízase como Red de Transporte, al conjunto de instalaciones de transmisión, compensación, transformación y maniobra, que se especifican en el Anexo I de este acto, del que forma parte integrante, más las que se incorporen en fecha posterior por expansión de la citada red.

La columna vertebral del sistema eléctrico es la red de transporte. La Res. SEE 61/92 se ocupó de precisar su conformación, mediante la detallada identificación de las instalaciones que lo componían al momento de dictarse la misma.

7.2.3. Instalaciones de distribución.

Para su definición se utilizó un criterio residual. Dispuso la Res. SEE 61/92 lo siguiente:

Art. 4.- Instalaciones de Distribución. Considéranse como instalaciones afectadas a la actividad de distribución, al solo efecto de su actuación en el Mercado Eléctrico Mayorista, las que no son

consideradas como propias de la actividad de generación ni de la red de transporte.

Puede verse que cualquier instalación que no pertenezca a un generador o a un transportista pertenece a un distribuidor. Recuérdese que las instalaciones de distribución ocupan -en extensión- una porción preponderante del sistema eléctrico. Y muchas de ellas son de propiedad de o son operadas o concesionadas por entes provinciales, cooperativos o municipales.

7.3. Sistemas Operativos del MEM.

Luego de ocuparse del sistema físico, la Res. SEE 61/92 pasa a ocuparse del sistema de operación, al que denomina “SOD” (sistema de operación y despacho).

Art. 6.- Componentes del SOD. De acuerdo a lo que establece el Anexo

I de la presente, el SOD se integrará con:

- un sistema de operación en tiempo real (SOTR),
- un sistema de medición comercial (SMEC),
- un sistema de comunicaciones (SCOM).

El Organismo Encargado del Despacho coordinará un proyecto único denominado PROYECTO SOD, y minimizando las inversiones requeridas para la instrumentación de los referidos sistemas. Antes del 1/9/92 el Organismo Encargado del Despacho elevará la propuesta definitiva para aprobación de la Secretaría de Energía.

El art. 6 de la Res. SEE 61/92 constituye uno de los pilares de la organización del MEM, y fue desarrollado a través de numerosas reglamentaciones, que por su alto tecnicismo me abstendré de comentar en detalle. Solamente diremos que el SOTR estaría constituido por aquellos instrumentos que permitirían el movimiento de las cargas eléctricas dentro del sistema coordinado en tiempo real, el SMEC estaría constituido por el conjunto de instrumentos (principalmente medidores) que recogerían y procesarían la información producida como resultado del flujo de cargas y el SCOM estaría constituido por los mecanismos de comunicación entre los operadores del MEM y CAMMESA.

8. Los Procedimientos de CAMMESA. Remisión.

La Res. SEE 38/91 introdujo las nuevas “reglas del juego” que regirían la programación de la operación, el despacho de cargas, el cálculo de precios y la liquidación de operaciones en el MEM, en consonancia con el giro copernicano producido por el Dec. 634/91. La Res. SEE 61/92 refinó

dichas normas, estableciendo un sofisticado conjunto de reglamentaciones destinadas a regir la operación del MEM.

Lo hizo en los siguientes términos:

Art. 13.- Programación Operación. El Organismo Encargado del Despacho, así como los distintos actores del Mercado Eléctrico Mayorista, sujetarán su accionar al Reglamento de Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas, y el Cálculo de Precios que se adjunta como Anexo I, que forma parte integrante del presente acto. Todos los agentes reconocidos del Mercado Eléctrico Mayorista quedan obligados a operar de acuerdo con dichas normas y a suministrar en tiempo y forma los datos requeridos para el funcionamiento del sistema.

El citado anexo I de la Res. SEE 61/92 estaba compuesto por cinco capítulos y numerosos anexos. Dicho anexo conformó “Los Procedimientos de CAMMESA”. Con esta voz se denotará entonces la normativa contenida en dicho anexo. La misma abarca numerosas cuestiones a cuyo análisis están dedicados los caps. XI (apdo. 5.3), XIII (apdo. 3), XV, XVI y XVII.

9. Operatorias del MEM. Mercado de contratos a término, mercado spot y sistema de estabilización. Remisión.

Dentro del MEM puede transmitirse y comercializarse energía eléctrica en dos ámbitos: en el marco de un contrato a término o en la forma de operaciones puntuales de compraventa de energía eléctrica, efectivizadas en cada hora o fracción en que alguno de los agentes del MEM necesita adquirir o vender energía eléctrica. Dispuso en tal sentido la ley 24.065 (M-1791) lo siguiente.

Art. 35.- Mercado Eléctrico Mayorista.

