

VIII.- CONCESIONES DE DISTRIBUCIÓN Y TRANSPORTE DE ENERGÍA ELÉCTRICA. ASPECTOS COMUNES.

1. Las disposiciones legales que complementan la *publicatio*.

El art. 14 de la ley 15.336 (M-521)¹ prescribe lo siguiente:

Art. 14.- Actividades sujetas a concesión del PEN. El ejercicio por particulares de actividades relacionadas con la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica de jurisdicción nacional, cualquiera sea la fuente de energía utilizada, requiere concesión del Poder Ejecutivo en los siguientes casos.

(a) Aprovechamientos Hidroeléctricos. Para el aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica de los cursos de agua pública cuando la potencia normal que se conceda exceda de quinientos (500) kilovatios;

(b) Distribución y Transporte. Para el ejercicio de actividades destinadas al servicio público de transporte y/o distribución de electricidad.

La disposición precedente fue complementada por la ley 24.065 (M-1791), en los siguientes términos:

Art. 50.- Carácter Excluyente de las Concesiones. El transporte y la distribución de electricidad sólo podrán ser realizados por empresas a las que el Poder Ejecutivo les haya otorgado una concesión de conformidad con lo dispuesto por la ley 15.336 y la presente ley. Las concesiones serán adjudicadas de conformidad con procedimientos de selección preestablecidos por la Secretaría de Energía.

Las normas pretranscriptas complementan y dan contenido al art. 3 de la ley 15.336 (M-521) y el art. 1 de la ley 24.065 (M-1791), que declaran que la distribución y transporte de energía eléctrica serán consideradas un servicio público. En conjunto operan la *publicatio*, tal como ha sido conceptualizada por Ariño Ortiz². En nuestro país, con posterioridad a las leyes de reforma del estado y la reforma de la CN en 1994, se ha dicho que la *publicatio* no implica atribuir al Estado derecho real alguno, sino que traduce la incorporación de una actividad al derecho público y expresa la decisión estatal de que una determinada actividad se sujete a las potestades administrativas mediante un régimen especial, decisión que, en el caso del

¹ En la redacción establecida por la ley 24.065 (M-1791). En la anterior redacción - establecida por la ley 15.336 (M-521)- se distinguía entre actividades sujetas a concesión y actividades sujetas a autorización.

² Ariño Ortiz, La Regulación, p. 56.

MREN, se encuentra limitada por el principio de subsidiariedad³. Esta situación contrasta con la que se verifica, por ejemplo, en México, en donde, por expresa disposición consitucional, el estado se reservó la generación, transporte y distribución de energía eléctrica destinada a un servicio público.⁴

La otra pata esencial del trípode normativo es la obligatoriedad de la prestación del servicio público, recogida en el art. 21 de la ley 24.065 (M-1791) (ver apdo. 4.2.2.4 del cap. IX).

Estas disposiciones configuran una excepción al postulado de permisión derivado del art. 19 CN (v/apdo. 7 del cap. IV): los servicios públicos de distribución y transporte no pueden ser prestados si no media una concesión otorgada por autoridad competente. El Congreso Nacional reglamentó, de tal manera, el derecho de comerciar y ejercer actividades industriales y adquirir energía eléctrica en condiciones de mercado fundados en los arts. 14 y 42, CN.

A resultas del mismo, es necesaria una ley del Congreso Nacional para que una actividad sea considerada servicio público sujeta a concesión, correspondiendo su realización, en ausencia de tal declaración, a los particulares⁵. La Constitución española también requiere la sanción de una ley material.⁶

Ahora bien, como resultado de tal “reglamentación”, el PEN ha quedado investido con la facultad de incidir sobre la posición jurídica de los particulares, mediante el otorgamiento de una facultad, la cual se incorpora

³ Cassagne, en La Regulación, p. 28; ver también *“Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización”* (Juan C. Cassagne, RDA, 2001, p. 63) y *“Titularidad del servicio público”* (López Vergara, Patricia; RDA, 1999, p. 461).

⁴ Ver la nota publicada por el Lic. Miguel Angel Quintana (*“Reorganisation of the Mexican Electricity Sector: the Need to Review the Regulatory Framework”*) en JERL 21, n° 3, págs.303 a 317.

⁵ Ver Comadira, Julio R.; *“El servicio público como título jurídico exorbitante”*, E.D. 31/12/03. La claridad de nuestro régimen constitucional -y por ende de nuestro derecho administrativo- queda a la vista si recordamos que Mayer, Otto (*“Derecho Administrativo Alemán”*, Editorial Depalma, tomo IV, p. 150) considera que, mediante la concesión, el particular recibe un derecho del que no gozaba, a diferencia de lo que sucede con los permisos, cuya función es levantar una restricción al ejercicio de un derecho preexistente.

⁶ Ariño Ortiz, La Regulación, p. 56.

a su patrimonio y queda protegida por la garantía del art. 17, CN, y por las limitaciones a la revocación de actos administrativos del art. 17, LNPA.

Las concesiones integran un grupo de mecanismos, del que también forman parte las aprobaciones, las autorizaciones, las limitaciones, las declaraciones de exenciones, las subvenciones y los subsidios.⁷

Las facultades de las diferentes ramas del gobierno para prestar servicios públicos han sido explicadas en el apdo. 2.2.2 del cap. V.

Debe destacarse que, desde la sanción de la ley 24.065 (M-1791), no queda comprendida dentro del régimen de concesiones la actividad de generación térmica que, en el régimen originario de la ley 15.336 (M-521) se encontraba sujeta a autorización del PEN.

2. Esquema de análisis.

Es notoria la profusión de opiniones sobre la naturaleza jurídica de los contratos administrativos en general, y de los contratos de concesión en particular, y las muy divergentes teorías, o anti-teorías, sobre el particular.

Con ese panorama, a continuación sólo se analizarán las disposiciones legales y contractuales que conforman el régimen legal de los contratos de concesión de distribución y transporte de energía eléctrica, incorporando las referencias a la doctrina y jurisprudencia que sea relevante con relación a cada cuestión que se presente.

Siguiendo la estructura y terminología del Código Civil, puede dividirse el régimen legal de las concesiones de distribución y transporte de energía eléctrica como sigue:

a. Parte General. Se encuentra constituida por los principios generales de derecho contenidos en el Código Civil y por las disposiciones recogidas en las leyes 15.336 (M-521) y 24.065 (M-1791), que resultan aplicables a los contratos de concesión de distribución de energía eléctrica y a los contratos de concesión de transporte de energía eléctrica.

b. Parte Especial. Se encuentra constituida por ciertas disposiciones contenidas en las leyes 15.336 (M-521) y 24.065 (M-1791) aplicables específicamente a cada categoría de concesión, y por los respectivos contratos de concesión, otorgados en el marco de los Decs. 714/92, 2743/92 y complementarios.

⁷ Cassagne, Juan Carlos, *“La intervención administrativa”*, 2da edición, p. 68.

A continuación se analizan las instituciones reguladas en el Código Civil y en las leyes 15.336 (M-521) y 24.065 (M-1791) que son comunes a las concesiones de distribución y transporte de energía eléctrica. Previo a analizar concretamente tales disposiciones, se harán ciertas consideraciones sobre la naturaleza jurídica de las concesiones eléctricas.

3. Definición de las concesiones de distribución y transporte de energía eléctrica. Primacía de la responsabilidad pública.

El material jurídico integrante del MREN permite distinguir estos conceptos: “concesionar”, “concesión (de servicio público)”, “acto de otorgamiento de la concesión” y “contrato de concesión”. Veamos.

Concesionar -en el sentido que aquí interesa- es permitir y encomendar la gestión y prestación, de un servicio público, al mismo concedente⁸ y a terceros, denominados “usuarios”.

La concesión es la relación de derecho público entre concedente y concesionario en la que el primero concede al segundo un servicio público. La concesión tiene entonces por objeto conceder, es decir permitir y encomendar, a una determinada entidad, prestar un servicio público sujeto a autorización. Perrino⁹ recuerda que “... *la idea misma de la concesión responde al deseo de separar de la organización propia de la Administración (no en vano la concesión es una forma de gestión indirecta de servicios) la atención de algunas necesidades de interés general ...*”.

Ahora bien, ¿cómo se otorgaron las concesiones eléctricas de jurisdicción nacional? A través de actos administrativos de alcance general¹⁰, tales como el art. 9 del Dec. 714/92 y el art. 9 del Dec. 2743/92.

¿Cómo se definieron los términos de las concesiones así otorgadas? A través de contratos administrativos¹¹ y reglamentaciones complementarias.

⁸ El concedente es, a través de sus diversas reparticiones, también usuario. En tal condición, puede formular reclamos, al concesionario y al ENRE.

⁹ En “*Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita*” (ED 185-794).

¹⁰ Podría decirse que el acto de otorgamiento de una concesión es de carácter particular. De cualquier manera, lo considero un acto de carácter general, teniendo en cuenta que no se discute que el acto que aprueba la tarifa es de naturaleza general (ver apdo. 3 del cap. XVI) y que las concesiones eléctricas contienen el primer cuadro tarifario.

¹¹ Así lo señaló la CNACAF, sala I, sent. de 5/9/95 en autos *Edenor c/Estado Nacional: “La Administración concedió a Edenor S.A. la prestación del servicio público de*

La utilización de la figura del contrato tropieza con una serie de obstáculos. De entre ellos puede destacarse que los contratos de concesión desconocen al principio elemental del efecto relativo de los contratos, conforme al cual éstos obligan únicamente a los otorgantes (art. 1195, CCiv. y art. 1021, CCC), mientras que es de la esencia del contrato de concesión de servicio público producir efectos sobre los usuarios.

Como sea, tales actos y contratos conforman una unidad, como lo revela por ejemplo el texto del art. 9 del Dec. 2743/92: *“Otórgase a TRANSENER S.A., por el término de NOVENTA Y CINCO (95) años, la concesión del servicio público de Transporte de energía eléctrica en Alta Tensión entre regiones eléctricas, con tensiones iguales o superiores a DOSCIENTOS VEINTE KILOVOLTIOS (220 kV), conforme las condiciones que se establecen en el contrato de concesión, cuyos términos se aprueban por el presente decreto, del que forma parte integrante como Anexo II.”*

El objeto de tales actos administrativos (v/apdo. 2.1.1.1 del cap. XXI) y contratos fue entonces concesionar un servicio público y fijar los términos de la concesión.

Así, las concesiones eléctricas (por llamarlas de algún modo) son las relaciones de derecho público, nacidas de actos administrativos de alcance general, por los que se permite y encomienda, en los términos fijados en un contrato administrativo y reglamentaciones complementarias, a una determinada entidad, prestar el servicio público de electricidad.¹²

Los contratos administrativos han sido caracterizados por la CSJN como una especie dentro del género de los contratos, que se distinguen por elementos especiales tales como que una de la partes intervinientes es una persona jurídica estatal, que su objeto está constituido por un fin público o propio de la administración y que llevan insertas explícita o implícitamente cláusulas exorbitantes del derecho privado.¹³

Distinguí entre los conceptos “concesionar”, “concesión”, “acto de otorgamiento de la concesión” y “contrato de concesión”. Veamos la

distribución y comercialización de energía eléctrica, en los términos del contrato oportunamente celebrado entre ambas partes”. Ver también “Los contratos de prestación de servicios públicos en la perspectiva constitucional” (Estela B. Sacristán, RAP, 301, p. 13).

¹² Para la definición genérica de las concesiones: Marienhoff, Tratado, tomo III-B, p. 591.

¹³ 29/3/90, en autos *Dulcamara c/ENTEL*.

caracterización que del último ha efectuado la jurisprudencia. En sendos pronunciamientos de las salas I y IV de la CNACAF, se atribuye naturaleza mixta -contractual y reglamentaria- a los contratos de distribución y transporte de energía eléctrica, los cuales estarían integrados por disposiciones normativas y contractuales, señalando que la ley 24.065 (M-1791) otorgó al ENRE facultades para reglamentar ciertas cuestiones atinentes al servicio público concesionado, imponiendo dichos reglamentos a los concesionarios.¹⁴

Este enfoque se basa en que, como sucede en el régimen de obras públicas, el contrato de concesión no es la única fuente de obligaciones para el concesionario, ni el único instrumento que determina el régimen legal de la concesión. Para corroborar este aserto, basta con atender al tenor de las disposiciones legales que se analizarán en el apdo. 5 de este capítulo. Todas ellas generan obligaciones, de hacer y de no hacer, para los concesionarios. Así, todo concesionario de distribución deberá construir y operar sus instalaciones de conformidad con lo que establezca el ENRE en materia de seguridad, en virtud de lo dispuesto en el art. 16 de la ley 24.065 (M-1791) (v/apdo. 5.2 de este capítulo). Asimismo, de acuerdo al art. 11 de la ley 24.065 (M-1791), ningún concesionario de distribución podrá llevar a cabo la construcción de instalaciones adicionales sin contar con la autorización del ENRE, la cual será tramitada y eventualmente otorgada, o denegada, en base a los reglamentos que dicho organismo fije (v/apdo. 5.3 de este capítulo), etc., etc. Y tales “micro-marcos legales” son mutables. Así, por ejemplo, los requerimientos del ENRE para autorizar la construcción de nuevas estaciones transformadoras podrán variar, según evolucione la tecnología y los requerimientos de la sociedad, particularmente la sensibilidad ecológica. Otro ejemplo lo constituye el art. 17 inciso 15 de la ley 15.336 (M-521), que reconoce al concedente el poder de policía sobre el concesionario.

No se trata del mero hecho de estar el concesionario obligado a cumplir con las leyes y expuesto, como cualquier otro particular, a las

¹⁴ Sala I, 5/9/95, en autos *Edenor c/Sec. de Energía* (J.A. 1996-III-128) y sala IV, 5/12/02, en autos *Central Térmica Güemes c/Res. 1650/98 ENRE*. A partir de tal definición del contrato de concesión, en estos pronunciamientos se afirma que el concesionario se encuentra en una “situación de especial sujeción”. Ver lo expuesto al respecto *infra* en apdo. 2.3.

modificaciones que aquéllas puedan sufrir, sino que el mismo se encuentra específicamente obligado por un determinado conjunto de disposiciones que lo tienen como destinatario directo, que complementan el contrato, y son, no podía ser de otra manera, mutables.

Sin perjuicio de lo anterior, quienes consideran a las concesiones un contrato, señalan con acierto que la vigencia del complemento reglamentario de los contratos de concesión del servicio público no depende del acuerdo de voluntades entre concedente y concesionario.¹⁵

Recapitulando, pueden definirse los contratos de concesión de los servicios públicos eléctricos nacionales como contratos administrativos plurilaterales de colaboración mediante los cuales las autoridades federales autorizan y encomiendan, a una entidad privada, la gestión y prestación de un servicio público eléctrico a terceros, con sujeción a rigurosas condiciones, establecidas en el mismo contrato, en los pliegos licitatorios y en el marco reglamentario.

Como hemos visto, los términos de las concesiones otorgadas a partir de 1992 se fijaron mediante contratos, en los que ambas partes asumieron obligaciones. Las más importantes obligaciones del concedente son adoptar medidas para que terceros no autorizados no desarrollen, en el área concesionada, las actividades concesionadas, instrumentar las expropiaciones y servidumbres que el concesionario requiera y adecuar las tarifas al régimen legal.

Son considerables las analogías entre la concesión del servicio público de distribución de electricidad y la concesión privada para el suministro de combustibles líquidos y gaseosos a terceros. De hecho, tal como se indica en el apdo. 5 del cap. I y su nota al pie de página, el suministro de combustibles y el suministro domiciliario de electricidad son actividades sustancialmente análogas, en lo económico. En lo jurídico, en los dos casos el concesionario está sujeto a las directivas del concedente sobre la prestación del servicio, lo que equivale a decir que el servicio concesionado debe prestarse como el concedente lo indique, y que, en definitiva, el concesionario es contratado para desarrollar una actividad en condiciones predeterminadas con gran precisión. Esta analogía se hará más evidente cuando se difundan los vehículos eléctricos a base de hidrógeno u otros

¹⁵ Marienhoff, Tratado, III-B, p. 610 a 613.

combustibles. ¿Qué normativa regirá la actividad de las “estaciones de servicio” que suministren hidrógeno a tales fines?

A fin de ahondar en las características de las concesiones eléctricas, se considerarán a continuación algunas cuestiones conceptuales.

4. Cuestiones vinculadas a la naturaleza jurídica de las concesiones eléctricas.

Existen ciertas cuestiones, vinculadas a la naturaleza jurídica de las concesiones del servicio eléctrico y la mutabilidad del “complemento reglamentario” del instrumento que documenta el contrato de concesión. Éstas incluyen los límites que debería respetar el ENRE y, más genéricamente, el Estado, al modificar el antedicho “complemento reglamentario”¹⁶ y el hipotético derecho del concesionario a ser indemnizado como consecuencia de las modificaciones que se produzcan en dicho *corpus*.

4.1. Débiles límites a las modificaciones del régimen de las concesiones y absorción del costo de las mismas.

Paradójicamente, las políticas dirigidas a resguardar a los sectores más desprotegidos -según se describe en el apdo. 8 del cap. IV- han resultado en un notorio incremento de la tolerancia (de parte del Poder Judicial) para modificar el derecho vigente, al punto de admitirse reducciones de hasta un 33% en las prestaciones previsionales o en los salarios.¹⁷

Más sugestivo aún es comprobar que, mucho tiempo antes de que se afirmaran las tendencias precedentemente referidas, nuestra CSJN hubiera afirmado que *“La autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública, contra la cual no hay derechos adquiridos, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen*

¹⁶ No consideramos aquí los límites a las modificaciones de los contratos de concesión en sí mismos, los que serán objeto de un comentario específico.

