parte de la Administración puede generar su responsabilidad.

31. Puede existir, también, responsabilidad administrativa por omisión en el deber de reglamentar a efectos de ejecutar la ley –art. 164, numeral 24 de la Constitución– **(151)**.

32. La responsabilidad jurisdiccional surge de los principios constitucionales y es reconocida expresamente en la ley 15881, art. 1, lit. e. Ello, sin perjuicio de surgir de los arts. 23 y 24 de la Constitución.

33. Existen normas especiales como la Ley 15859 de Prisión Preventiva, sin posterior condena privativa de la libertad que coincida, por lo menos, con esa preventiva, que establece una hipótesis de responsabilidad objetiva por actividad judicial.

34. La teoría del riesgo creado establece una presunción *iuris tantum* de responsabilidad del dueño o guardián por el hecho de las cosas de las cuales se sirve o que tiene a su cuidado. La presunción, por su naturaleza, permite la prueba en contrario del dueño *prima facie* imputado **(152)**.

35. La teoría protege, objetivamente (sin culpa), a la víctima por motivos estrictamente sociales.

36. De aceptarse la teoría del riesgo, el lesionado sólo debe probar el daño y su cuantificación, la calidad de dueño, el riesgo de la cosa y el nexo causal entre lo actuado por la cosa y el daño sufrido.

37. El proceso de responsabilidad de la Administración se ventila de acuerdo con el juicio ordinario, establecido en los arts. 337 y ss., Código General del Proceso **(153)**.

38. Observamos un error grave cuando se trasladan, sin un análisis profundo, los conceptos y principios del derecho privado a los procesos contencioso-administrativos. En primer lugar, siempre deben aplicarse los principios y normas propias del derecho público. Sólo en caso de oscuridad puede acudirse a otras ramas del derecho. Esta conclusión es unánime en la doctrina administrativista uruguaya.

39. Ello es así porque el derecho privado está pensado en términos patrimoniales, en tanto que los procesos contencioso-administrativos refieren a los derechos humanos con relación a las prerrogativas públicas.

40. Los hombres de derecho, especialmente los administrativistas, debemos reiterar los conceptos de las conclusiones que preceden para que, de una vez, se respete la autonomía del derecho administrativo, garante de los derechos humanos.

(151) Por ejemplo cuando el Ministerio de Salud Pública no autoriza, por su lentitud procedimental interna, determinado medicamento y ello produce daños a un enfermo.
(152) La prueba, para eximir la responsabilidad, podrá consistir en la justificación de la inexistencia de nexo causal, entre el suceso y el daño, mediante el descargo de que el suceso devino por la responsabilidad de la propia víctima o de un tercero de quien el imputado, *prima facie*, no debe responder.
(153) Flores Dapkevicius, Rubén, "Tratado de derecho...", cit.

Jurisprudencia anotada

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (En particular)

Concesión de servicio público – Efectos – Entre concesionario y usuario – Servicio eléctrico – Distribuidores y grandes usuarios del Mercado Eléctrico Mayorista – Competencia del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) – Normativa aplicable

1 – El Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) resulta competente para decidir el conflicto existente entre dos agentes del Mercado Eléctrico Mayorista, de conformidad con las previsiones contenidas en la normativa federal que regula las condiciones de prestación de la Función Técnica de Transporte de Energía Eléctrica (FTT).

2 – Toda vez que la contienda se genera entre dos agentes pertenecientes al Mercado Eléctrico Mayorista es de aplicación el art. 72, ley 24065, que establece que toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores y grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ENRE; corresponde al ente regulador intervenir cuando quien requiera un servicio de transporte de un distribuidor no llegue a un acuerdo con éste sobre las condiciones en que debe prestarse.

3 – En la disputa entre dos agentes del Mercado Eléctrico Mayorista se encuentran configurados los presupuestos legales que habilitan la actuación del ENRE, careciendo de importancia a tal efecto la circunstancia de que las redes por donde se desarrolla la función técnica del transporte pertenezcan al sistema eléctrico provincial, y ello es así porque, para hacer surgir la competencia del ente regulador nacional, lo determinante es tanto la calidad de las partes involucradas como la materia en discusión, en la medida en que las relaciones entre ellos afecten el correcto funcionamiento de servicio de energía eléctrica.