... La Secretaría de Energía determinará las normas a las que se ajustará el DNDC para el cumplimiento de sus funciones, las que deberán garantizar la transparencia y equidad de las decisiones, atendiendo a los siguientes principios:

(a) Mercado de Contratos a Término. Permitir la ejecución de los contratos libremente pactados entre las partes, entendiendo por tales a los generadores (con excepción de aquellos comprendidos en el art. 1 de la ley 23696 y la parte Argentina de los entes binacionales), grandes usuarios y distribuidores (mercado a término);

(b) Mercado Spot. Despachar la demanda requerida, en base al reconocimiento de precios de energía y potencia que se establecen en el artículo siguiente, que deberán comprometerse explícitamente a aceptar

los actores del mercado, para tener derecho a suministrar o recibir electricidad no pactada libremente entre las partes.

La Res. SEE 61/92 introdujo precisiones adicionales sobre los “compartimentos” del MEM. Dispuso en tal sentido lo siguiente:

Art. 9.- Operatorias Admitidas. El Mercado Eléctrico Mayorista se compone de:

(a) Mercado a Término. Un mercado a término, con contratos por cantidades, precios y condiciones pactadas libremente entre vendedores y compradores.

(b) Mercado Spot. Un mercado spot, con precios sancionados en forma horaria en función del costo económico de producción, representado por el Costo Marginal de Corto Plazo medido en el Centro de Carga del Sistema.

(c) Sistema de Estabilización. Un sistema de estabilización por trimestres de los precios previstos para el Mercado Spot, destinado a la compra de los Distribuidores.

Cabe consignar que si bien el art. 35 de la ley 24.065 (M-1791) y el art. 9 de la Res. SEE 61/92 establecen que el precio en los contratos a término se pacta libremente, tanto el ENRE como los tribunales han considerado que dicha libertad reconoce ciertos límites, impuestos por el mecanismo de traslado de costos a los usuarios de los diversos marcos regulatorios de la distribución domiciliaria de energía eléctrica.

Otra cuestión a destacar es el mecanismo de estabilización de los precios que se cobran a las compañías distribuidoras, los cuales, como se verá en el apdo. 2 del cap. XV, se calculan cada tres meses y se mantienen fijos durante cada trimestre.

La normativa que rige el mercado spot se analizará en el apdo. 2 del cap. XV, correspondiente al régimen de precios en el MEM. La normativa sobre el mercado de contratos a término se analizará en el apdo. 5 del cap. XI, al considerar el régimen de los contratos de suministro de energía eléctrica.

10. Sistema de liquidación de operaciones.

Existen, según se ha visto, dos tipos de operatorias en el MEM: el mercado spot y el mercado de contratos a término. Para ambos tipos de operatorias la Res. SEE 61/92 estableció un régimen de facturación, cobranza y liquidación de operaciones. Lo hizo en los siguientes términos:

Art. 19.- Facturación y Cobranza. Apruébanse los procedimientos de Facturación, Cobranza y Liquidaciones contenidas en el Capítulo 5 del Anexo 1 que forma parte de la presente Resolución. El Organismo Encargado del Despacho será responsable de producir toda la información necesaria a dichos procedimientos y emitirá por cuenta y orden de los agentes del Mercado Eléctrico Mayorista la documentación comercial conforme se explicita en el citado Anexo 1. Asimismo, el Organismo Encargado del Despacho administrará el sistema de cobranzas centralizado y el sistema de cancelación de deudas asociado. El Organismo Encargado del Despacho no reconocerá pagos, compensaciones o cancelaciones realizadas por fuera del sistema establecido en dicho Anexo 1.

Art. 23.- Sanciones por Falta de Pago. La falta de pago íntegro y en término de los montos adeudados a partir la vigencia de la presente resolución, será sancionada por el Organismo Encargado del Despacho con un interés equivalente a la tasa fijada por el Banco Nación Argentina (BNA) para sus operaciones de descuentos de documentos a 30 días de plazo.

Art. 25.- Descuentos a Compradores. Si el deudor moroso fuera un generador con contratos en el Mercado a Término, de la compra de faltantes, el Organismo Encargado del Despacho transferirá a los distribuidores y grandes usuarios que constituyeran la contraparte las sanciones previstas en el artículo precedente. Los distribuidores y grandes usuarios afectados podrán aplicar en consecuencia al generador las penalidades previstas contractualmente por falta de suministro. El Organismo Encargado del Despacho está autorizado a venderles el equivalente en energía de la sanción a los precios del Mercado Spot, de contar éste con excedentes.

En base a las normas precedentes, y a sus modificatorias, quedó configurado un sistema de administración de pagos en el MEM, que gira en torno a CAMMESA, quien compensa saldos y liquida operaciones. En el mercado spot, en el cual los agentes demandantes consumen la energía eléctrica disponible en el mercado, esta función de compensación y liquidación presenta rasgos ciertamente peculiares. En dicho ámbito, CAMMESA actúa por cuenta y orden de los agentes del MEM. Por ejemplo, liquida al generador, que se vio obligado a acudir al mercado spot para adquirir la energía eléctrica que necesitaba para cumplir sus obligaciones de suministro, los pagos que éste debe efectuar. Por otra parte, también liquida los importes a percibir por aquellos otros generadores que

hubieran colocado su producción en el mercado spot. CAMMESA no compromete su patrimonio en esta actividad, pues no adelanta los fondos a percibir por quienes, en un determinado mes, resulten acreedores a ciertos pagos, sino que aguarda a que los agentes obligados a realizar pagos los hagan efectivos. Una vez vencido el plazo para la recepción de dichos importes, en caso que algún agente del MEM no hubiera satisfecho su obligación, CAMMESA determina como se distribuye dicho déficit entre los agentes del MEM que fueran acreedores, y hace efectivo el pago. Esta característica se hizo notoria en la crisis de 2002-03 (v/apdo. 4 del cap. III).