¹⁷ Ver Coviello, *“La protección de la confianza del administrado”*, p. 453.

ineficaces para hacerlos completamente inocuos”¹⁸. Dicha doctrina se refería a los saladeros, pero es extensible a cualquier establecimiento industrial tales como las instalaciones de generación, transformación, transporte y distribución domiciliaria de energía eléctrica.

De igual modo, la CSJN reiteró dicha doctrina exactamente un siglo después, al convalidar una resolución municipal que ordenó clausurar una estación de servicio, señalando que “... *es razonable que, en salvaguarda de la seguridad e integridad de los habitantes de la comuna, la autoridad municipal haya dispuesto la aplicación de la prevención C-9 a las estaciones de servicio, pues ello es lo que mejor consulta el interés general, cuya satisfacción es el objetivo primordial de la labor de los gobernantes. 8.- Que lo expuesto no obsta a la garantía consagrada en el artículo 14 de la Constitución Nacional que establece el derecho a ejercer toda industria lícita porque, como lo ha sostenido reiteradamente esta Corte, no existen derechos absolutos y la limitación reglamentaria de éstos surge como una necesidad derivada de la convivencia social encontrando su límite en el artículo 28 de la Constitución Nacional (Fallos, 136:161; 171:349; 172:21; 254:56; entre muchos otros).*”¹⁹

En el ámbito de las actividades sujetas a licencia o concesión, es ilustrativa de la doctrina expuesta la sentencia de la CSJN dictada con fecha 4/4/06 en autos “*Cablevisión S.A. c/Municipalidad de Pilar s/acción de amparo*”²⁰, en la que se convalidó una modificación de la normativa municipal que obligó a la licenciataria del servicio de televisión por cable a modificar su red basada en el tendido aéreo para convertirla en una red subterránea. En el dictamen de la Procuración (que la CSJN hizo suyo), luego de recordarse la tradicional jurisprudencia de la CSJN que reconoce con amplitud las prerrogativas de las Provincias y Municipalidades, se señala que “*los decretos y normas reglamentarias, en cuanto a su derogación o reemplazo, participan del mismo régimen que las leyes, en tanto ningún derecho adquirido puede impedir su remoción del*

¹⁸ Sent. de 14/5/1887 en autos *Saladeristas Podestá, Santiago y otros c/Provincia de Buenos Aires s/daños y perjuicios* (Aberastury, Legislación, p. 647; Fallos, 31:273)

¹⁹ Sent. de 14/5/1987 en autos *Motor Once S.A.C.I. c/Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires* (Aberastury, Legislación, p. 507; Fallos, 310:943)

²⁰ Publicada en el suplemento de derecho administrativo de la Revista El Derecho el 28/4/06.

ordenamiento jurídico pues, de lo contrario, se admitiría el postulado de la inamovilidad del derecho objetivo. Al respecto, es pacífica la doctrina del tribunal en torno a que “la modificación de leyes por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, ya que nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a la inalterabilidad de los mismos”.

De cualquier manera, no es ocioso recordar que la imposición de nuevas exigencias o condiciones para el desarrollo de una actividad debe respetar el debido proceso sustantivo, que se concreta en una evaluación de razonabilidad *in concreto*, a cargo de quien dicta el acto o quien verifica su legitimidad en un caso concreto, regida por las pautas señaladas en los apdos. 5, 6 y 9 del cap. IV (para el Congreso Nacional) y en el apdo. 2.1.1.1 del cap. XXI (para el PEN, la SE y el ENRE). Conforme a la fórmula acuñada por la CSJN en el caso “Cine Callao”²¹, esa evaluación de razonabilidad exige “... examinar si son o no proporcionados a los fines que el legislador se propuso conseguir y en consecuencia, decidir si es o no admisible la consiguiente restricción de los derechos individuales afectados ...”. La evaluación de la legitimidad de la modificación exigirá apreciar el marco legal vigente al firmarse el contrato de concesión, el entorno relevante en ese momento (estado de la tecnología, situación macroeconómica y social, etc.), las variaciones en dicho entorno y la relación entre tales variables y la decisión de política electroenergética implícita en la norma que se considere.

Independientemente de la legitimidad de las modificaciones, se plantea la cuestión de la absorción o traslado del costo económico resultante. Este costo puede ser absorbido por el concesionario, los usuarios del servicio o los contribuyentes en general. Sin perjuicio de la antes mencionada jurisprudencia convalidatoria de las restricciones salariales o previsionales, cabría descartar que sea el concesionario quien deba absorber los nuevos costos, en la medida en que su rentabilidad haya quedado definida al licitarse el servicio público o aprobarse la revisión tarifaria quinquenal teniendo en cuenta su derecho a que la tarifa le permita obtener una “razonable tasa de rentabilidad” (ver apdos. 1.2.4, 1.3.9 y 1.4.7.1 del cap. XVI). En consecuencia, serían los usuarios o los contribuyentes quienes

²¹ Sent. de 22/6/60; L.L. 100-45.

financiarían de ordinario el costo económico de las modificaciones normativas. En última instancia, si damos por sentado que las modificaciones normativas buscan mejorar el servicio, no parece ilógico que sean los usuarios e incluso los contribuyentes quienes solventen los costos asociados. El financiamiento por los usuarios, a través de la tarifa, se dará en el marco de lo dispuesto en el art. 40 de la ley 24.065 (M-1791), conforme se expone en los apdos. 1.3.1 a 1.3.5 del cap. XVI. El financiamiento por los contribuyentes se dará en los casos en que se considere viable que el sector público indemnice al concesionario como resultado de los costos derivados de las nuevas reglamentaciones. Esta cuestión es tratada en el apartado siguiente.

La CSJN ha tenido oportunidad de tratar *in extenso* esta delicada cuestión al dictar sentencia en autos “*Buenos Aires, Prov. de c/Edenor S.A. s/remoción de electroductos*”²², señalando que está fuera de discusión la potestad que tienen las Provincias y Municipios de exigir la remoción de electroductos, pero que no podía cargarse el respectivo costo a las concesionarias de los servicios públicos nacionales. En el caso de Edenor, agregó, elló encontraba fundamento en que, conforme a lo dispuesto por el art. 75, incs. 13 y 18, CN, sobre las facultades del Congreso de la Nación y el art. 121, CN, sobre facultades de las Provincias, el Congreso de la Nación dictó las leyes 14.772, 15.336 (M-521) y 24.065 (M-1791). Conforme al art. 2 de la ley 14.772, el Estado Nacional debía proveer lo conducente a la solución integral de los problemas de electrificación relativos al servicio, formulando los programas de obras y de prestación que contemplen los intereses generales de la Nación y, consecuentemente, las necesidades y derechos de los municipios. De acuerdo al art. 5 de la ley 14.772, la prestación del servicio debía desarrollarse respetando los poderes locales en todo aquello que fuera compatible con la jurisdicción técnica y económica que corresponde al Estado Nacional. Por su parte, conforme al art. 17 inc. 2 de la ley 15.336 (M-521), las concesiones deberán establecer, “las condiciones de uso y ocupación del dominio del Estado con los bienes e instalaciones del concesionario, cuando fuere pertinente”. Consideró aplicable al caso la doctrina establecida en las causas registradas en Fallos: 304:1186 y 305:1847; 322:1781; 325:723; 327:2369, y más recientemente

²² CSJN, 23/10/07.

en autos Yacylec S.A. (Fallos: 329:358), en cuanto a que el régimen de energía eléctrica se inscribe en el marco de la regulación federal. Destacó especialmente que el cumplimiento de las obligaciones resultantes del contrato, y de la regularidad del servicio a cargo de la concesionaria, que es consecuencia del principio de continuidad, beneficia a los usuarios residentes de la zona próxima al arroyo Morón, por cuyo interés público integral ha de velar la Provincia de Buenos Aires. En esa línea, destacó especialmente que el art. 21 del contrato de concesión exime a la empresa de responsabilidad por los costos derivados de la remoción de los electroductos en cuestión, al establecer que “Una vez autorizada por la autoridad respectiva, la colocación de cables y demás instalaciones en la vía pública u otros lugares de dominio público, no podrá obligarse a la distribuidora a removerlos o trasladarlos sino cuando fuera necesario en razón de obras a ejecutarse por la Nación, la Provincia de Buenos Aires, la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, las municipalidades de los partidos de la Provincia de Buenos Aires, comprendidos dentro del área o empresas concesionarias de servicios u obras públicas. En tales casos, la autoridad que ordene la remoción y/o traslado deberá comunicarlo, a la distribuidora, con una anticipación suficiente ... Todos los gastos de remoción, retiro, traslado, modificación, acondicionamiento, sustitución y prolongación de cables e instalaciones que fuera menester realizar, para que queden en perfectas condiciones de seguridad y eficiencia desde el punto de vista técnico y económico, deberán serle reintegrados a la distribuidora, por la autoridad, empresa, usuario o vecino que haya requerido la realización de los trabajos.” Reforzando su decisión de que la remoción debía ser sufragada por la Provincia de Buenos Aires, recordó la Corte los precedentes de Fallos: 304:1186 y 305:1847, en los que señaló que “Las facultades provinciales no pueden amparar una conducta que interfiera en la satisfacción de un interés público nacional, ni justifica la prescindencia de la solidaridad requerida por el destino común de la Nación toda. El sistema federal importa asignación de competencia a las jurisdicciones federal y provincial; ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones dirigidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar, para la consecución eficaz de

aquel fin; no debe verse aquí enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos en vista a metas comunes”.

4.2. Indemnización por modificaciones del régimen de las concesiones.

La segunda cuestión se vincula con el delicado y difícil tema de la responsabilidad del Estado por su accionar lícito²³. La CSJN ha señalado - en Fallos 318:385- que “... cuando la actividad lícita de la autoridad administrativa, aunque inspirada en propósitos de interés colectivo, se constituye en causa suficiente de un perjuicio para los particulares -cuyo derecho se sacrifica por aquél interés general- esos daños deben ser atendidos en el campo de la responsabilidad del Estado por su obrar lícito (Fallos 312:2266), dado que el sujeto sobre el que recae el daño no tiene el deber jurídico de soportarlo ...”. En el ya citado caso “Motor Once”²⁴ la CSJN reconoció el derecho a indemnización al titular de una autorización, en virtud de la modificación sobreviniente del marco reglamentario, que afectaba sus actividades comerciales. Sobre dicha cuestión en el ámbito del MREN, la CNACAF se ha pronunciado en sentido negativo²⁵ en un caso en que Edesur solicitó ser indemnizada por los daños y perjuicios derivados del obrar lícito del Estado, al haber disminuido la SE, mediante Res. 322/93, la potencia mínima para ser considerado como “gran usuario”, en los términos de la ley 24.065 (M-1791). La Cámara fundó su sentencia en que Edesur no sólo conocía la organización del mercado eléctrico y las cargas que debía soportar, al igual que el método de cálculo para la retribución del servicio a prestar, sino que también sabía que la determinación de los grandes usuarios

²³ Sobre este tema, ver las págs. 237 y sgtes de la obra “La Protección de la Confianza del Administrado”, de Coviello; asimismo, ver, en RAP, “Las tendencias sobre la responsabilidad del Estado en la jurisprudencia de la Corte” (J. C. Cassagne, tomo 326, p. 53), “La reparación del lucro cesante provocado por el accionar lícito del Estado, la ley de expropiaciones y los concesionarios de servicios públicos” (Luis Lozano, tomo 326, p. 381), “Responsabilidad del Estado en el Derecho Internacional” (Agustín Gordillo, tomo 326, p. 391), “La responsabilidad del estado en el fuero contencioso-administrativo federal” (Pedro. J. J. Coviello, tomo 326, p. 513).

²⁴ Sent. de 9/5/89.

²⁵ CNACAF, sala V, 4/10/00, en autos *Edesur c/Estado Nacional* (causa 47.668/94).

era una facultad reglamentaria de la SE, y que únicamente existía una estimación provisoria en el art. 27 de la Res. SE 61/92.²⁶

No puede ignorarse, sobre este particular, que admitir la responsabilidad del Estado en un caso como el descripto equivaldría a esterilizar, total o parcialmente, su aptitud para establecer e implementar políticas en la materia²⁷, pues si se admitieran estas indemnizaciones con criterio amplio, los perjuicios derivados de innovaciones legislativas - denominados externalidades negativas por la doctrina económica- serían íntegramente “socializados”. En el caso comentado, la indemnización a Edesur hubiera obligado al Estado a incrementar su ya colosal deuda o distraer recursos de otras áreas para atender dicha indemnización o peor aún, podría haber llevado al Congreso Nacional a establecer un gravamen específico sobre los consumos de los grandes usuarios. Las consideraciones precedentes explican la prudencia con que nuestros tribunales han admitido este tipo de indemnizaciones. La línea divisoria es el deber jurídico de soportar el perjuicio derivado de una reglamentación. El principio es que los derechos existen porque hay convivencia y esa convivencia impone limitaciones a los derechos (v/apdos. 5 y 7 del capítulo IV). De tal modo, todos tienen el deber jurídico de soportar limitaciones a sus derechos, excepto en ciertos casos, por ejemplo cuando una entidad goza de derechos adquiridos al amparo de la legislación vigente²⁸. Se relacionan con esta cuestión las cláusulas de intangibilidad contenidas en los TPPRI.²⁹

4.3. ¿Las concesiones de servicio público son relaciones de especial sujeción? La cuestión de la independencia del concesionario.

²⁶ Este argumento es similar al utilizado por la mayoría en el caso *Revestek* en la sentencia dictada el 15/10/95 por la CSJN y comentada en la pág. 240 de la obra *“La Protección de la Confianza del Administrado”*, de Coviello.

²⁷ En la notable reseña de jurisprudencia contenida en las págs. 237 y sgtes de la obra *“La Protección de la Confianza del Administrado”*, de Coviello, se destaca la sentencia de la CSJN en el caso *Spurr* (Fallos, 182:146 (1938)).

²⁸ En relación con este tema, ver *“La responsabilidad del Estado por su actividad legítima y en ejercicio de la función de policía”* (Roberto Pablo Sobrecasas, RDA, 1998, p. 271) y *“Análisis de los requisitos que deben concurrir a fin de que resulte procedente la responsabilidad del estado en el ejercicio de sus actividades”* (Javier I. Barraza, RDA, 1997, p. 83).

²⁹ Ver Lisdero-Helbert, *“Protección de Inversiones Extranjeras en Argentina”*, E.D. 13/6/02.

Cierta jurisprudencia³⁰, teniendo en cuenta las potestades con que cuenta la administración respecto de la organización y funcionamiento del servicio público y considerando que su reglamentación no sólo surge del contrato, sino también de lo que disponga la autoridad en uso de las prerrogativas “que por naturaleza” le corresponden, ha señalado que la concesionaria del servicio público de distribución de energía eléctrica se encuentra, frente a la administración, en una “*situación de especial sujeción*”. Sería difícil discutir esta afirmación, pues, en efecto, la administración cuenta con potestades para dictar normas especialmente aplicables a la concesionaria, la cual, como cualquier otro particular, se encuentra obligada a cumplirlas. Pero la invocación de la teoría de las “relaciones de especial sujeción”, efectuada en dichos pronunciamientos, no puede menos que generar reparos, si se tiene en cuenta nuestra vidriosa tradición de invocar conceptos jurídicos ambiguos (p. ej. “poder de policía”) para dar visos de legalidad a actos ilegítimos, normalmente por capricho o corrupción.

Es que, como señala Bianchi³¹, la teoría de las relaciones de especial sujeción fue elaborada por la doctrina alemana en base a un específico régimen legal³², fue importada por cierta doctrina y jurisprudencia española -anteriores a la liberal Constitución de 1978- y de allí fue importada a nuestro país; por ello, no puede, sin riesgos, proyectarse a regímenes tan

³⁰ CNACAF, sala I, 5/9/95, en autos *Edenor c/Secretaría de Energía* (J.A. 1996-III-128); sala II, 3/2/98, en autos *Edenor c/ENRE*; sala III, 27/8/96, en autos *Edenor c/ENRE*.

³¹ “*Regulación de la Economía*”, tomo I, p. 261.

³² Según Lñaki Lasagabaster Herrarte (“*Las relaciones de sujeción especial*”, Ed. Civitas), fueron Laband y Mayer los primeros autores que utilizaron la expresión, para referirse inicialmente a la situación de los funcionarios públicos. El último de los citados autores señalaba que “... *se designa como relación de sujeción la dependencia jurídica, en su sentido más amplio, en la que se encuentra el súbdito frente al Estado ... ejemplo de esto es el poder por razón del servicio, sobre los funcionarios, el poder de vigilancia sobre los usuarios de determinadas instalaciones de aduana y del régimen fiscal, el poder institucional sobre todo aquello que entra en la empresa del poder público ...*”. Pero lo más importante es que, en la época en que surgió la categoría de las relaciones de especial sujeción, regía en Alemania el sistema monárquico, en el cual el rey retenía importantes potestades, a la par que el parlamento conquistaba lentamente nuevas atribuciones. En ese contexto, comienzan a configurarse conceptos tales como norma jurídica, que se aplica a las relaciones entre sujetos diferenciados, pues dentro del mismo sujeto es impensable que surjan relaciones “jurídicas”. De esta concepción surge la noción de relación de especial sujeción, como aplicable a las relaciones intra-estatales.

distintos como el que rige las concesiones del servicio eléctrico. De hecho, la existencia de un contrato de concesión parece incompatible con una relación de especial sujeción *stricto sensu*. Por lo demás, el concesionario no integra los cuadros de la administración pública, presupuesto de aplicación de la citada teoría.