4 – Siempre que ambas partes –gran usuario y distribuidor– sean sujetos del Mercado Eléctrico Mayorista y su vínculo se origine en una operación, celebrada en ese mercado corresponde que cualquier contienda que se suscite entre ellos deba ser resuelta por el ente regulador.

5 – Lo atinente al régimen de la energía eléctrica se inscribe en el marco regulatorio federal incorporado al concepto abarcativo que supone la interpretación del art. 75, inc. 13, CN, y en esa inteligencia el Congreso dictó las leyes 15336 y 24065 en el ejercicio de su competencia para legislar sobre la planificación, las pautas generales y la ordenación de la política energética; esas facultades inspiran el régimen legal vigente y se justifican si se advierten las modalidades asumidas por la explotación de la energía que integra, en el llamado Sistema Argentino de Interconexión, los puntos de generación y consumo que puedan originarse en distintas jurisdicciones.

6 – La ley 24065 califica como servicio público no sólo a la distribución sino también al transporte del fluido, y considera "actores reconocidos del mercado eléctrico" a los generadores o productores, a los transportistas, a los distribuidores e introduce la figura de los grandes usuarios, categoría de sujetos definida en la ley como la que corresponde a todo aquel que contrata en forma independiente y para consumo propio, su abastecimiento de energía eléctrica con el generador y/o distribuidor.

7 – Los grandes usuarios –cualquiera sea su ubicación pueden realizar transacciones en el Mercado Eléctric Mayorista (MEM), en cuyo caso, como todo agente d ese mercado, deben actuar conforme a las norma dictadas por la Secretaría de Energía de la Nación.

8 – La prestación del servicio público eléctrico est incorporada en la expresión "comercio" del art. 7 inc. 13, CN, así como también en los incs. 18 y 30 d ese artículo, lo cual justifica el sometimiento a la juris dicción nacional de los contratos ejecutados a trav del sistema argentino de interconexión, así como tam bién aquellos que se realizan por medio de la actua ción de quienes operan en el mercado nacional, ya qu se encuentra involucrado el comercio federal de ener gía, no existiendo dudas acerca del marco normativ que rige la causa entre dos agentes del MEM de car al art. 10 de la reglamentación de la ley 24065.

9 – La res. 671/1999, dictada por el Ente Regulado de la Electricidad (ENRE), que dispuso que debía fac turarse a un gran usuario la tarifa por la prestación d la función técnica de transporte de acuerdo a lo dis puesto en la res. SET 406/1996, no puede ser cues tionada, pues además de emanar de los órganos reco nocidos habilitados para ello, resuelve una controversi entre actores reconocidos en la ley 24065, y decid sobre contratos que involucran el comercio de energí eléctrica a través del sistema de interconexión.

10 – La fijación por parte de la autoridad nacional de la tarifa de la función técnica de transporte para disputas entre agentes del Mercado Eléctrico Mayorista no implica un avance sobre las potestades de las provincias para regular los servicios públicos locales, sino e ejercicio de una potestad propia orientada a reglar er forma homogénea el comercio interjurisdiccional de la electricidad.

11 – Aun cuando un examen en forma aislada de la relación distribuidora-gran usuario podría permitir calificar a la prestación de función técnica de transporte como una actividad de la provincia, lo cierto es que ella tiene un vínculo tan íntimo y fundamental con el sistema, que el control de este requiere el de aquélla para ser en realidad efectivo y lograr la operativa vigencia del sistema legal que rige la situación planteada.

CORTE SUP., 12/10/2010 – EDEN S.A v. Provincia de Buenos Aires y otros (*)

Con nota de *OSCAR R. AGUILAR VALDEZ y JOSÉ C. CUEVA*

(*) El texto completo de la sentencia puede consultarse en www.abeledoperrot.com.

¿Jurisdicción nacional sobre el servicio de distribución de energía eléctrica provincial o regulación federal del mercado eléctrico mayorista de electricidad?