Con relación al peculiar caso del generador que no hiciere efectivo el pago del importe a su cargo, la reglamentación establece un sistema de adjudicación del menoscabo patrimonial derivado de dicha falta de pago. En efecto, CAMMESA atribuye la penalidad derivada de la falta de pago a las entidades -distribuidores o grandes usuarios- que se encontrasen vinculadas con el generador que hubiera incumplido. A su vez, la reglamentación autoriza a dichas entidades a aplicar al generador las penalidades previstas en los contratos para los casos de falta de suministro, aún cuando, en rigor, la energía eléctrica hubiera sido suministrada, bien que a través del mercado spot.

11. Acciones por falta de pago.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791).

Art. 81.- La falta de pago del suministro de energía eléctrica a usuarios finales y/o del precio de venta de dicha energía en bloque, será sancionado con la interrupción y/o desconexión de dicho suministro. Para la percepción de los importes correspondientes a los precios de compraventa en bloque y/o de tarifas de suministros de usuarios finales, se aplicará el procedimiento ejecutivo, siendo título hábil la constancia de deuda que determine la reglamentación.

Reglamentación Dec. 1398/92: Determinase como título hábil, a los efectos de la aplicación del procedimiento ejecutivo previsto en el 2^{do} párrafo del art. 84 (81) de la ley 24.065, a la constancia de deuda que sea emitida por los Generadores, Transportistas y/o Distribuidores, que reúna los requisitos, que, a tales efectos, determine la Secretaría de Energía.

Preliminarmente cabe destacar que la norma en análisis distingue dos modalidades de suministro: el que tiene como destinatarios usuarios finales y el de suministro de energía en bloque, correspondiente al mercado mayorista.

Entrando al fondo de la disposición pretranscripta, añadiré que la misma reviste una importancia mayor que la que podría asignársele a primera vista. En efecto, establece una fundamental protección financiera para el buen funcionamiento del SADI y el MEM, al permitir la desconexión de y cobro ejecutivo a los consumidores de energía eléctrica que no cancelen en tiempo y forma sus deudas con el sistema o con su proveedor. Si se permitiera a los morosos seguir abasteciéndose de energía eléctrica se obligaría (excepto el caso de intercesión divina) a los productores o distribuidores de energía eléctrica a financiar compulsivamente a dicho usuario, vía aumento del precio o disminución de la calidad del suministro. Esto, en pequeña escala, es tolerable, pero, en gran escala, produciría la quiebra del sistema. La crisis financiera de 2001-2002 puso en evidencia la importancia de este mecanismo.

Además de esta razón económica y de sentido común, en ausencia del art. 81 de la ley 24.065 (M-1791), también procedería la interrupción del suministro, en atención a la naturaleza contractual de la relación entre ofertantes y demandantes de energía eléctrica en el MEM, entre contratantes del mercado a término y entre concesionarias y usuarios finales (v/apdo. 5 del cap. IV, apdo. 5 del cap. VIII, apdo. 4.2.2.2 del cap. IX y apdo. 4.2.4 del cap. XI, entre otros).

12. ENARSA.

ENARSA fue creada a través de la ley 25.943 (B.O. 3/11/04), cuyo art. 3 prevé que podrá operar en forma integrada, lo cual se encuentra en conflicto con los arts. 30 a 32 de la ley 24.065 (M-1791) (v/apdo. 4.2 del cap. XVIII). De acuerdo al art. 4 de dicha ley, en su actuación ENARSA observará las políticas del Estado Nacional y, conforme a su art. 6, se encontraría sometida al control interno y externo del sector público previstos en la ley 24.156. Conforme al art. 7, las relaciones con el personal se regirían por el derecho privado. Conforme al estatuto aprobado por el Dec. 1692/04 (B.O. 2/12/04), su objeto social incluye la generación, transporte, distribución y comercialización de energía eléctrica, tanto en el país como en el extranjero.

En el marco del sector eléctrico, una de las primeras intervenciones de ENARSA se dió en la importación de energía eléctrica del Brasil (v/apdo. 4.2.3. del cap. III). También y conforme surge de la Res. ENRE 191/11

VII - Administración del Sistema Eléctrico Nacional. El mercado eléctrico
mayorista. CAMMESA

(B.O. 24/5/11), contrató la construcción de la Central Térmica Ensenada de
Barragán y las pertinentes obras de conexión