Nuestra jurisprudencia ha considerado como relaciones de especial sujeción a las existentes entre los integrantes de las Fuerzas Armadas y los agentes de las fuerzas policiales y sus superiores³³ y entre las entidades que operan en el mercado de cambios y el Banco Central³⁴. En general, los tribunales han fundado tal calificación en las facultades conferidas a las autoridades administrativas por las leyes del Congreso, en la medida en que las mismas restringían notoriamente la libertad de los particulares que se encontraban bajo la órbita de tales autoridades. En tal sentido, la subordinación de los agentes policiales y entidades cambiarias es más acentuada que la de los concesionarios.

En un voto en disidencia en la sentencia de la Sala I de la CNACAF del 18/05/99 en los autos *Ponchón c/Policia Federal Argentina*, el Dr. Licht destacó que las relaciones de sujeción especial no tienen, en nuestro derecho, tratamiento doctrinario alguno, pero han tenido un tratamiento jurisprudencial a través de decisiones que adolecen de fundamentación suficiente. Tales decisiones constituyen la mera aplicación dogmática de una institución nacida en países y ordenamientos jurídicos muy diversos al nuestro.

El recurso a tal teoría trae a colación otra cuestión, la de la independencia del concesionario en el desempeño de su cometido. Marienhoff³⁵, señalaba que el concesionario de un servicio público lo explota a su propia costa y riesgo, pero que, de cualquier manera, la responsabilidad por el modo en que se encuentra organizado el servicio corresponde al concedente. Ahora bien, una de las peculiaridades de las concesiones eléctricas del 92 y 93 es que los contratos no constriñen al concesionario a expandir, mantener y operar las instalaciones de una manera específica ni conforme a un plan de obras aprobado por la

³³ CS, 8/9/92, E.D., 152-208; CS, 5/7/96, *Gabrielli c/Estado Nacional*; CS, 17/12/96, E.D. 172-322; CNACAF, sala I, 8/11/95, E.D. 170-286.

³⁴ CNACAF, Sala I, 21/3/85, E.D. 114-406.

³⁵ Tratado, III-A, p. 595.

administración, sino que le imponen ciertas metas, en materia de calidad del servicio, y dejan librado a la discreción del concesionario la planificación empresarial tendiente a alcanzar dichas metas (v/apdo. 4.3 del cap. IX). En ese marco, el ENRE sólo se ocupa de escrutinizar los resultados de la gestión del concesionario y de aplicar las sanciones pertinentes en caso que el mismo no hubiera alcanzado las metas establecidas. Esta nota resalta la independencia del concesionario en el desarrollo del servicio público, que se opone a los casos en base a los cuales se elaboró la teoría de las relaciones de especial sujeción. La jurisprudencia ha corroborado esta situación, al señalar que el modo como el concesionario obtiene el cumplimiento de los niveles de calidad exigidos, así como las decisiones relativas a las inversiones a realizar, personal a emplear, medios de financiación y demás recursos, son resorte exclusivo de los concesionarios, siendo la gestión del servicio público de exclusiva competencia de la concesionaria, desplazándose los controles del Estado hacia el resultado de la gestión en vez de su desenvolvimiento.³⁶

Además o en cualquier caso, la teoría que se viene considerando no puede adaptarse a nuestro país sin grandes dificultades, por las especiales características de su derecho público, explicadas en los apdos. 1, 3, 6, 7, 8 y 9 del cap. IV³⁷. Especialmente, los principios de legalidad y juridicidad no podrían nunca ser menoscabados frente a dicha “teoría”, pues el deber de

³⁶ CNACAF, sala IV, sent. 5/12/02, en autos *Central Térmica Güemes c/Res. 1650/98 ENRE*; sobre este tema, ver también “*La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados*” (Ignacio M. de la Riva, RDA, 2003, p. 293).

³⁷ El contraste de nuestro sistema republicano con el régimen bajo el que surgió esta categoría jurídica se aprecia al leer la siguiente reflexión de Otto Mayer (en su *Derecho Administrativo*, tomo IV, p. 153): “*La construcción de una ruta ... no podría considerarse ... una perturbación causada al buen orden de la cosa pública ... Se trata más bien de un interés en la gestión de servicios públicos, el cual exige que el régimen de los caminos se concentre en las manos del poder público; éste debe poder dirigir las comunicaciones según un cierto sistema que no puede alterar una competencia cualquiera ... Antes ... el derecho exclusivo de construir rutas era uno de esos derechos de supremacía que se consideraban patrimonio de los príncipes. Hoy la posibilidad de tener un camino abierto a la comunicación pública no se considera comprendido dentro de la libertad individual que la Constitución ha puesto bajo la protección de la ley. Por lo tanto, el gobierno puede impedirlo mediante los recursos de coacción de que dispone. Para esto no hay necesidad de una ley positiva. Poco importa que se lo llame una regla de derecho natural o un derecho consuetudinario ...*”.

acatar una normativa o instrucciones no desplaza ni mengua la operatividad de los antedichos principios.

4.4. Los concesionarios como ejecutores de reglamentos y actos administrativos.³⁸

Al emitir cada factura por sus servicios y realizar -frente a los usuarios de los servicios públicos eléctricos- todos o casi todos los actos de ejecución de las concesiones, los concesionarios eléctricos, aplican reglamentos y actos administrativos, en especial aquéllos que aprueban los cuadros tarifarios y sus actualizaciones y ajustes, así como el reglamento de suministro. Además, los concesionarios pueden impulsar el uso de la fuerza pública y la intervención del ENRE, por ejemplo cuando resulte necesario disponer la clausura de instalaciones antirreglamentarias o suspender el desarrollo de actividades de distribución en una zona de exclusividad. Todo ello revela que la actuación de los concesionarios eléctricos frente a los usuarios está revestida de ciertos tintes publicísticos, que la diferencian de los casos en que no se encuentra en juego la prestación de un servicio público. Si se repara en el carácter traslativo de las concesiones (v/apdo. 1 del cap. IX) se advertirá que el concesionario recibe y ejerce -frente a los usuarios- poderes del concedente³⁹. Y fundamenta la aplicación de los recaudos de protección de los administrados y usuarios diseñados para regular la actuación del Estado, en especial los contenidos en la CN (ver en general el capítulo IV) y la LNPA (ver el capítulo XIX).⁴⁰

Respecto de lo expuesto, es interesante destacar que la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31/10/03, incorporada el derecho argentino mediante la ley 26.097 (B.O. 9/6/06), considera funcionarios públicos a quienes se desempeñen en empresas que presten servicios públicos.

4.5. El problema de la fiscalización. Viabilidad del autocontrol por los concesionarios.

³⁸ Ver comentario sobre CAMMESA (apdo. 1.3 del cap. VII).

³⁹ Comadira, Rodolfo J.; *El servicio público como título jurídico exorbitante*, E.D. 31/12/03. Conf. Perrino, en *Los factores de atribución de la responsabilidad extracontractual del Estado por su actividad ilícita* (ED 185-793), quien señala que “... en la actuación del concesionario deben distinguirse dos facetas: una, eventual, en la que puede llegar a ejercitar verdaderos poderes públicos atribuidos mediante la técnica de la delegación y otra en la que actúa como persona ordinaria de derecho privado ...”.

⁴⁰ Un enfoque similar: Gordillo, Tratado, tomo III, p. I-18.

Aceptado que la función principal del ENRE es controlar la prestación de los servicios públicos, se plantea el problema de cómo ejercerá dicho control, cuestión que, naturalmente, no fue abordada ni por la ley 24.065 (M-1791) ni por su decreto reglamentario, con lo que la respuesta a esta cuestión quedó en manos del propio fiscalizador. Si tenemos en cuenta que, como se expone en el apdo. 4.3.1 del cap. IX, los concesionarios de distribución deben satisfacer ciertos estándares en materia de calidad de servicio, correspondía entonces al ENRE determinar cómo habría de fiscalizar el cumplimiento de dichas pautas. Para hacerlo, hubo de tener en cuenta que los prestadores del servicio eléctrico se caracterizan por operar siguiendo determinados estándares, que en muchos casos son elaborados con alcance internacional. En otras palabras, se trata de una actividad “normalizada”. Este fenómeno se manifiesta por ejemplo en las áreas clave del MREN tales como calidad de servicio y cumplimiento ambiental. El mismo constituye una forma de auto-regulación, una modalidad muy extendida en numerosos sectores económicos, en particular en aquellos muy tecnificados y capital intensivos, donde operan en forma prevaeciente grupos trasnacionales. La normativa del sector eléctrico ha recogido este significativo dato de la realidad. Ahora bien, para evitar el peligro de que se configure una suerte de “sub-delegación”, en los administrados, el ENRE ha imbricado estas normas técnicas preexistentes dentro de sus propias normas. Hemos visto en el apdo. 7.2 del cap. V como lo hizo en el campo medioambiental, incorporando las normas IRAM como pauta de referencia. Podemos agregar que, mediante la Res. ENRE 444/06 (B.O. 30/6/06), se adoptó la Reglamentación para Líneas Aéreas Exteriores de Media y Alta Tensión de la Asociación Electrotécnica Argentina (versión 2003) y, mediante Res. ENRE 643/08 (B.O. 19/2/08) se adoptó la Reglamentación sobre Centros de Transformación y Suministro en Media Tensión AEA 95401, también de la Asociación Electrotécnica Argentina. Veremos a continuación lo que sucede con las normas sobre calidad de servicio.

De acuerdo con el régimen de calidad de servicio (v/apdos. 4.2.2.1, 4.3.1 y 4.3.2.2 del cap. IX, apdo. 3.2.2.4 del cap. X y apdo. 3 del cap. XX), el ENRE puede aplicar sanciones a los concesionarios en caso que éstos no alcancen ciertos estándares, establecidos en los contratos de concesión. Para tomar un ejemplo a los efectos de este comentario, el ENRE debe aplicar sanciones si verifica que, en un determinado período, las

interrupciones en el suministro de energía a usuarios sufre más interrupciones que las permitidas. El presupuesto de hecho de la aplicación de la sanción es la existencia de una determinada cantidad de interrupciones. Para que el ENRE pueda ejercer sus facultades sancionatorias, todas las redes de distribución deberían encontrarse computadorizadas, de modo que el ENRE pueda obtener la información que le permita ejercer tales facultades. A falta de semejante dispositivo, la tarea de fiscalizar el cumplimiento de los estándares de calidad de servicio parece casi imposible. Esta problemática no es exclusiva del sector eléctrico, sino de numerosos sectores regulados. Piénsese por ejemplo en el sector pesquero, regido por la ley federal de pesca 24.922. Las autoridades de aplicación de dicha ley establecieron, a través de la Res. SAGPyA 675/04 cantidades máximas de merluza común que determinados buques podían capturar. Esos buques operan a lo largo y a lo ancho del inmenso mar argentino. ¿cómo pueden las autoridades fiscalizar el cumplimiento de los límites de pesca? De diversas maneras, por ejemplo asignando un observador a cada buque. Volviendo al sector eléctrico, interesa describir cómo han encarado las autoridades este problema. Vemos por ejemplo que para las concesiones de distribución, el art. 1 del subanexo 4 de los contratos de concesión establece que *“Los mecanismos que se utilizarán para el relevamiento de los indicadores de calidad y que permitirán el ENRE controlar el cumplimiento de las condiciones pactadas son: ... Desarrollo de campañas de medición y relevamiento de curvas de carga y tensión ... Organización de bases de datos con información de contingencias, relacionables con bases de datos de topología de las redes, facturación y resultados de las campañas de medición ...”*. En función de esta previsión, el ENRE ha dictado las resoluciones 14/93, 465/96 y 184/00, en las que ha establecido las bases metodológicas para el control del producto técnico para las distintas etapas de la concesión. Básicamente, la verificación es llevada a cabo por la concesionaria, pero en base a un sistema y con un instrumental aprobado por el ENRE, el cual además supervisa y dirige la tarea de la concesionaria y realiza inspecciones sorpresivas. La verificación se realiza a través de registradores que la concesionaria debe instalar bajo el control del ENRE, que los selecciona de entre los que la concesionaria someta a su consideración. Puede concluirse, provisoriamente, que se ha preservado razonablemente el monopolio de la

actividad normativa y fiscalizadora, sin que llegue a configurarse el antes mencionado fenómeno de la “sub-delegación” en los administrados.

4.6. Responsabilidad del Estado: por las tarifas y por omisión en la fiscalización. Lo expuesto precedentemente adquiere relevancia cuando se repara en la responsabilidad en que puede incurrir el estado en razón de omisiones incurridas en el ejercicio de la mencionada fiscalización.⁴¹ En las sentencias dictadas en las causas *Mosca c/Prov. de Bs. As.* (Fallos 330:653), *Serradilla c/Prov. de Mendoza* (Fallos 330:2748) y *Parisi de Frenzini c/Laboratorios Huilén y otros* (Fallos 332:2328), citadas por Perrino en la publicación titulada *La responsabilidad del Estado por omisión en el ejercicio de sus funciones de vigilancia* (L.L. 24/08/11), se encuadró tal responsabilidad en la figura de la falta de servicio, de carácter objetivo, pues la culpa o dolo del empleado estatal no configuran presupuestos de la responsabilidad estatal (conf. sent. de la CSJN en el antes referido caso *Mosca*).

4.7. Características de la vinculación entre los usuarios y las compañías de distribución.

Los Anexos XIV (que aprobó el nuevo Régimen Tarifario y Cuadro Tarifario), XVI (que aprobó las nuevas normas sobre calidad del servicio) y XVII (que aprobó el nuevo reglamento de suministro) de las Res. ENRE 63 y 64/17 complementan lo dispuesto en los contratos de concesión sobre las condiciones de suministro para cada categoría de usuarios. De tal modo, la expresión contractual de la principal actividad de las concesionarias se encuentra sustancialmente predeterminada por un reglamento administrativo (acto de alcance general) e impuesta a la contraparte de dicha relación, los usuarios, configurándose así un contrato de adhesión.

⁴¹ Ver Uez, Román Alberto; “*Entes reguladores de los servicios públicos domiciliarios. Responsabilidad del Estado por la omisión en actividad de control*”; LL 1999-C-1054; Hutchinson; “*La responsabilidad del Estado por inactividad. La omisión en el control o vigilancia de los concesionarios de servicios públicos*”; Revista de Derecho de Daños, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, Vol. 2007-2-85; Marienhoff; “*El poder de policía y el control de seguridad en las vías públicas. Responsabilidad del Estado por omisión. Un caso de jurisprudencia*”; Anales de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales (1ra. Serie- 2da. Época), Vol. XLI - N°34, pág. 357; Sosa, Sonia Andrea; “*Responsabilidad del estado por omisión de control a los concesionarios de servicios públicos domiciliarios*”; Revista Nova Tesis - Doctrina y Jurisprudencia, Vol. Ago-08, pág. 7; Andrada, Alejandro D.; “*Responsabilidad del Estado por omisión de control*”; RAP, Vol. 381, pág. 7.

Así pues, aún cuando el suministro de energía eléctrica de generadores a compañías de distribución y de éstas a usuarios finales presenta características similares, su régimen legal es distinto. En el primer caso el contrato queda sometido preferentemente al derecho privado (v/apdo. 5.2. del cap. XI), sin perjuicio de la aplicabilidad de las normas de la SE (v/apdo. 5.3 del cap. XI y apdo. 2 del cap. XV). En el segundo caso, el suministro queda sometido a reglamentos administrativos, tal como sucede con las pólizas de seguro.

Las peculiaridades de la relación entre las distribuidoras y los usuarios finales la desplazan del ámbito de las relaciones contractuales privadas. Esa relación es una expresión o manifestación de la concesión otorgada a la distribuidora, del contrato que la instrumenta y de la relación tripartita inherente a los servicios públicos. Se trata de una contratación en masa, cuyo objeto es la prestación de un suministro que la ley ha considerado servicio público, y ha quedado sometido a numerosas prescripciones que apartan a tal relación de las regidas enteramente por el derecho común. En especial, la relación entre la distribuidora y los usuarios refleja la exigencia del trato igualitario y no discriminatorio que se aplica a la prestación de servicios públicos. También distingue a esta relación la obligación impuesta al ENRE de atender los reclamos de los usuarios, tanto que dicha función es una de las misiones primordiales del ENRE.

Atendiendo a todo lo expuesto, cabe tener presente que, conforme al art. 984 CCC, *“El contrato por adhesión es aquel mediante el cual uno de los contratantes adhiere a cláusulas generales predispuestas unilateralmente, por la otra parte o por un tercero, sin que el adherente haya participado en su redacción.”* Asimismo, conforme al art. 985 CCC, *“Las cláusulas generales predispuestas deben ser comprensibles y autosuficientes. La redacción debe ser clara, completa y fácilmente legible. Se tienen por no convenidas aquellas que efectúan un reenvío a textos o documentos que no se facilitan a la contraparte del predisponente, previa o simultáneamente a la conclusión del contrato.”*

En función de lo dispuesto por estas normas, la relación contractual deberá instrumentarse de tal manera que los usuarios tengan pleno conocimiento de los términos y condiciones del suministro. En tal dirección apuntan las diversas disposiciones del reglamento de suministro que analizaremos en el apdo. 4.2.2.2.2 del cap. IX.