Definiciones e interrogantes en un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Por Oscar R. Aguilar Valdez y José C. Cueva

SUMARIO:

I. Introducción.– II. El contexto doctrinal y regulatorio del caso.– III. El caso y las posturas sostenidas en la causa por los contendientes.– IV. El fallo de la Corte y sus principales fundamentos.– V. Los alcances del fallo.– VI. Interrogantes que se plantean

I. INTRODUCCIÓN

"En todo Estado federal actúan, constantemente, dos fuerzas opuestas que procuran superarse y vencerse recíprocamente al menor desfallecimiento de la contraria, y sobre cuyo equilibrio se fundamenta el esquema ideal del federalismo: una *fuerza centripeta y concentradora*, que atrae, dirige e impele hacia el centro, procurando la centralización de la mayor suma posible de poder en el gobierno general y, por ende, el robustecimiento de éste; y una *fuerza centrífuga o desconcentradora*, que atrae, dirige e impele lejos del centro, tendiendo a la descentralización y a la fragmentación del poder entre los gobiernos locales, cuyo fortalecimiento busca. La dinámica federal se manifiesta en la práctica de las instituciones políticas por la constante lucha entre ambas fuerzas". Con estas palabras, Linares Quintana **(1)** ha descripto, con notable precisión, los problemas que encierra el funcionamiento del sistema federal de gobierno. Por un lado, una tendencia centralizadora que pretende garantizar la existencia de un Estado federal fuerte y, por el otro, una descentralizadora que pretende garantizar el ejercicio de las competencias locales que, al no haber sido delegadas a la Nación, han quedado reservadas por las provincias. Esas dos tendencias antagónicas –que, como es sabido, han signado nuestra historia constitucional **(2)**– han encontrado un campo fértil de confrontación en lo relativo a la regulación de los llamados "servicios públicos en red" **(3)** y, en especial, en lo que hace a la regulación eléctrica luego de la reestructuración que hiciera del sector la ley 24065 **(4)**.

El caso en comentario es un claro ejemplo de dicha confrontación de tendencias. Allí, la Corte Suprema ha resuelto uno de los temas más complejos y discutidos y, del mismo modo, apasionantes que entraña la regulación del sector eléctrico, cual es la aplicación de la jurisdicción federal sobre el servicio denominado "función técnica de transporte" (FTT), prestado por empresas distribuidoras locales a favor de grandes usuarios que realizan sus transacciones de compraventa de energía eléctrica a través del mercado eléctrico mayorista (en adelante, MEM) **(5)**. En concreto, el tribunal resolvió el alcance de la jurisdicción federal en relación con: i) la competencia del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) –negándosela a las autoridades provinciales– para resolver controversias suscitadas entre una empresa distribuidora de energía eléctrica provincial y un gran usuario conectado a sus redes de distribución; y ii) la aplicación a ese servicio de las tarifas aprobadas por la autoridad federal (Secretaría de Energía), en detrimento de las tarifas aprobadas por las autoridades locales.

Como se verá, el tema es, en sí mismo, complejo, y su solución no se encuentra exenta de generar, a su vez, nuevos interrogantes, fuente, tal vez, de potenciales conflictos.

De allí que el objeto de nuestro comentario no sea abordar con detalle la integridad de la compleja temática que el caso encierra sino, más bien, plantear su contexto, la relevancia de la solución adoptada por la Corte Suprema y, finalmente, los interrogantes que ella deja planteados para el futuro.

(1) Linares Quintana, Segundo V., "Tratado de la ciencia del derecho constitucional argentino y comparado. Parte especial", t. VI, Ed. Alfa, Buenos Aires, 1956, p. 229.

(2) Para un análisis comparativo de los elementos diferenciadores que existieron en la formación del Estado federal norteamericano y el argentino, véase Saguir, Julio, "¿Unión o secesión? Los procesos constituyentes en Estados Unidos (1776-1787) y Argentina (1810-1862)", Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2007.

(3) Sobre el particular, conf. Perrino, Pablo E., "Distribución de competencias entre el Estado federal, las provincias y los municipios para la regulación de los servicios públicos", en RDA 2002-37, n. 39, Ed. LexisNexis, Buenos Aires.

(4) Una descriptiva y precisa síntesis de los conflictos jurisdiccionales generados en la industria eléctrica, especialmente luego de la sanción de la ley 24065, puede encontrársela en Fonrouge, Máximo J., "Conflictos en el mercado eléctrico argentino", en RDA 2006-626, Ed. LexisNexis, Buenos Aires.