5. Las concesiones eléctricas y el derecho común.

5.1. Introducción.

Al sancionarse la CN, se juzgó conveniente -como componente de la unidad nacional perseguida y sin perjuicio del escrupuloso respeto por las autonomías provinciales- establecer un plexo normativo uniforme para toda la república, con la finalidad de ordenar las relaciones jurídicas en todo el país⁴². Por ello resulta apropiada la aplicación de las categorías, estructuras y pautas generales del CCiv. y del CCC, propias del derecho común o de fondo, a los aspectos contractuales de las concesiones eléctricas.

La concesión de servicios públicos está regida en su fase contractual por principios recogidos en el CCiv. y en el CCC, que no son exclusivos del derecho civil sino que pertenecen al derecho común o de fondo⁴³. La administración pública recurrió al contrato, institución originaria del derecho común, para instrumentar las concesiones del sector eléctrico vigentes a partir de 1992. Además, las concesionarias y el ENRE también han aceptado la aplicación de ciertas instituciones de derecho común a los contratos de concesión del sector eléctrico (la figura del caso fortuito, la rescisión por incumplimiento, etc.). También, la CSJN, sin perjuicio de recalcar el peculiar régimen de los contratos administrativos, signado por su finalidad de satisfacer un interés público⁴⁴, ha recurrido en numerosas ocasiones a disposiciones de derecho común a fin de interpretar contratos administrativos y actos producidos en el curso de su ejecución⁴⁵, destacando el carácter integrador del derecho común y su aptitud para suplir lagunas en el derecho administrativo (art. 16, CCiv. y art. 2 CCC)⁴⁶, bien que aclarando que no procede la aplicación subsidiaria del derecho privado a problemas de derecho administrativo.⁴⁷

La integración de instituciones de derecho común de los contratos a los contratos de concesión de distribución y transporte de energía eléctrica

⁴² CN, art. 75, inciso 11. Ver González, Manual, p. 416 y 417.

⁴³ Bielsa, Derecho Administrativo, tomo I, p. 81.

⁴⁴ Sent. 2/3/93, en autos *Cinplast c/ENTEL* (se trataba de un contrato de suministro).

⁴⁵ Sent. 30/3/93, E.D. 155-29; sent. 20/9/94, E.D. 111-550. También CNACAF, sala II, 16/9/75, E.D. 67-383; SC Bs. As., 13/12/74 en autos *Silvia c/Mun. Cnel. Suárez*.

⁴⁶ Sent. 11/3/80, en autos *Heredía de Morales*; sent. 15/8/87, E.D. 127-277; sent. 30/10/84, en autos *INAM*.

⁴⁷ Sent. 3/4/86, en autos *Manso c/Arrabal*.

deberá efectuarse con gran cuidado⁴⁸, por las especiales características de tales contratos, derivadas de su objeto, la prestación de un servicio público, y su proyección sobre terceros ajenos a la relación contractual, que son principal, aunque no exclusivamente, los usuarios. Es que el servicio público de electricidad es un elemento esencial de la vida cotidiana, otros servicios esenciales (salud, alumbrado y señalización pública) y de la economía en general, y su adecuado funcionamiento es vital para el buen desarrollo de las actividades productivas y para el bienestar de la población, como lo prueban los devastadores efectos de los “apagones” masivos, como el ocurrido en Buenos Aires en 1999.

5.2. La inmutabilidad del contrato y el *ius variandi*. Equilibrio financiero del contratista.

Del art. 1197, CCiv. y del art. 959, CCC, que dispone que el contrato es ley para las partes, se desprende la obligatoriedad e inmutabilidad del contrato, salvo acuerdo en contrario de ambas partes. Receptando tal principio, la CSJN⁴⁹ recordó que “... *los contratos administrativos constituyen una ley para las partes* ...”. Empero, la reiterada invocación del denominado *ius variandi* obliga a ponderar el alcance de tales postulados. El mismo se origina en las leyes de obras públicas, que consagraban el poder disciplinario del comitente (la administración pública) con relación al contratista (entidad privada) y fue analizado por los autores españoles de referencia para los estudiosos del derecho administrativo local. Por similares razones, dicha potestad también fue reconocida por la doctrina argentina, principalmente por Marienhoff⁵⁰, quien, a la par que aceptaba tal facultad, señalaba que existen ciertos límites a la misma, dados por la necesidad de mantener el equilibrio financiero del contratista, el debido respeto a sus garantías constitucionales y la prohibición de la desviación de poder, la que podría darse si la administración exigiera una prestación totalmente distinta de la convenida inicialmente, de manera tal que dicha modificación se encuentre fuera del alcance del contratista.⁵¹

⁴⁸ Es inútil intentar agregar algo a lo expuesto sobre esta cuestión por Fiorini (Derecho Administrativo, I, p. 83), Gordillo (Tratado, tomo 1, p. VIII-2 y sgtes), Cassagne (Derecho Administrativo, tomo I, p. 196) y Marienhoff (Tratado, tomo 1, p. 190), entre otros.

⁴⁹ En su pronunciamiento de 2/12/04 en autos *Pradera del Sol*.

⁵⁰ Tratado, III-A, p. 395 y sgtes.

⁵¹ Marienhoff, Tratado, III-A, p. 401 a 403.

Puede destacarse la polémica entre Mairal y Cassagne sobre la existencia de esta prerrogativa estatal, enmarcada en la disputa sobre la existencia y alcance de la categoría contratos administrativos.⁵²

Al respecto cabe indagar si, en materia de contratos de concesión del servicio público de distribución y transporte de energía eléctrica, existen normas similares a las contenidas en la ley 13.064, sobre las cuales fundamentar la existencia del *ius variandi* de la administración pública, tal como lo ha configurado la doctrina antes citada. Cabe recordar que Marienhoff expresa que tal facultad existe en las concesiones de servicio público, pero no cita ninguna disposición específica en apoyo de su tesis, afirmando únicamente que la administración puede así proceder respondiendo a “conveniencias generales”.⁵³

A fin de responder al antedicho interrogante, cabe distinguir el objeto de las concesiones y las condiciones en las que se desarrollan. El objeto de las concesiones es prestar el servicio público de transporte o distribución de energía eléctrica y naturalmente no existen normas que prevean su modificación unilateral. En cambio, se ha previsto la modificación de las condiciones en que se presta el servicio, sea mediante una modificación contractual *stricto sensu*, por ejemplo mediante la eliminación de la exclusividad otorgada al concesionario (v/apdo. 4.1.2 de este capítulo), mediante una modificación tarifaria a iniciativa del ENRE (v/apdo. 1.4.7.2 del cap. XVI) o mediante una modificación del marco normativo. Con todo, deben matizarse los alcances de esta facultad en los casos en que se

⁵² Mairal, “De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo” (E.D. 179-655); Cassagne, “Un intento doctrinario infructuoso: el rechazo de la figura del contrato administrativo” (E.D. 180-773); Cassagne, “La delimitación de la categoría del contrato administrativo” (E.D. 181-942); sobre este tema, ver “El debate sobre la figura del contrato administrativo” (Santiago González Varas Ibañez, RDA, 2003, p. 275).

⁵³ Los abrumadores excesos, arbitrariedades e injusticias cometidos en nombre de éste y otros conceptos indeterminados (como “interés general” o “interés público”) hacen saludable restringir o evitar su uso. Conviene por ejemplo referirse a las finalidades de interés público que deben alcanzarse para ponderar la legitimidad de un determinado acto. El estado, a través de sus actos, restringe ciertos derechos para satisfacer otros. Nunca actúa en su propio interés. Su gestión siempre está enderezada a satisfacer una necesidad de la sociedad (el “pueblo”, en la terminología del derecho político).

encuentren involucrados inversores extranjeros, por aplicación de los TPPRI.⁵⁴

5.3. Caso fortuito.

La obligación de satisfacer la demanda de los usuarios y transmitir la energía eléctrica ingresada a las redes de transporte y distribución es establecida por la legislación y los contratos de concesión en términos particularmente rigurosos (v/apdo. 5.7 de este capítulo). En tales circunstancias, resulta de particular interés considerar en qué medida podrá el concesionario invocar la existencia de un caso fortuito para excusarse del cumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato de concesión y reglamentaciones complementarias, en particular aquellas relacionadas con la prestación del servicio, conforme a los niveles de calidad establecidos en los subanexos 4 de los contratos de concesión y normas complementarias (v/apdos. 4.2.2.1 y 4.3.1 del cap. IX y apdo. 3.2.2.4 del cap. X).⁵⁵

El art. 514, CCiv. y el art. 1730, CCC, definen al caso fortuito como aquel hecho que el afectado no pudo prever o, en caso que lo hubiera podido prever, no pudo evitar. También es notorio que la figura del caso fortuito ha sido receptada por la legislación⁵⁶, la jurisprudencia y la doctrina administrativista. Marienhoff⁵⁷ sostiene que el caso fortuito tiene en el ámbito del derecho administrativo los mismos elementos que en el derecho privado: debe ser exterior, ajeno a la parte que lo invoca; debe ser razonablemente imprevisible y debe ser irresistible, insuperable. El autor mencionado señala que no siempre se requerirá que el hecho exterior sea inevitable. En rigor, con tal enfoque se desdibujan los límites entre la institución del caso fortuito y la teoría de la imprevisión.

El criterio prevaleciente del ENRE, en línea por ejemplo con la doctrina judicial en materia de responsabilidad de los transportistas, es exigir la demostración de que se adoptaron medidas adecuadas para prevenir o evitar los hechos constitutivos de caso fortuito.⁵⁸

⁵⁴ Ver Lisdero-Helbert, *"Protección de Inversiones Extranjeras en Argentina"*, E.D. 13/6/02.

⁵⁵ Ver *"La fuerza mayor en la contratación con el Estado"* (Alberto Bianchi, RAP, 320, p. 121), *"El riesgo en los contratos administrativos"* (Ismael Mata, RAP, 320, p. 135).

⁵⁶ Ver Dec. 436/00, art. 95; Res. ME 834/00, art. 29.

⁵⁷ Tratado, tomo III-A, p. 316.

⁵⁸ Res. ENRE 14/95, 79/94, 80/94, etc.

Existe un caso⁵⁹ en el que la concesionaria pretendía excusar ciertos incumplimientos al régimen de calidad de servicio en función de ciertos hechos y actos que consideraba constitutivos de fuerza mayor y el ENRE no aceptaba excusar los incumplimientos, por considerar que las circunstancias invocadas no constituían un caso de fuerza mayor. Aún cuando el tribunal lamentablemente no se expidió sobre el fondo de la cuestión, reseña de modo ilustrativo las argumentaciones de ambas partes y, en particular, la interrelación entre la situación en el SADI y y el MEM y en las redes de la concesionaria. En otro caso⁶⁰, la CNACAF apreció con gran severidad el soporte probatorio de los casos fortuitos invocados por la concesionaria para eximirse de las penalidades que el ENRE pretendía aplicar, considerando que la imputada no había acreditado las medidas adoptadas para evitar las anomalías en el servicio o, en otros casos, que la intervención de terceros (o cosas de propiedad de terceros) había sido la causa de las mismas.

5.4. Caducidad y *exceptio non adimpleti contractus*.

Las concesiones de distribución y transporte de energía eléctrica se instrumentaron a través de contratos, que receptan la institución del pacto comisorio, consagrado en el art. 1204, CCiv. y en el art. 1078, CCC, permitiendo a los concesionarios rescindir el contrato de concesión en caso de incumplimiento de la concedente.

Este derecho reconocido a los concesionarios hace necesario determinar cuáles son las obligaciones del concedente, cuyo incumplimiento autoriza al concesionario a utilizar un recurso tan extremo como la rescisión de un contrato de concesión. Sin duda la obligación esencial es aprobar las sucesivas readecuaciones tarifarias requeridas por los concesionarios (v/apdo. 1.4.5 del cap. XVI), en tanto afecta un componente básico de las concesiones, la remuneración del concesionario. Otras obligaciones, no menos trascendentes, incluyen la preservación de la exclusividad en la prestación del servicio (v/apdo. 4.1.2 de este capítulo), aprobar si fuera procedente las obras necesarias para cumplir con las exigencias en materia de calidad del servicio (v/apdo. 5.3 de este capítulo) y autorizar las servidumbres de electroducto (v/apdo. 3 del cap. XXII) y demás afectaciones de derechos de terceros. También es apropiado analizar si un incumplimiento del ENRE, que no es parte de los contratos, puede ser

⁵⁹ CNACAF, sala I, 15/4/03 en autos *Edesur c/Res. ENRE 1034/97*.

⁶⁰ Sentenciado el 17/6/99 por la CNACAF, sala I, en autos *Edenor c/Res. 123/97*.

invocado por los concesionarios para rescindir los contratos. La respuesta afirmativa se impone, pues sin perjuicio de su proclamada autarquía, el ENRE integra la administración pública (v/apdo. 3.3 del cap. VI).⁶¹

También se ha venido considerando la facultad del concesionario de invocar la *exceptio non adimpleti contractus* cuando el concedente no cumple con sus obligaciones, suspendiendo el cumplimiento de sus prestaciones. La necesaria continuidad en la prestación del servicio público supone una limitación fundamental al ejercicio de esta prerrogativa contractual del contratista.⁶²

6. Principios y disposiciones de la ley 15.336 (M-521) aplicables a las concesiones eléctricas.

La ley 15.336 (M-521), al tiempo que autorizó al PEN a concesionar los servicios públicos de distribución y transporte de energía eléctrica, lo obligó a incorporar a los pertinentes contratos ciertos contenidos mínimos. Lo hizo en los términos que se estudian a continuación. Como aclaración previa, vale la pena destacar que la concesión otorgada a SEGBA se encontraba en sintonía con las pautas que a continuación se considerarán, mientras que las concesiones otorgadas en 1992 no lo hicieron con similar acatamiento.

6.1. Las condiciones generales de las concesiones.

6.1.1. Introducción. La ley 15.336 (M-521) dispuso que las concesiones debían precisar las condiciones generales de la concesión, y los derechos y obligaciones del concesionario, en los siguientes términos:

Art. 17.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: ... **1.** Las condiciones generales y especiales de la concesión y los derechos y obligaciones inherentes a la misma ... **9.** Las obligaciones y derechos del concesionario.

La terminología de la ley 15.336 (M-521), al hacer referencia a las condiciones generales y especiales de la concesión, incorpora la técnica utilizada en la contratación administrativa (ver p. ej. Dec. 436/00, arts. 44, 45 y cc.). Las condiciones generales serán las aplicables a todos los

⁶¹ En relación con este tema, ver “*La responsabilidad del Estado por inactividad de la administración. El caso de los entes reguladores de servicios públicos*” (Gustavo E. P. Sa Zeichen, RDA, 1998, p. 155).

⁶² Ver “*La exceptio non adimpleti contractus en materia de servicios públicos*” (Juan M. Carasale, RDA, 2005, p. 91).

contratos de concesión y las condiciones especiales serán las que regirán en cada concesión en particular.

Al hacer referencia a los “derechos y obligaciones inherentes a” la concesión, se reconocen los derechos del concesionario, entre los que se destaca el derecho a la remuneración prevista en la concesión y, en las concesiones eléctricas otorgadas en 1992-93, el derecho a la exclusividad, sobre el que siguen unos breves comentarios.

6.1.2. El privilegio de exclusividad. Reglas interpretativas.

Entre los derechos del concesionario se destaca sin duda el derecho a prestar el servicio en exclusividad en el área concesionada. En los contratos de concesión del servicio de distribución de energía eléctrica celebrados en 1992 1993, el Estado Nacional otorgó a los concesionarios el derecho a la explotación en régimen de exclusividad. Lo hizo en los siguientes términos:

Art. 3.- La Concedente otorga la concesión del Servicio Público en el Área a la Distribuidora, y esta la acepta, por un plazo de 95 años, contados a partir de la Entrada en Vigencia. La concesión se otorga con Exclusividad Zonal. La Concedente podrá dejar sin efecto la Exclusividad Zonal o modificar el área dentro de la cual se ejerce, cuando innovaciones tecnológicas conviertan toda o parte de la prestación del servicio público de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica que reviste hoy las condición de monopolio natural, en un ámbito donde puedan competir otras formas de prestación de tal servicio. La extinción total o parcial del derecho de Exclusividad Zonal implicará la consecuente extinción total o parcial de la obligación reglada en el Artículo 2º de este Contrato y la pertinente modificación de las cláusulas contractuales, a los efectos de determinar la nueva forma de regulación de la actividad de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica. La Concedente solamente podrá ejercer la facultad reglada en el segundo párrafo del presente artículo al finalizar cada Período de Gestión, y deberá comunicar tal decisión con una antelación no inferior a 6 meses al vencimiento del Período de Gestión en curso, debiendo aplicar para ello, por asimilación de alcances, el procedimiento y criterios emergentes de los arts. 6 a 11 del presente.

Según los citados contratos, la “Exclusividad Zonal” implica que ni la Concedente ni ninguna otra autoridad nacional, provincial o municipal, podrá conceder o prestar por sí misma el servicio público en cualquier punto dentro del Área, a partir de la fecha del contrato. No se hace referencia a la exclusión de la prestación del denominado “Servicio Público” por otros

particulares, pues ello no era necesario, por lo menos en el orden nacional, en atención a que conforme al art. 50 de la ley 24.065 (M-1791) el servicio público de distribución de energía eléctrica no puede ser prestado sino en virtud de una concesión otorgada por el PEN. De cualquier manera, si algún particular prestara el servicio público dentro de un área concesionada sin contar con la pertinente concesión, el concesionario podrá requerir al concedente que adopte las medidas del caso para poner fin a dicha actividad.

La exclusiva de explotación de un servicio es uno de los privilegios que menciona el art. 75 inc. 18 CN⁶³. Por ello, se hace necesario formular algunas precisiones sobre el particular. La doctrina ha definido a los privilegios, en el sentido al cual aquí se hace referencia, como las ventajas atribuidas a una persona, que implican una excepción al derecho común, y que sólo pueden ser otorgados por el Congreso Nacional. Se ha apoyado dicho postulado en que (i) así lo dispone el art. 75 inc. 18 CN, (ii) la creación de un privilegio como la exclusiva de explotación de un servicio priva a los terceros del derecho a desarrollar la actividad monopolizada⁶⁴, (iii) el derecho constitucional a prestar servicios en libre competencia, que deriva del art. 42, CN, solamente puede cercenarse con fundamento legal explícito y además la ley debe ser razonable y (iv) la administración no puede disponer *per se* que una determinada actividad esté bajo un régimen de monopolio o exclusividad, con la consecuente restricción a los derechos de todos los usuarios y de los eventuales competidores.⁶⁵

Según la jurisprudencia y la doctrina, las cláusulas que confieren exclusividad o monopolio para la prestación de un servicio público deben interpretarse con criterio restrictivo, ya que si el servicio público es creado

⁶³ Marienhoff, Tratado, III-B, p. 636.

⁶⁴ Marienhoff, Tratado, tomo II, p. 91 y tomo III-B, p. 634. Gordillo, Tratado, tomo 2, p. VI-22. Inclusive, ciertos autores extranjeros sostienen que la creación de un servicio público es competencia del poder legislativo, ya que dicho acto incide en la esfera de acción de los particulares, afectando su libertad, su propiedad y la libertad de comercio e industria, y además se desfavorece o perjudica a las actividades privadas concurrentes (Jeze, citado por Marienhoff, Tratado, II, p. 92).

⁶⁵ Gordillo, Tratado, tomo 2, p. VI-23.

para satisfacer una necesidad de la comunidad, su régimen no puede interpretarse de modo de perjudicar a los usuarios del servicio.⁶⁶

6.2. Uso de los bienes del dominio público y privado del Estado.

La ley 15.336 (M-521) estableció que las concesiones deberían prever en qué condiciones podría el concesionario hacer uso del dominio del Estado. Lo hizo en los siguientes términos:

Art. 17.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: ... **2.** Las condiciones de uso y ocupación del dominio del Estado con los bienes e instalaciones del concesionario, cuando fuere pertinente.

En primer lugar, es observable cierta imprecisión en la norma, pues se utiliza la expresión “dominio del Estado”. Se hace necesario, pues, dilucidar el alcance de la misma. El Código Civil (arts. 2339, 2340 y 2342) utiliza la expresión “dominio público”. El dominio público del Estado se opone a su dominio privado, que es el integrado por bienes que pertenecen al Estado como persona privada⁶⁷ y que incluyen las denominadas tierras fiscales. La doctrina consideraba que los bienes pertenecientes al Estado afectados a la prestación de servicios públicos constituían universalidades públicas que integraban el dominio público, por encuadrar en lo previsto en el art. 2340 inc. 7, CCiv.⁶⁸ Además, la norma no aclara si “el Estado” a que hace referencia es el Estado Nacional o los Estados locales (las Provincias). Frente a las deficiencias apuntadas, cabe indagar la finalidad de la disposición, a fin de determinar su razonable interpretación. Puede decirse que la misma es asegurar la prestación del servicio público y es en orden a tal finalidad que la norma prevé el uso y ocupación del “dominio del Estado”. Por lo que se ha expuesto, puede darse a la expresión utilizada por la norma una interpretación amplia, que permita al concesionario del servicio el uso de los bienes que integran el dominio público y privado del Estado Nacional, provincias y municipios.

⁶⁶ Fallos 105:26 y CNACAF, sala IV, 14/2/95, en autos *Telintar c/CNT*, citados por Gordillo, Tratado, tomo 2, p. VI-22. Ver también, CSJN, 29/4/04, en autos *Edenor c/Res. 591/00 - ENRE*.

⁶⁷ Marienhoff, Tratado, tomo V, p. 31.

⁶⁸ Marienhoff, Tratado, tomo V, p. 121; la previsión del art. 2340 inc. 7, CCiv. se mantuvo en el art. 235 inc. f), CCC.

La norma no obliga al Estado a ceder gratuitamente al concesionario bienes de su propiedad⁶⁹. Ello plantea la cuestión de cómo se instrumenta la cesión de los bienes integrantes del dominio público y privado del Estado Nacional, provincias y municipios a los concesionarios. El uso de los bienes integrantes del dominio público nacional se cederá mediante un permiso o una concesión de uso⁷⁰ y, por lo tanto, la situación del usuario quedará sujeta a los términos de los instrumentos mediante los cuales haya recibido el uso de tales bienes y al régimen general de los mismos⁷¹. Sobre sus bienes privados el Estado cuenta con un verdadero derecho de propiedad, como cualquier particular, y por lo tanto puede enajenarlos y disponer de ellos conforme al derecho común, bien que respetando lo dispuesto en la legislación administrativa en la materia⁷². Lo relativo a la cesión de uso de los bienes integrantes del dominio público localizados dentro de las Provincias y Municipalidades se rige también por las respectivas normas locales.

Sobre las cuestiones tratadas en el párrafo que antecede se formulan consideraciones adicionales en el capítulo XXI, destinado a las restricciones administrativas al derecho de propiedad de terceros en la actividad electroenergética, aplicables tanto en beneficio de las actividades de distribución y transporte de energía eléctrica, como de las de construcción y operación de aprovechamientos hidroeléctricos.

6.3. Obras obligatorias.

Conforme a la ley 15.336 (M-521), las concesiones también deberían regular lo concerniente a las obras a realizar por el concesionario, en los siguientes términos:

Art. 17.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: ... **4.** La potencia, las características y el plan de las obras e instalaciones a efectuarse, así como de sus modificaciones y ampliaciones, los que en todo momento deberán

⁶⁹ Las concesiones otorgadas en 1992-93 sí previeron la entrega de ciertos bienes, por parte del concedente, a las sociedades que explotarían la concesión y prestarían el servicio público.

⁷⁰ Marienhoff, Tratado, tomo V, p. 377 y sgtes.

⁷¹ En particular en lo relativo a la tutela del usuario (Marienhoff, Tratado, tomo V, p. 528 y sgtes.).

⁷² Salvat, Raymundo, Tratado de Derecho Civil, Parte General, tomo II, p. 108; Machado, Exposición Crítica del Código Civil, tomo VI, p. 220.

ajustarse para atender el incremento de la demanda de la zona. **5.** El plazo para la iniciación y terminación de las obras e instalaciones.

Esta norma, en definitiva, obliga a los concesionarios, a aplicar una porción de los ingresos que obtienen por la percepción de las tarifas, al mantenimiento, mejora y expansión de las instalaciones afectadas a la prestación del servicio concesionado.

Las concesiones otorgadas en 1992 y 1993 no incorporan un plan de obras. En su lugar, incorporaron obligaciones en materia de calidad de servicio, bajo la premisa de que, al obligar a los concesionarios a mantener un determinado nivel de prestaciones, los mismos necesariamente llevarían adelante las obras que fueran requeridas (v/apdos. 4.2.2.1 y 4.3.1 del cap. IX). Al renegociarse los contratos de concesión en 2004 y 2005 se incluyó el compromiso del concesionario de llevar a cabo ciertas obras.

6.4. Garantías de los concesionarios.

Conforme a la ley 15.336 (M-521), las concesiones deberían establecer las garantías a prestar por el concesionario. La ley dispuso lo siguiente.

Art. 17.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: ... **6.** Las garantías que debe prestar el concesionario según determine la reglamentación.

El requerimiento de presentación de garantías por parte del concesionario deriva de la naturaleza del servicio concesionado, las obligaciones del concesionario y las responsabilidades del concedente frente al usuario, en particular a la luz del art. 42, CN (v/apdo. 12 del cap. IV). Ello hace que cualquier incumplimiento del concesionario, pueda -además de irrogarle responsabilidades- derivar en perjuicios para el concedente. Por ello, los contratos de concesión del servicio público de electricidad requieren este tipo de garantías, comúnmente denominadas de fiel cumplimiento.

6.5. Caducidad y revocación de las concesiones.

6.5.1. Introducción.

También, conforme a la ley 15.336 (M-521), las concesiones deberían regular lo relativo a la caducidad y revocación de las mismas. Dispuso en tal sentido lo siguiente:

Art. 17.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: ... **7.** Las causales de caducidad y revocación.

Desde ya anticipo un dato significativo, respecto de la revocación: si bien la ley 15.336 (M-521), como se acaba de ver, prescribió que debían establecerse las causales de revocación, los contratos de concesión del sector eléctrico celebrados en 1992 y 1993 no contienen este tipo de previsiones. Si lo contenía el contrato de SEGBA.

En general, la revocación y la declaración de caducidad constituyen dos medios por los cuales la administración puede extinguir los actos administrativos, que cierta doctrina considera aplicable a los contratos administrativos en general⁷³ y a las concesiones en particular. Estas dos causales poseen características distintas, aunque muchas veces han sido utilizados en forma indistinta⁷⁴. Por lo expuesto, se hará referencia en forma separada a cada uno de ellos.

Con anterioridad a la sanción de la LNPA, en 1972, se desarrolló una importante disputa doctrinaria y jurisprudencial respecto de las facultades de la administración pública para disponer la caducidad y la extinción de los actos administrativos o, dicho de otro modo, respecto de la supuesta “estabilidad” de los actos administrativos o de la existencia (o no) de “cosa juzgada” a su respecto. La opinión prevaleciente respecto de tales cuestiones fue receptada por la LNPA.⁷⁵

6.5.2. Revocación de concesiones de servicio público por razones de oportunidad.

La administración puede ejercer la potestad revocatoria por razones de interés público o por razones de ilegitimidad. Cabe ocuparse de la revocación por razones de interés público. Ello, ya que la revocación por ilegitimidad, basada en el art. 17 LNPA⁷⁶, en los contratos administrativos posee escasa operatividad, en atención a que en tales casos la

⁷³ Cassagne, Acto Administrativo, p. 378; del mismo autor, ver “Sobre la extinción de los contratos administrativos” (RDA, 1997, p. 117).

⁷⁴ Marienhoff, Tratado, tomo III-A, p. 560 y sgtes.

⁷⁵ Cassagne, Acto Administrativo, p. 386 y sgtes.

⁷⁶ Que dispone lo siguiente: “El acto administrativo afectado de nulidad absoluta se considera irregular y debe ser revocado o sustituido por razones de ilegitimidad aun en sede administrativa. No obstante, si el acto estuviere firme y consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo, sólo se podrá impedir su subsistencia y la de los efectos aun pendientes mediante declaración judicial de nulidad.”

administración debe requerir judicialmente la revocación, invocando los arts. 7 y 14 LNPA.⁷⁷

6.5.2.1. Concepto y campo de aplicación en el MREN.

Puede definirse a la revocación por razones de oportunidad o interés público como la extinción unilateral del contrato por las mentadas razones, indemnizando al contratista de los perjuicios provocados por el acto de extinción. Aunque la figura, en materia de contratos administrativos, es la rescisión unilateral sin culpa y por razones ajenas al contratista, la utilización del término “revocación” por la doctrina tradicional y el derecho positivo hace conveniente seguir utilizando el mismo.⁷⁸

Según se expuso en el apdo. 3.3 del cap. III, el MREN se caracteriza por la vigencia del principio de subsidiariedad y por el rol de regulador asumido por el estado, a lo que debe agregarse que, concordantemente, el MREN no contempla el rescate de las concesiones, es decir la reasunción del servicio público por el estado⁷⁹. En ese contexto, la figura que aquí se considera encuentra escaso campo de aplicación. En efecto, fuera de los casos de incumplimiento del concesionario -los que darían lugar a la caducidad de la concesión- en el MREN vigente sólo situaciones muy excepcionales podrían ser invocadas por la autoridad para revocar una concesión para volver a otorgarla a otro concesionario. A pesar de esto, la realidad siempre desborda todos los esquemas y preconceptos y, considerando el inmenso interés que presenta esta cuestión, le dedico los párrafos que siguen.

6.5.2.2. Por qué es una cuestión controvertida y crítica.

Casi ningún contrato administrativo de tracto sucesivo (o ejecución continuada) o acto administrativo de efectos permanentes consagra explícitamente la facultad de la administración pública de revocarlo por razones de oportunidad. Debe haber más de una razón. Para empezar, de incluirse semejante cláusula, pocos gerentes o empresarios podrían explicarse (o explicar a sus superiores o inversores) por qué arriesgan capitales en un emprendimiento que puede verse truncado en cualquier

⁷⁷ Cassagne, Contrato Administrativo, p. 105.

⁷⁸ Cassagne, Contrato Administrativo, p. 95.

⁷⁹ Más aún, el art. 53 de la ley 24.065 (M-1791) contempla que, en caso de extinción de una concesión, el concesionario debe continuar prestando el servicio (v/apdo. 5.12 de este capítulo).

momento por una decisión discrecional de la administración expresamente reconocida. De proponer el estado una cláusula o estipulación en tal sentido, se plantearía lo concerniente a la indemnización y en este punto la idea muy probablemente naufragaría. Y así, frente a situaciones como las mencionadas y quizá con la intención de no frenar la expansión de las actividades involucradas, la mayoría de los pliegos y contratos administrativos no incluyen esta cláusula.

Sin embargo, fatalmente suelen producirse cambios, a veces en circunstancias enteramente ajenas a las partes, a veces en las políticas públicas, a veces en las conveniencias del contratista. Los cambios del primer tipo son los que, en algunos casos, cumplidos ciertos requisitos, podrían llegar a justificar la revocación de los contratos por razones de oportunidad, aunque no faltará quien sostenga que los del segundo grupo también justificarían el ejercicio de la potestad revocatoria.

En este punto aparecen algunas cuestiones previas, que remiten al gerente o empresario reacio que mencioné más arriba, con condimentos aportados por los estudios históricos y las ciencias políticas y económicas. Por ejemplo: ¿se resentirían las prestaciones estatales, los servicios públicos o las actividades sujetas a autorización si se aceptaran expresa y ampliamente las facultades revocatorias? ¿cambiaría la situación si, a la par que se aceptan esas facultades, se reconocen indemnizaciones “generosas” al contratista? Pareciera que el camino a recorrer debe estar signado por el equilibrio: ni un criterio demasiado generoso con los contratistas ni uno demasiado permisivo con la administración. El primero impediría a la administración responder a los vertiginosos cambios que caracterizan la era actual o harían que la presión impositiva llegue a ser intolerable. El segundo nos retrotraería a una etapa preconstitucional marcada por la degradación de las prestaciones estatales y los servicios públicos.

6.5.2.3. Las apasionadas discusiones doctrinarias suscitadas.

Tan crítica cuestión ha suscitado agudas controversias, en torno a su vigencia para los actos administrativos. Bastará con ver el enfoque de dos importantes autores. Hutchinson, al comentar⁸⁰ el art. 18, LNPA, señala: *“Aunque los teóricos del derecho desearían ver la realización concreta de un sistema jurídico que significara una cierta estabilidad de las relaciones*

⁸⁰ LNPA, tomo1, p. 386.

*jurídicas, es menester reconocer que si las normas jurídicas regulan nada menos que la vida misma de los individuos, es forzoso aceptar que el dinamismo que integra todo lo orgánico escapa, casi naturalmente, a la realización de aquel sueño de coherencia ... El dinamismo que la adaptación constante a las necesidades actuales impone a la Administración, se encuentra en la base de esta teoría de alteración o modificación de circunstancias ...". Gordillo, por su parte, llega a decir, al comentar la misma norma, que "De aceptarse el sentido literal de la norma que confiere la supuesta potestad revocatoria, resultaría que todos los actos administrativos serían siempre precarios, lo cual es la consagración de la inseguridad jurídica en su máxima manifestación."*⁸¹

6.5.2.4. La extensión a las concesiones eléctricas de la potestad revocatoria reconocida por ley para actos administrativos.

Previo a la sanción de la LNPA, se consideraba que, dictado un acto administrativo del que hubieran surgido derechos para el administrado, el mismo sólo podía ser revocado por razones de oportunidad si se dictaba una ley, específica y de orden público y que otorgara una indemnización al particular afectado.⁸²

La LNPA produjo un cambio radical, pues autorizó la revocación en forma genérica, en su art. 17 *in fine*, en los siguientes términos:

También podrá ser revocado, modificado o sustituido por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, indemnizando los perjuicios que causare a los administrados ...

Aquí se ve la relevancia de la configuración de la concesión. Si fue creada a través de un acto administrativo, el concesionario quedará expuesto a la revocación de la concesión. En el apdo. 1 de este capítulo señalé que las concesiones eléctricas se habían instrumentado a través de actos administrativos de alcance general y contratos.

⁸¹ Tratado, tomo 3, p. VI-25 y XIII-22.

⁸² Ver la exposición de Gordillo en Tratado, tomo 3, p. VI-25. En un pronunciamiento de 2/12/04 la CSJN, en autos *Pradera del Sol*, recordó la doctrina en este sentido sentada en el precedente *Carman de Cantón* (Fallos 175:368), en donde se señaló que " ... no existe ningún precepto de ley que declare inestables, revisibles, revocables o anulables los actos administrativos de cualquier naturaleza y en cualquier tiempo, dejando los derechos nacidos o consolidados a su amparo a merced del arbitrio o del diferente criterio de las autoridades ...".

Si la revocación del acto de otorgamiento de la concesión no parece ofrecer dificultades insalvables, la viabilidad de la revocación de los contratos administrativos por razones de oportunidad y conveniencia ha motivado numerosas discrepancias. En el ámbito doctrinario, Marienhoff responde afirmativamente⁸³ y Gordillo se opone en forma tajante⁸⁴ señalando que, de acuerdo al art. 7 *in fine*, LNPA, las normas sobre actos administrativos sólo se aplican subsidiariamente a los contratos, en ausencia de previsiones directamente aplicables a los mismos, orientación que comparte Hutchinson⁸⁵. En el caso “Gypobras”⁸⁶, la CSJN consideró aplicables a los contratos administrativos las disposiciones de la LNPA. Además, en ciertos pronunciamientos de la CSJN se ha admitido la potestad revocatoria, aún en ausencia de una estipulación expresa.⁸⁷

Tengamos por otra parte en cuenta que la ley 15.336 (M-521) prescribió que el PEN, al reglamentar las concesiones, contemplaría las causales de su revocación. La ley, al prescribir que el poder administrador debía reglamentar las causales de revocación en las concesiones, deja establecido que las concesiones podrían ser revocadas, dejando al arbitrio de la administración establecer las causales, por razones de ilegitimidad o por razones de oportunidad. Es esta una previsión directamente aplicable a las concesiones, en los términos del art. 7 *in fine*, LNPA, mentado por los autores antes mencionados.

Pero a pesar del mandato legal, los contratos de concesión vigentes desde 1992 en el ámbito nacional, no reglamentan lo concerniente a la revocación de la concesión. Desde el punto de vista del concesionario, la conducta de la administración -no reglamentando las causales de revocación- habrá sido un dato relevante a la hora de decidir su participación en el servicio. Esta circunstancia le permitiría invocar los

⁸³ Tratado, tomo III-A, p. 560.

⁸⁴ Tratado, tomo III, p. VI-23.

⁸⁵ LNPA, tomo 1, p. 163. Reseña las opiniones en el mismo sentido de Dromi, Diez y Revidatti.

⁸⁶ Sent. 5/4/95 en autos *Gypobras S.A. c/Estado Nacional s/contrato de obra pública* (Aberastury, Legislación, p. 536; Fallos, 318:442).

⁸⁷ Sent. 20/9/84, en autos *Ría c/DNV*; sent. de 24/4/79, en autos *Meridiano S.C.A. y otras c/Administración General de Puertos s/daños y perjuicios* (Aberastury, Legislación, p. 518; Fallos: 301:292).

principios reseñados en los apdos. 8 y 9 del cap. IV para plantear, llegado el caso, la improcedencia de la revocación.

6.5.2.5. Requisitos y procedimiento.

Cierta doctrina señala que se requiere una ley del Congreso que declare la existencia de un interés público en la revocación de una concesión, teniendo en cuenta que, en virtud de la garantía constitucional del derecho de propiedad (art. 17 CN), todo sacrificio patrimonial debe ser precedido de una ley declarativa de utilidad pública y el depósito de la pertinente indemnización⁸⁸. Empero, la CSJN ya en 1975, en el caso *Pustelnik*⁸⁹ (que versaba sobre la revocación de un permiso de edificación por modificación sobreviniente de la normativa urbanística), aceptó que no era necesaria una ley, pudiendo la administración ejercer la potestad revocatoria incluso sin necesidad de reconocer ni abonar una indemnización, la cual podía ser perseguida por el interesado por su cuenta.⁹⁰

6.5.2.6. La indemnización. Oportunidad. Art. 17 CN.

Lo concerniente a la indemnización también suscita fuertes polémicas. Según cierta doctrina, en caso que una ley del Congreso decretase la existencia del citado interés público en la revocación, el concesionario debe recibir una indemnización integral, que cubra el daño emergente y el lucro cesante⁹¹. En esta línea, se señala que la indemnización debe representar, como mínimo, el valor objetivo del contrato, el cual se calcula de acuerdo al

⁸⁸ Cassagne, Contrato Administrativo, p. 97; Gordillo, Tratado, tomo III, p. VI-26 y sgtes. Esto es conforme con la doctrina de la CSJN a partir del caso *Bourdie* (v/apdo. 5 del cap. IV).

⁸⁹ Sent. de 7/10/75, en autos *Pustelnik, Carlos A. y otros s/resolución del intendente municipal*; Aberastury, Legislación, p. 502; Fallos 293:133.

⁹⁰ Ver Gordillo, Procedimiento Administrativo, p. 214.

⁹¹ Cassagne, Contrato Administrativo, p. 97, quien señala que la doctrina no es pacífica sobre la cuestión, y cita a Marienhoff, “*El lucro cesante en las indemnizaciones a cargo del Estado. Lo atinente a la revocación de actos o contratos administrativos por razones de oportunidad*”, E.D. 114-949; Comadira, Julio, Derecho Administrativo, p. 435 y sigtes.; Barra, Rodolfo C., “*Responsabilidad del Estado por revocación unilateral de sus actos y contratos*”, E.D. 122-859; Bianchi, Alberto, “*Nuevos alcances en la extensión de la responsabilidad del Estado*”, E.D. 111-550.

plazo faltante para su ejecución⁹². La CSJN admitió la indemnización integral en el caso *Sánchez Granel*⁹³ y en el caso *Dante Porta y Cía.*⁹⁴

6.5.3. Caducidad de las concesiones de servicio público.

Esta causal de extinción de las concesiones eléctricas es una rémora de la teoría de los actos de autoridad y puede ser definida como la extinción de un contrato administrativo a causa del incumplimiento de alguna obligación esencial por parte del concesionario con el fin de preservar el servicio público.⁹⁵

Esta causal también es receptada en el art. 21 LNPA para los actos administrativos⁹⁶. La caducidad no opera de pleno derecho, debiendo la administración procurar, en primer término, el cumplimiento del contrato, intimando al contratista mediante el otorgamiento de un plazo razonable. Las obligaciones incumplidas deben ser esenciales.⁹⁷

Las concesiones nacionales vigentes desde 1992 no prevén la caducidad de la concesión, sino que contemplan, en caso de incumplimiento de la concesionaria, la ejecución de la prenda y venta de las acciones clase A de las concesionarias, representativas del 51% de su capital social, o de la totalidad de las acciones de los accionistas mayoritarios, y el pago del precio obtenido a los accionistas, previa deducción de ciertos importes en concepto de indemnización por el incumplimiento, previstos en el contrato.

6.6. Reversión bienes concesión.

Las concesiones de distribución también deberían contemplar lo relativo a las condiciones en que se produciría la reversión de los bienes de la concesión. Así lo dispuso la ley 15.336 (M-521), en los siguientes términos:

⁹² Cassagne, Contrato Administrativo, p. 98.

⁹³ Sent. de 20/9/84 en autos *Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería S.A.I.C..F.I. c/Dirección Nacional de Vialidad* (Aberastury, Legislación, p. 513; Fallos 306:1409).

⁹⁴ Fallos, 286:333.

⁹⁵ Cassagne, Contrato Administrativo, p. 102. Ver también “*La caducidad de la concesión de servicios públicos*”, Spota, J.A. 1946-IV-776.

⁹⁶ Dicha norma dispone: “*La Administración podrá declarar unilateralmente la caducidad de un acto administrativo cuando el interesado no cumpliera las condiciones fijadas en el mismo, pero deberá mediar previa constitución en mora y concesión de un plazo suplementario razonable al efecto.*” Recordar que conforme al art. 7 in fine LNPA sus disposiciones son analógicamente aplicables a los contratos del estado.

⁹⁷ Cassagne, Contrato Administrativo, p. 102.

Art. 17.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: .. **8.** Las condiciones en que se transferirán al Estado o al nuevo concesionario, según corresponda, los bienes afectados a la concesión, en el caso de caducidad, revocación o falencia.⁹⁸

Cabe destacar la escasa precisión del término “falencia”. La reversión de los bienes afectados a la explotación de las concesiones es una de las cuestiones que mayores dificultades ha producido históricamente, al producirse la revocación de las concesiones.⁹⁹

La situación dominial de los bienes incidirá en el régimen de reversión de los mismos. Como regla general, los bienes aportados por el Estado deben serle devueltos y los bienes aportados por el concesionario también pueden ser recuperados por el mismo, aún cuando esta cuestión no está exenta de matices que hacen imposible generalizar.¹⁰⁰

Atendiendo a las razones que expone Romero¹⁰¹, las concesiones otorgadas a partir de 1992 implementaron un novedoso sistema para dar cuenta del espinoso tema de la reversión de los bienes afectados a la concesión. Así, se prevé que, a la extinción de la concesión, la concedente llamará a concurso público para otorgar una nueva concesión y vender las acciones de la sociedad que sucederá a la anterior concesionaria, a la cual le serán transferidos los bienes afectados a la prestación del servicio. La antigua concesionaria percibirá, a cambio de los bienes citados, el precio que se obtenga por la venta de las acciones de la nueva sociedad, una vez deducidos los créditos que por cualquier concepto tenga la concedente contra la antigua concesionaria.

6.7. Interconexión con otras redes.

Las concesiones también deben regular lo concerniente a las condiciones en que se interconectarían las instalaciones de los distribuidores

⁹⁸ Esta redacción fue introducida por la ley 24.065 (M-1791).

⁹⁹ Resultará provechoso consultar la exposición de Romero, José Ignacio (en E.D. 174-1083) sobre las numerosas dificultades que se producían con motivo de la reversión de los bienes integrantes de la hacienda del concesionario a la finalización de la concesión.

¹⁰⁰ Marienhoff, Tratado, III-B, p. 644.

¹⁰¹ “*Los contratos de concesión para la distribución de energía en la ciudad de Buenos Aires*”, E.D. 174-1083. En la p. 1092, señala que a la extinción de las antiguas concesiones, se acostumbraba realizar una valuación de los bienes de la empresa, que constituía un trámite sumamente engorroso.

y transportistas con las redes de otros operadores. La ley 15.336 (M-521) dispuso en tal sentido lo siguiente:

Art. 17.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: ... **10.** Las condiciones, derechos u obligaciones para la interconexión de las instalaciones.

La interconexión de las diversas redes integrantes del sistema eléctrico Argentino es también un tema espinoso. El mismo involucra principalmente dos cuestiones (i) la titularidad de las instalaciones “fronterizas” y (ii) la responsabilidad por el mantenimiento y operación de tales instalaciones. Por su detallismo, esta cuestión ha sido motivo de numerosos Convenios de Conexión, elaborados por las partes interesadas con la intervención del ENRE.¹⁰²

6.8. Servidumbres. Remisión.

Las concesiones deberían regular lo relativo a las servidumbres. Lo requirió la ley 15.336 (M-521), en los siguientes términos:

Art. 17.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: ... **14.** El derecho de constituir las servidumbres necesarias a los fines de la concesión.

En el cap. XXI se analiza el régimen de las denominadas servidumbres de electroducto, aplicable no sólo a las concesiones de distribución y transporte de energía eléctrica, sino también a las vinculadas a la construcción y operación de aprovechamientos hidroeléctricos.

6.9. Poder de policía. Remisión.

Las concesiones también deberían reglamentar el ejercicio del poder de policía. Así lo exigió la ley 15.336 (M-521), en los siguientes términos:

Art. 17.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: ... **15.** Las atribuciones del Estado de inspección, fiscalización y demás inherentes al poder de policía.

En el apdo. 4.2.4.1.3. del cap. V, al comentar el art. 11 de la ley 15.336 (M-521), ya se efectuaron ciertas consideraciones (a las que cabe remitirse) sobre la cuestión del poder de policía de las autoridades del sector eléctrico. También, cabe remitir a lo expuesto en el cap. VI, apdo. 3.4, respecto de las facultades del ENRE, como principal titular del poder de policía sobre los generadores, distribuidores y transportistas sujetos a jurisdicción nacional.

6.10. Régimen infracciones y multas. Remisión.

¹⁰² Ver Res. ENRE 139/95, 192/95, etc.

El régimen de infracciones del concesionario, así como las multas a aplicar por la autoridad de aplicación de la concesión, también deberían ser establecidos en los contratos de concesión. Así lo dispuso la ley 15.336 (M-521), en los siguientes términos:

Art. 19.- En las concesiones de servicio público de jurisdicción nacional ... se establecerán especialmente: ... **19.** El régimen de infracciones y multas.

La disposición pretranscripta trata la cuestión de la actividad sancionadora de la administración, sobre la cual se han vertido ríos de tinta. Empero, no resultaría útil exponer *in abstracto* sobre la cuestión de las infracciones y multas a concesionarios de distribución y transporte de energía eléctrica, prescindiendo del régimen legal vigente.

En lo sustancial, dicho régimen gira, a partir de 1992, en torno de las obligaciones impuestas a los concesionarios de los servicios de distribución de energía eléctrica en materia de calidad del servicio. Dicho régimen se explica en detalle al abordar la “parte general” del régimen legal de las concesiones de distribución de energía eléctrica, en los apdos. 4.2.2.1 y 4.3.1 del cap. IX. En forma preliminar y genérica, puede decirse que dicho peculiar régimen legal impone a los concesionarios ciertas metas a cumplir y contempla la aplicación de multas en caso que dichas metas no sean alcanzadas.

Ahora bien, ni el antedicho régimen constituye la única fuente de sanciones ni el asunto de las sanciones se circunscribe a las cuestiones “de fondo”. Por una parte, los transportistas de energía eléctrica también se encuentran sujetos a un peculiar régimen de calidad de servicio, que ha sido reglamentado en el anexo 16 de los PC y en los contratos de concesión de transporte de energía eléctrica y se comentará en el apdo. 5.2.2.4 del cap. VIII. Además, saliendo del universo de los concesionarios, el ENRE puede aplicar sanciones a generadores y usuarios (además de a distribuidores y transportistas) por infracciones a las normas sobre seguridad, conforme al art. 16 de la ley 24.065 (M-1791).

Por otra parte, la cuestión de las sanciones será considerada al analizar, en el apdo. 1 del cap. XX, los arts. 77, 78 y concordantes de la ley 24.065 (M-1791), que son la base principal del poder sancionatorio del ENRE. Allí se harán las consideraciones generales sobre la naturaleza y régimen de la potestad sancionatoria de la administración.

Finalmente, en el cap. XX, dedicado a las cuestiones procesales-constitucionales, se considerará el régimen legal de revisión en sede judicial de resoluciones sancionatorias adoptadas por las autoridades del sector y otras cuestiones vinculadas.

6.11. Cesión de concesiones. Subcontratación.

Dispuso la ley 15.336 (M-521):

Art. 18.- Cesión Concesiones. Toda cesión total o parcial de una concesión y todo cambio de concesionarios requerirán para su validez la aceptación expresa de la autoridad competente.

Lo dispuesto por el art. 18 de la ley 15.336 (M-521) es una consecuencia del carácter de *intuitu personae* de las concesiones de servicio público, conforme al cual la concesión debe ser explotada directamente por el concesionario, sin que éste pueda transferirla o cederla sin autorización del concedente¹⁰³. Ahora bien, una vez autorizada la cesión, el cesionario queda colocado en el lugar del cedente, desvinculando a éste del contrato, salvo estipulación expresa en contrario.¹⁰⁴

Se ha considerado que el concesionario no podría subcontratar algunas porciones del servicio concesionado sin autorización expresa de la administración, restricción que existe aunque no haya sido expresamente incorporada al contrato¹⁰⁵. Esta afirmación, válida para el contrato de obra pública en el orden nacional¹⁰⁶, no puede extenderse, no mediando disposición expresa, a las concesiones de servicio público. Tal postura, aunque matizada por el mismo autor¹⁰⁷, aparecería teñida de un cierto dogmatismo, que no se condice con la realidad actual, caracterizada por la presencia de numerosos subcontratistas de las concesionarias desarrollando actividades que hacen a la prestación del servicio.

¹⁰³ Marienhoff, Tratado, tomo III-B, p. 627. El autor cita un llamativo caso, sentenciado por la Corte Suprema, en el que dicho tribunal consideró que se viola la prohibición de transferir la concesión si la empresa concesionaria pertenece a un holding, porque la pertenencia diluye la individualidad del concesionario (*Prov. de Tucumán c/Cía. Hidroeléctrica de Tucumán*, publicado en Fallos: 209-28, 67 a 69).

¹⁰⁴ Marienhoff, Tratado, tomo III-A, p. 318.

¹⁰⁵ Marienhoff, Tratado, tomo III-A, p. 317.

¹⁰⁶ Ley 13.064, art. 50 inciso d.

¹⁰⁷ Marienhoff, Tratado, III-A, p. 321.

7. Principios y disposiciones de la ley 24.065 (M-1791) aplicables a las concesiones eléctricas.

7.1. Introducción.

Al tiempo que estableció las bases para el traspaso de los activos de distribución y transporte a operadores privados y configuró un nuevo marco regulatorio integral, la ley 24.065 (M-1791) introdujo importantes requisitos adicionales que pesan sobre los concesionarios de distribución y transporte de energía eléctrica.

7.2. Seguridad pública.

Se incluye lo referido a seguridad de las instalaciones electroenergéticas en este capítulo, a pesar de que las disposiciones pertinentes son también aplicables a la actividad de generación, aunque la generación térmica no se encuentre sujeta a la obtención de una concesión, en atención a que es en materia de distribución y transporte donde el art. 16 de la ley 24.065 (M-1791) encuentra su más fecundo campo de aplicación. Ello ya que las instalaciones de distribución y transporte, a diferencia de las plantas de generación, se encuentran esparcidas a lo largo de una amplia superficie, y se encuentran por lo tanto en mayor contacto con la vía pública o con espacios de propiedad de o utilizados por terceros. No debe olvidarse que tales instalaciones se ubican mayoritariamente en terrenos pertenecientes a terceros, utilizados por las concesionarias en virtud de servidumbres de electroducto, permisos de uso de bienes del dominio público, comodatos de bienes integrantes del dominio privado del estado o contratos de locación o comodatos sobre propiedades privadas.

El potencial dañoso de las instalaciones de generación, transporte y distribución de energía eléctrica fue debidamente tomado en cuenta por la ley 24.065 (M-1791)¹⁰⁸, quien dotó al ENRE de amplias y muy graves

¹⁰⁸ Dicha aptitud ha sido reconocida por la jurisprudencia. Así, en el caso *Prille de Nicolini c/SEGBA*, sentenciado por la CSJN el 15/10/87 (Fallos 310:2105) se dijo que (i) la electricidad presenta condiciones esencialmente riesgosas, que someten a quienes la utilizan como dueños o guardianes a las consecuencias legales previstas en el art. 1113, CCiv.; (ii) la responsabilidad de la prestataria del servicio eléctrico emana de la obligación de supervisión que es propia de tal actividad, que la obliga a ejercer una razonable vigilancia de las condiciones en que se presta el servicio; (iii) la culpa de la víctima con aptitud para cortar el nexo de causalidad a que alude el art. 1113, CCiv., debe ser la única causa del daño y revestir las características del caso fortuito o fuerza mayor.

facultades con el objeto de prevenir dichos daños. Lo hizo en los siguientes términos:

Art. 16.- Requisitos Seguridad Pública. Los generadores, transportistas, distribuidores y usuarios de electricidad están obligados a operar y mantener sus instalaciones y equipos en forma que no constituyan peligro alguno para la seguridad pública, y a cumplir con los reglamentos y resoluciones que el ente emita a tal efecto. Dichas instalaciones y equipos estarán sujetos a la inspección, revisión y pruebas que periódicamente realizará el ente, el que tendrá, asimismo, facultades para ordenar la suspensión del servicio, la reparación o reemplazo de instalaciones y equipos, o cualquier otra medida tendiente a proteger la seguridad pública.

El art. 16 de la ley 24.065 (M-1791) constituye, junto al art. 56 inc. b) de la ley 24.065 (M-1791), la habilitación normativa para el dictado por el ENRE de los reglamentos administrativos a cumplir en materia de seguridad pública. Así lo ha hecho al dictar la Res. ENRE 311/01 (modificada por las Res. ENRE 444/06 (B.O. 30/6/06) y 643/08 (B.O. 19/12/08), que incorporó el Sistema de Seguridad Pública de las Empresas Distribuidoras. Por otra parte, mediante la Res. ENRE 597/10 (B.O. 18/11/10), el ENRE solicitó al Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires y a los Municipios de las áreas concesionadas a Edenor, Edesur y Edelap la adopción de medidas para proteger la seguridad pública. Mediante la Res. 401/2011 (B.O. 30/11/11), el ENRE aprobó la guía para trabajos de tendidos eléctricos subterráneos en proximidad con cañerías conductoras de gas, aclarando en los considerandos (no en la parte dispositiva) que el incumplimiento con la misma haría aplicables las sanciones previstas en el contrato de concesión.

Asimismo, dicho art. 16 habilita al ENRE a llevar a cabo inspecciones de las instalaciones de generadores, transportistas, distribuidores y usuarios.

Es llamativa la magnitud de las medidas cuya adopción por el ENRE autoriza la norma. En efecto, el ENRE podrá, en virtud de la autorización legal, ordenar la suspensión de las actividades que se encuentren en infracción, la reparación o reemplazo de las instalaciones y equipos o cualquier otra medida que sea necesaria para proteger la seguridad pública.

El art. 16 de la ley 24.065 (M-1791) autoriza al ENRE a imponer sanciones muy severas. Por ello, en el ejercicio de estas facultades el ENRE deberá respetar escrupulosamente las previsiones de la LNPA y deberá tomar en cuenta específicamente la doctrina de los autores y la

jurisprudencia en lo referido al derecho al debido proceso adjetivo que emana del art. 18, CN. Interesa destacar, muy especialmente, que la configuración de las situaciones de hecho que habilitan al ENRE a aplicar sanciones debe ser adecuadamente probada. Es que, como recuerda con particular énfasis Gordillo¹⁰⁹, son los hechos los que hacen aplicable o inaplicable una determinada regla sustantiva, y esta determinación se lleva a cabo a través de la prueba. De lo que antecede se desprende que podrá verificarse en sede judicial si el hecho imputado se probó y constituye alguna de las causales admitidas por la ley para aplicar la sanción¹¹⁰, pues el control de legalidad supone que los hechos se han configurado y hayan sido clasificados adecuadamente¹¹¹. En otras palabras, procede la revisión judicial de las cuestiones de hecho y de derecho. Ampliar en el apdo. 2 del cap. XXI.

Al dictar la Res. 184/09 (ver apdo. 4.2.2.3 del cap. IX) sobre requisitos para nuevas conexiones, el ENRE señaló que debe entenderse por seguridad pública el estado de situación que puede verse afectado por un peligro común, es decir un peligro que puede existir respecto de bienes o personas.

7.3. Autorización de las ampliaciones de los sistemas de distribución y transporte de jurisdicción nacional.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 11.- Autorización Previa Construcciones. Ningún transportista o distribuidor podrá comenzar la construcción y/u operación de instalaciones de la magnitud que precise la calificación del ente, ni la extensión o ampliación de las existentes, sin obtener de aquél un certificado que acredite la conveniencia y necesidad pública de dicha construcción, extensión o ampliación. El ente dispondrá la publicidad de este tipo de solicitudes y la realización de una audiencia pública antes de resolver sobre el otorgamiento del respectivo certificado.

Reglamentación Dec. 1398/92: El ENRE deberá establecer la magnitud de instalación cuya operación y/o construcción requiere su calificación de necesidad, debiendo difundir adecuadamente tal caracterización.

El art. 11 de la ley 24.065 (M-1791) condiciona el ejercicio de un derecho de los concesionarios (construir instalaciones) -que es también una

¹⁰⁹ Tratado, tomo 2, p. I-1.

¹¹⁰ Cámara Nacional Federal, en autos *Lamas*, LL 123-149 y *Arroyo*, LL 101-3. Citados por Gordillo, *op cit.* p. I-2.

¹¹¹ CSJN, Fallos 267:77, 79 en autos *Molinelli*. También citado por Gordillo, *op cit.* p. I-2.

obligación tendiente a satisfacer las obligaciones en materia de calidad del servicio- a la autorización del ENRE (v/apdo. 1 del cap. IX). De acuerdo a lo previsto en el Decreto Reglamentario el ENRE estableció inicialmente a través de la Res. ENRE 46/94, los criterios para determinar en que casos sería necesario obtener autorización. La Res. ENRE 46/94 fue reemplazada por la Res. 467/09, a través de la cual el ENRE aprobó la metodología para evaluar las obras de Construcción, Extensión o Ampliación de Instalaciones Eléctricas en el ámbito del Servicio Público de Transporte y Distribución de Energía Eléctrica, sujetos a Jurisdicción Nacional. El anexo conteniendo dicha metodología fue actualizado a través de la Res. ENRE 257/11 (B.O. 26/10/11). La misma aclaró que las obras comprendidas en el art. 2 de la Res. ENRE 467/09 en el ámbito de las distribuidoras de energía eléctrica sujetas a jurisdicción nacional, son aquellas que incluyen instalaciones de tensión igual o superior a 132 kV Alta Tensión (AT) y todas aquellas de Media Tensión (MT) que se encuentren involucradas en ellas. Con posterioridad, la Res. ENRE 33/2014 revocó las mencionadas resoluciones 467 y 257 y aprobó un nuevo reglamento. Conforme al mismo, debían obtener autorización todas las obras. Dispone que, en ciertos casos, se publicarán por 2 días en un diario de amplia difusión del lugar en que la obra vaya a realizarse o pueda afectar eléctricamente, otorgando un plazo de 10 días desde la última publicación para que, quien considere que la obra pueda afectarlo en cuanto a las prestaciones eléctricas recibidas o sus intereses económicos, plantee su oposición fundada por escrito ante el ENRE. Conforme al reglamento, el otorgamiento del Certificado de Conveniencia y Necesidad Pública por el ENRE, comprende el reconocimiento de la aptitud técnica de la obra y su afectación al servicio público.

Art. 12.- Facultades Suspensión Obras No Autorizadas. El inicio o la inminencia de inicio de una construcción y/u operación que carezca del correspondiente certificado de conveniencia y utilidad pública, facultará a cualquier persona a acudir al ente para denunciar u oponerse a aquéllas. El ente ordenará la suspensión de dicha construcción y/u operación hasta tanto resuelva sobre el otorgamiento del referido certificado, sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder por la infracción.

Reglamentación Dec. 1398/92: El particular que quiera manifestar su oposición a la construcción y/u operación de instalaciones de distribución o transporte de energía eléctrica que carezca del certificado reglado por el

art. 11 de la ley 24.065, deberá acreditar previamente, tener afectado un derecho subjetivo o un interés legítimo ante el ENRE.

Art. 13.- Oposición por otros Concesionarios. La construcción o ampliación de las instalaciones de un transportista o distribuidor que interfiriere o amenazare interferir irrazonablemente el servicio o sistema correspondiente a otro transportista o distribuidor, facultará a estos últimos para acudir ante el ente, el que oyendo a los interesados autorizará o no la nueva obra, pudiendo convocar, previo a ello, a una audiencia pública.

Art. 15.- Plazo Resolución ENRE sobre Obras. El ente resolverá, en los procedimientos indicados en los arts. 11, 12, 13 y 14, dentro del plazo de tres (3) meses contados a partir de la fecha de iniciación de los mismos.

Art. 56.- Facultades. El ente tendrá las siguientes funciones y facultades:

... **(k) Policía Construcción y Operación.** Velar por la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública en la construcción y operación de los sistemas de generación, transporte y distribución de electricidad, incluyendo el derecho de acceso a las instalaciones de propiedad de generadores, transportistas, distribuidores y usuarios, previa notificación, a efectos de investigar cualquier amenaza real o potencial a la seguridad y conveniencia públicas en la medida que no obste la aplicación de “normas específicas”.

Reglamentación Dec. 1398/92. (k) Reglas de Seguridad. Considerase como “normas específicas” en el sentido a que hace referencia el Inciso k) del art. 56 de la ley 24.065, a las leyes que especifican reglas técnicas de seguridad vinculadas al objeto reglado por dicho inciso, las que deberán ser aplicadas por el ENRE.

Es observable que las disposiciones pretranscriptas no establezcan con precisión bajo qué requisitos el ENRE otorgará la autorización requerida para llevar a cabo las ampliaciones de las instalaciones.

El único parámetro -por cierto no menor- surge del art. 56 (k) de la ley 24.065 (M-1791) y consiste en la protección de la propiedad, el medio ambiente y la seguridad pública. La protección de la propiedad se tiene en cuenta pues la construcción de una instalación eléctrica de magnitud naturalmente produce efectos sobre los inmuebles vecinos. Lo mismo sucede con la protección del medio ambiente y la seguridad pública, por los efectos que sobre esos bienes jurídicos pueda producir dicha instalación.

Por todo ello se justifica la celebración de una audiencia pública, a efectos de que los vecinos y las entidades dedicadas a la protección de los usuarios y el medioambiente pueden formular las observaciones que tengan y

recabar la información y aclaraciones que estimen pertinente. El ENRE deberá entonces ponderar si el diseño, materiales, equipos y demás características de la instalación no comprometen las propiedades vecinas ni afectan el medioambiente o la seguridad pública o cuentan con dispositivos y procedimientos adecuados para no mitigar los riesgos. En su evaluación contará el ENRE con un alto grado de discrecionalidad¹¹², ejerciendo las facultades de orden técnico que la legislación le confiere.

Así lo ha hecho entre muchas otras a través de las Res. ENRE 125/97, 518/02, etc.. En las mismas, el ENRE no sólo considera el impacto de las instalaciones y cuestiones técnicas, sino también económico-financieras, tales como la remuneración de los costos de la construcción y operación de la ampliación y la utilización de los fondos previstos para financiar este tipo de ampliaciones (v/cap. XXII). En lo que concierne a las cuestiones técnicas, el ENRE tiene especialmente en cuenta los informes que, sobre la ampliación, emiten CAMMESA y la transportista que opere en la zona afectada.

7.4. Baja de instalaciones.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 14.- Abandono Instalaciones. Ningún transportista ni distribuidor podrá abandonar total ni parcialmente las instalaciones destinadas al transporte y distribución de electricidad, ni dejar de prestar los servicios a su cargo, sin contar con la aprobación del ente, quien sólo la otorgará después de comprobar que las instalaciones o servicios a ser abandonados no resultan necesarios para el servicio público en el presente ni en un futuro previsible.

La norma se refiere a la “salida de servicio” de ciertas porciones de las redes de transporte o distribución, y brinda el marco legal para tal situación. Su contracara es la obligación, que pesa sobre los concesionarios, de atender las solicitudes de servicio de clientes incluidos en el área concesionada (arts. 24 y 25, ley 24.065 (M-1791)). A diferencia de lo que acontece con la autorización prevista en el art. 11 de la ley 24.065 (M-1791), en este caso existe un criterio legal para resolver las peticiones que se formulen (que las instalaciones no sean necesarias para prestar el servicio público)¹¹³. Aunque el art. 14 de la ley 24.065 (M-1791) no contiene una referencia expresa, el

¹¹² Esta discrecionalidad no es ilimitada y está sujeta a revisión judicial. Ver lo indicado en el apdo. 2.1 del cap. XX.

¹¹³ De acuerdo a lo previsto en el art. 16, CCiv., el criterio del art. 14 podría aplicarse para resolver las cuestiones que se planteen bajo el art. 11.

ENRE deberá convocar a una audiencia pública, por aplicación del art. 74 inciso (b) de la ley 24.065 (M-1791) (v/apdo. 2.2.2 del cap. XIX).

7.5. El libre acceso a las instalaciones de distribución y transporte como manifestación de la generalidad y obligatoriedad de los servicios públicos. La función técnica de transporte.

La obligación y derecho de libre acceso es uno de los mayores avances del MREN¹¹⁴, en particular si se lo compara con el régimen de hidrocarburos y de telecomunicaciones. Resulta una aplicación de uno de los principios rectores establecidos en el art. 2 de la ley 24.065 (M-1791)¹¹⁵, y una manifestación de las características de generalidad y obligatoriedad de los servicios públicos¹¹⁶, fundadas en el derecho a un trato igual que consagra el art. 16, CN (v/apdo. 7 del cap.VIII), que traza una significativa diferencia con el régimen de la generación de energía eléctrica, en la que no existe una obligación similar.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 22.- Libre Acceso. Los transportistas y los distribuidores están obligados a permitir el acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte de sus sistemas que no esté comprometida para abastecer la demanda contratada, en las condiciones convenidas por las partes y de acuerdo a los términos de esta ley. A los fines de esta ley la capacidad de transporte incluye la de transformación y acceso a toda otra instalación o servicio que el ente determine.

Reglamentación Dec. 1398/92: El ENRE deberá precisar los criterios para el ejercicio del derecho de libre acceso a la capacidad de transporte de los sistemas del transportista y/o del distribuidor.

El art. 22 de la ley 24.065 (M-1791) configura una restricción al libre desarrollo de las actividades de distribución y transporte (v/apdo. 5 del cap. IV), pues las empresas que lleven a cabo tales actividades quedan obligadas a permitir que los generadores, grandes usuarios o “pequeños” usuarios cuyas instalaciones se conecten o pretendan conectarse a las instalaciones de distribución o transporte o envíen o reciban energía eléctrica por intermedio de las mismas, aunque no sean clientes de la respectiva compañía de distribución o transporte. Es un caso de reglamentación, por una ley (la 24.065 (M-1791)) de un derecho que la CN reconoce, el derecho de

¹¹⁴ Así lo recuerda entre otras, la Res. ENRE 1029/97.

¹¹⁵ Ver Barreiro, Derecho de la Energía Eléctrica, p. 488.

¹¹⁶ Linares, Derecho Administrativo, p. 518.

comerciar y ejercer industria lícita, en los términos de los arts. 14 y 28 CN (v/apdo. 5 del cap. IV).

La ley brinda un criterio objetivo para resolver las cuestiones a que de lugar su aplicación: el distribuidor o transportista deberá permitir el uso, por no clientes, de la porción de su capacidad de transporte que no esté comprometida para abastecer la “demanda contratada”. Cuadra en primer lugar precisar el alcance de la expresión entrecomillada. Para ello, cabe recordar que las redes de distribución y transporte pueden ser vistas como medio para hacer llegar, a los consumidores, la energía eléctrica que estos demanden. En este contexto, la “demanda contratada” es la cantidad de potencia y energía cuyo suministro ha sido objeto de contratos de “tracto sucesivo”. Dentro de esta categoría entran entonces los consumidores cautivos de las compañías de distribución (desde que la relación de suministro es contractual - v/apdo. 4.2.2.2.2 del cap. IX), y todos los agentes consumidores del MEM que hayan celebrado contratos a término para abastecerse de potencia y energía y aquellos que se encuentren en situaciones similares a las anteriores. Queda por lo tanto excluida la potencia y energía demandada por el mercado spot, aún cuando la misma se comercialice bajo un esquema contractual, pues en dicha operatoria se realizan transacciones hora a hora y voluntariamente. Esto es lógico, pues justamente ésta será la demanda para cuya satisfacción deberán las distribuidoras y transportistas permitir el acceso de terceros a sus instalaciones.

La aplicación del principio del libre acceso producirá siempre situaciones conflictivas. Ello, ya que en las redes de distribución y transporte, hay un “cupó limitado” para las cantidades de energía eléctrica que pueden fluir por las mismas. El distribuidor, entonces, tenderá a favorecer que circulen por su red los electrones destinados a atender la demanda de aquellos de sus usuarios que mejor remuneren el servicio del distribuidor. El generador localizado dentro de una red de distribución - como es el caso de Central Puerto S.A.- querrá que los electrones que produzca atraviesen la red de distribución con destino a aquellos de sus propios clientes con los que tenga pactado un conveniente régimen de precios. Los grandes usuarios localizados dentro del área de distribución, por su parte, querrán recibir los electrones que necesitan para operar sus instalaciones industriales, al precio más bajo. También, presenta potencial

de conflicto la situación de aquellos “pequeños” usuarios que soliciten a la compañía de distribución de su zona el servicio eléctrico. La situación no se presenta tan conflictiva en el caso de los transportistas. Estas compañías, como regla, no tienen clientes cautivos ni diferenciales, excepto aquéllos agentes que hayan promovido ampliaciones de la capacidad de transporte. Por el contrario, les resulta indistinto, en términos de remuneración, el origen o destino de los electrones que circulen por sus redes.

En la aplicación práctica de este principio del libre acceso, pueden presentarse diversas situaciones, dependiendo de la combinación entre instalaciones de distribución y transporte, por un lado, y de consumo y generación por el otro.

El ENRE ha establecido valiosas pautas, que precisan el criterio legal antes mencionado. A través de la Res. ENRE 195/95, ha aclarado que la capacidad remanente es la diferencia entre la capacidad nominal de las instalaciones y la sumatoria de la capacidad necesaria para que el distribuidor atienda su demanda contratada, el margen de confiabilidad establecido por el distribuidor y la capacidad de transporte comprometida con motivo de una ampliación. La demanda contratada es la que corresponde a los usuarios de la distribuidora.

Por aplicación de la exigencia del libre acceso, la SE ha reglamentado la función técnica de transporte (FTT), a través de la Res. SE 159/94 y normas complementarias¹¹⁷, habiendo señalado la SE, en los considerandos de la Res. SE 672/06, que *“Que la adecuación en el tiempo de dichas normas al proceso de transformación del sector y la adhesión de las distintas jurisdicciones a los principios de la citada Ley, permitieron a una gran cantidad de los usuarios de mayor demanda de potencia acceder escalonadamente al mercado, dejando así la condición de cautividad respecto al distribuidor del servicio público de energía eléctrica.”*. La FTT ha sido definida como el servicio de vinculación que cumplen las instalaciones eléctricas que integran el SADI, al comunicar físicamente a los compradores y vendedores de energía eléctrica entre sí y con el MEM. En el desarrollo de dicho servicio concurren los prestadores (los titulares u operadores de las instalaciones afectadas al servicio) y los usuarios. Se distinguen dos modalidades: la FTT firme y la FTT no firme, reguladas por

¹¹⁷ Ver “Las idas y venidas de la tarifa aplicable a la función técnica de transporte” (Mario Maxit, RAP, 308, p. 51).

los anexos 28 y 29 de los Procedimientos de CAMMESA. En la FTT firme, el usuario goza en paridad de condiciones con los otros usuarios del prestador del derecho a utilizar las instalaciones del prestador de la FTT. Mediante la Res. ENRE 130/95, se reglamentó la metodología para el control de la calidad de servicio de la FTT. La prestación de la FTT por distribuidores de jurisdicción nacional a usuarios localizados dentro de sus áreas de concesión sigue sujeta a los contratos de concesión¹¹⁸. Con relación a los distribuidores sujetos a jurisdicción local, inicialmente los mismos quedaron sujetos, en ausencia de acuerdo, a lo que dispusieran las autoridades nacionales. Sin embargo, ponderando la evolución de los regímenes locales, la Res. SE 672/06, les permitió sujetar su actuación (en particular sus tarifas) a lo que dispongan los respectivos contratos de concesión.

El principio del libre acceso es también uno de los pilares fundamentales del sistema energético de la Unión Europea y se lo considera una herramienta fundamental para la integración y la libre competencia.¹¹⁹

En nuestro ámbito, la Corte Suprema ha destacado, en la sentencia dictada con fecha 03/08/10 en los autos *Edelar c/Secretaría de Energía y Minería* (Res. 41/01), que las sanciones por incumplimiento de los requerimientos en materia de FTT no se deben considerar a la luz del respectivo contrato de concesión, sino bajo la normativa que reglamenta dicha cuestión.

7.6. No discriminación.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 23.- No discriminación. Ningún transportista ni distribuidor podrá otorgar ni ofrecer ventajas o preferencias en el acceso a sus instalaciones, excepto las que puedan fundarse en categorías de usuarios o diferencias concretas que determine el ente.

Lo dispuesto en este artículo también constituye una reglamentación, en los términos de los arts. 14 y 28, CN, del derecho a la igualdad consagrado en el art. 16, CN (v/apdo. 5 del cap. IV). La reglamentación consiste en establecer los casos en los que podría ser limitado el derecho de los usuarios

¹¹⁸ Ver Barreiro, Derecho de la Energía Eléctrica, p. 490 y sgtes.

¹¹⁹ Ver las notas publicadas en JERL, volumen 20, N° 1: “*Third Party Access in the Electricity Sector: EC Competition Law and Sector-Specific Regulation*” (Andras Palasthy) y “*Negotiated Third Party Access in Germany*” (Achim Börner).

a un trato igualitario de parte de las prestadoras del servicio público eléctrico, derecho que la doctrina ha recordado con carácter general¹²⁰. Siguiendo la jurisprudencia de la CSJN, se admiten discriminaciones “legítimas” derivadas de la diferente categorización de los usuarios u otras diferencias que admita el ENRE. Una aplicación de este principio se encuentra en los contratos de distribución. Los mismos configuran las distintas categorías de usuarios en base a las características de los mismos, y determinan diferentes regímenes operativos y remunerativos, que también atienden a dichas características (v/apdo. 1.5.1 del cap. XVI).¹²¹

7.7. Satisfacción de la demanda.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 24.- Satisfacción Demanda. Los transportistas y los distribuidores responderán a toda solicitud de servicio dentro de los 30 días corridos, contados a partir de su recepción.

Nótese que la norma obliga al concesionario a responder, no necesariamente a acceder a la solicitud. Lógicamente, una respuesta no satisfactorio podrá dar lugar a la intervención del ENRE. La obligación establecida en el art. 24 de la ley 24.065 (M-1791) reviste significativa importancia de cara al incremento de la demanda de energía eléctrica. Dicha obligación legal fue incorporada a los contratos de concesión y reglamentada en sus alcances y en lo concerniente al correlativo derecho de los usuarios a ser atendidos por el distribuidor o transportista ante el que hubieran presentado la solicitud de servicio.

7.8. Especificaciones de la electricidad.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 26.- Calidad Electricidad Suministrada a Transportistas y Distribuidores. Los transportistas y los distribuidores deberán fijar especificaciones mínimas de calidad para la electricidad que se coloque en sus sistemas. Dichas especificaciones serán publicadas en los respectivos cuadros tarifarios.

Reglamentación Dec. 1398/92: Los criterios para determinar las especificaciones mínimas de calidad de la electricidad que se coloque en

¹²⁰ Linares, Derecho Administrativo, p. 517; Cassagne, Derecho Administrativo, tomo II, p. 437.

¹²¹ Bosch, Juan; “*Tarifa y garantía de igualdad. Prohibición de subsidios cruzados*”; E.D.A. 30/9/05.

el sistema de transporte y/o de distribución deberán ajustarse a las normas técnicas, que a tales fines, establezca el ENRE.

El art. 26 de la ley 24.065 (M-1791) brinda las bases para la imposición de requerimientos en materia de equipamiento a los generadores y grandes usuarios. En efecto, “fijar especificaciones mínimas de calidad para la electricidad que se coloque en sus sistemas”, conlleva la necesidad de contar con instalaciones adecuadas para satisfacer dichas especificaciones. De cualquier manera, esos requerimientos deben ser razonables (v/apdo. 9 del cap. IV y apdo. 2.1.1.1 del cap. XXI).

7.9. Mantenimiento de las instalaciones.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 27.- Mantenimiento Instalaciones. Los transportistas y los distribuidores efectuarán el mantenimiento de sus instalaciones en forma de asegurar un servicio adecuado a los usuarios.

Reglamentación Dec. 1398/92: Considérase servicio adecuado a los usuarios el que sea prestado en un todo de acuerdo a las normas de calidad de servicio que se definan en el contrato de concesión específico y a las que a tales efectos establezca el ENRE.

El art. 27 de la ley 24.065 (M-1791) consagra un parámetro básico en lo que respecta a una obligación trascendental, la de mantener las instalaciones en buen estado. La pauta legal es que el mantenimiento debería permitir la prestación de un servicio adecuado a los usuarios. Pero para definir dicho concepto indeterminado, la reglamentación remite a las normas de calidad del servicio incluidas en los contratos de concesión y determinadas por el ENRE (v/apdos. 6.2.2.1 y 6.3.1 de este capítulo).

7.10. Obras obligatorias.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 28.- Obras Obligatorias. Los contratos de concesión podrán obligar a los transportistas y distribuidores a extender o ampliar las instalaciones, cuando ello resulte conveniente a las necesidades del servicio público. En este caso, los concesionarios podrán recuperar el monto de sus inversiones conforme lo dispuesto en el art. 41 de esta ley.

El art. 28 de la ley 24.065 (M-1791) de alguna manera complementa el art. 17 inciso 4 de la ley 15.336 (M-521) (v/apdo. 6.3 de este capítulo) y autoriza a la autoridad de aplicación a incluir, en los contratos de concesión, requerimientos en materia de obras. Como contraprestación se reconoce a los concesionarios el derecho a incrementar las tarifas. En definitiva, los usuarios, y no el concesionario, financiarán las obras necesarias para el buen

servicio. En la renegociación de las concesiones en 2004 y 2005, se hizo uso de esta facultad (v/apdo. 4.3.2 del cap. III)

7.11. Prórroga de las concesiones.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 51.- Prórroga Concesiones. Con una anterioridad no menor de 18 meses a la fecha de finalización de una concesión, los transportistas y distribuidores tendrán derecho a requerir del ente la prórroga por un período de 10 años , o el otorgamiento de una nueva concesión. Dentro de los 60 días de requerido el ente resolverá fundadamente, sobre el otorgamiento o no de la prórroga o la negociación de una nueva concesión.

Reglamentación Dec. 1398/92: El ENRE deberá someter al PEN, por intermedio de la Secretaría de Energía, su propuesta de prórroga o renegociación de una nueva concesión. La citada Secretaría deberá resolver, sobre el particular, dentro del término de 30 días hábiles, estando facultada para denegar fundadamente tal petición, en cuyo caso deberá instruir al mencionado Ente a iniciar un procedimiento de selección del nuevo concesionario, según los términos y condiciones que especifique dicha Secretaría. De resolver la Secretaría de Energía dar curso favorable a lo propuesto por el ENRE, elevará las actuaciones al PEN para su aprobación respectiva.

La ley 15.336 (M-521) no incluyó al plazo entre las condiciones mínimas de las concesiones de distribución. Concordantemente, el art. 51 de la ley 24.065 (M-1791) prevé que el concesionario puede optar por una prórroga de la concesión existente o por la negociación de una nueva concesión. Esta disposición podría encontrarse en conflicto con el art. 29 de la ley 24.065 (M-1791), que postula el otorgamiento de las concesiones de transporte a plazo fijo.

7.12. Nuevas concesiones.

Dispuso la ley 24.065 (M-1791):

Art. 52.- Nuevas Concesiones. Si el ente decidiera no otorgar la prórroga o una nueva concesión al concesionario existente, iniciará un nuevo procedimiento de selección dentro del plazo de treinta (30) días para adjudicar los servicios de transporte o distribución en cuestión.

Reglamentación Dec. 1398/92: El ENRE deberá someter a la Secretaría de Energía, su denegatoria de prórroga o de otorgamiento de una nueva concesión Sólo podrá iniciar el procedimiento de selección de un nuevo concesionario, dentro de las pautas y procedimientos que, a tales efectos, determine la Secretaría de Energía, una vez que le haya sido notificado el

acto de dicha Secretaría que ratifique su propuesta. El citado Ente deberá someter la propuesta de adjudicación resultante del nuevo proceso de selección a que se refiere el párrafo precedente, a la Secretaría de Energía, la que, de mediar conformidad, deberá elevarla al PEN para el dictado del acto pertinente.

En el desarrollo del procedimiento de selección, el ENRE deberá seguir las prescripciones del Dec. 1023/01 y sus modificatorios, aprobatorio del régimen de contrataciones de la administración nacional. En cualquier caso, en el art. 52 de la ley 24.065 (M-1791) y su reglamentación queda patentizada la estrecha relación institucional entre el ENRE, la SE y el PEN (v/apdo. 1 del cap. VI), en una materia tan delicada como la prórroga de una concesión existente o el otorgamiento de una nueva.

Art. 53.- Servicio Obligatorio. En el caso del artículo precedente, si la nueva concesión no pudiese ser otorgada antes de la finalización de la anterior concesión, el ente podrá requerir al titular de esta última la continuación del servicio por un plazo no mayor a 12 meses contados a partir de la fecha original de finalización de la concesión anterior.

El art. 53 de la ley 24.065 (M-1791) configura una nueva restricción a los concesionarios sobre su ámbito de libertad empresarial, pues les obliga a continuar desarrollando su actividad como prestadores del servicio de distribución o transporte a pesar de no encontrarse vigente el contrato de concesión respectivo.

7.13. Limitaciones a las actividades de los concesionarios. Actividades no reguladas.

No existe dentro del MREN una disposición tan terminante como la incluida en el art. 20 de la ley 21526 de entidades financieras, que prescribe que las entidades sujetas a su régimen podrán llevar a cabo actividades que se encuentren permitidas por dicha ley. Pero a falta de una restricción legislativa, al constituirse las entidades que prestarían los servicios públicos de distribución y transporte (v/apdo. 3.3.5 del cap. III), sus objetos sociales establecieron una limitación a las actividades que podrían desarrollar. El objeto social de las sociedades comerciales actúa como una limitación para las actividades que los órganos de administración de las mismas pueden desarrollar¹²². Teniendo en cuenta dicho mecanismo legal, los estatutos aprobados por las diversas disposiciones que instrumentaron la

¹²² Ver Fargosi, Horacio; “*Estudios de Derecho Societario*” (1978), p. 26.

privatización de las actividades de transporte y distribución de energía eléctrica¹²³, para las compañías que prestarían dichos servicios, establecieron como objeto social de tales compañías, justamente, la prestación del servicio público de transporte y distribución.¹²⁴

Pero los administradores deben esforzarse por maximizar la renta producida por los activos de las compañías que operan, fenómeno que se da en las compañías que prestan servicios públicos. Por lo tanto, es usual que se presenten situaciones de tensión y conflicto, en la medida en que los administradores de las antedichas compañías pretendan modificar su objeto social, de modo de poder aplicar sus recursos a finalidades diferentes de las originariamente contempladas, dando lugar así a las actividades no reguladas. Al resolver peticiones formuladas por tales compañías, el ENRE¹²⁵ ha establecido ciertos criterios sobre tal materia. En particular, mediante la Res. 204/07, el ENRE dispuso que, en oportunidad de las revisiones tarifarias las distribuidoras y transportistas, deberían incorporar en sus respectivas pretensiones toda la información relativa a las actividades no reguladas, a los fines de determinar la participación en los beneficios de las mismas por parte de los usuarios de las actividades reguladas. Asimismo, que, en el desarrollo de las actividades no reguladas no se podrá afectar, el capital social y las reservas legales comprometidos en la actividad regulada.

7.14. Fiscalización societaria permanente.

De acuerdo al art. 299, ley 19.550, las sociedades anónimas quedan sujetas a fiscalización estatal permanente de la autoridad de control en materia de policía societaria cuando exploten concesiones o servicios públicos. Las sociedades domiciliadas en la Ciudad de Buenos Aires quedan sujetas a la fiscalización de la Inspección General de Justicia, de

¹²³ Decreto 714/92 y 2342/92.

¹²⁴ Por ejemplo, el objeto social de Edenor fue establecido en los siguientes términos: La sociedad tendrá por objeto exclusivo la prestación del servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica dentro de la zona y en los términos del contrato de concesión que regula tal servicio público. De modo concordante, el mismo estatuto originario de Edenor estableció que toda reforma del estatuto requeriría la aprobación del ENRE.

¹²⁵ Por ej. a través de las Res. 323/1997, 1356/1998, 751/06 y 752/06. Ver *“El objeto social en los contratos de concesión”*, de Ana Paula Bragulat, E.D. del 3/6/11.

VIII - Concesiones de distribución y transporte de energía eléctrica. Aspectos
comunes.

acuerdo a la ley 22.315. Este control alcanza a todo el funcionamiento de la
sociedad.¹²⁶

¹²⁶ Verón, Alberto; ley 19.550 comentada, 1era edición (1987), tomo 4, p. 508.