II. EL CONTEXTO DOCTRINAL Y REGULATORIO DEL CASO

A modo exclusivamente introductorio, y en línea con ya mencionadas antagónicas tendencias centrífuga centrípetas que anidan en el sistema federal, cabe señalar que, en lo sustancial, el conflicto de marras encontrado en la doctrina dos formas diferentes de carar la cuestión **(6)**; ello, claro está, más allá de importantes matices que pueden encontrarse entre autores que adscriben a cada una de estas dos pos ras que, por exceder el objeto de este comentario, podemos abordar aquí.

La primera está dada en considerar que el servicio pr tado a los grandes usuarios en el territorio provinc por quienes explotan redes concesionadas por los g biernos locales constituye un "servicio de distribuci de energía provisto por un concesionario local den del territorio provincial que, tanto en función de las d posiciones constitucionales que habilitan a las provi cias a regular los servicios públicos que se presten de tro de su territorio **(7)** como en virtud de las norm contenidas en las propias leyes federales 15336 **(8)** 24065 **(9)**, corresponde a la competencia provinci Así –se argumenta–, no pretendiéndose reglamentar tráfico interjurisdiccional del fluido ni la compra y ven

(5) En lo que hace al concepto de "función técnica de transporte", en otro caso, la Corte Suprema, por remisión al dictam de la Procuración General de la Nación, adoptó la definición empleada por el art. 1, res. SE 159/1994, al describirla como servicio de vinculación que cumplen las instalaciones eléctricas que forman parte del Sistema Argentino de Interconexi (SADI) o las que están conectadas con éstas o con instalaciones conectadas con estas últimas, sin distinción de las person públicas o privadas a quienes pertenezcan, en cuanto comunican físicamente a vendedores y compradores de energ eléctrica entre sí y con el mercado eléctrico mayorista (MEM)" (conf. "Edelar S.A v. SEyM - res. ENRE 41/2001 - res. 1576/19 –expte. 3638/97–", Fallos 333:1224).

(6) Así, se ha dicho que "De ese modo, es en la voluntad de regular la misma cosa, aunque desde dos puntos de vista extrem y opuestos, donde se producen los conflictos entre lo federal y lo local" (conf. Palacios, Mariano, "La función técnica transporte en el mercado eléctrico. Precisiones en torno a la confirmación de una tendencia jurisprudencial", en RDA 2009-39 en especial, p. 400).

(7) Así, en lo sustancial, art. 121, en tanto dispone que "Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constituci al gobierno federal, y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación". En es sentido, Marienhoff ha señalado que "la jurisdicción para crear un servicio público le corresponderá a la Nación o a las provincia lo que en definitiva dependerá de las modalidades de la pertinente actividad y de la índole de ésta. Por principio, la creaci de un servicio público corresponde a la jurisdicción local o provincial, pues trátase de potestades cuyo ejercicio general no f delegado por las provincias al constituir la unión nacional" (conf. Marienhoff, Miguel S., "Tratado de derecho administrativo t. II, 4ª edición actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 89-90).

(8) Conf. art. 11, párr. 4: "En cuanto a los sistemas eléctricos provinciales, referidos en el art. 35, inc. b de esta ley, com también a los servicios públicos definidos en el párr. 1 del art. 3 de la misma que fueran de jurisdicción local, serán los gobiern provinciales los que resolverán en todo lo referente al otorgamiento de las autorizaciones y concesiones y ejercerán las funcion de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional". Por su parte, el párr. 1 del art. 3 de dicha ley prescribe q "A efectos de la presente ley, denomínase servicio público de electricidad la distribución regular y continua de energía eléctric para atender las necesidades indispensables y generales de electricidad de los usuarios de una colectividad o grupo soci determinado de acuerdo con las regulaciones pertinentes"; y su art. 35 dispone que "Para los efectos de la presente ley s denominan: ...b) sistemas eléctricos provinciales (SEP), las centrales, líneas y redes de jurisdicción provincial".

(9) Conf. art. 85, que dispone que "La presente ley es complementaria de la ley 15336 y tiene su mismo ámbito y autorida de aplicación" y art. 98, que dispone que "Sin perjuicio de la aplicación, según su régimen propio, de las normas de naturalez federal contenidas en la presente ley, invítase a las provincias a adherir al régimen de la presente ley".

de energía que se efectúa a través del MEM sino sólo una actividad "interna" de la provincia, cualquier pretensión de la Nación de regular esa actividad en desmedro de la regulación local resultaría inconstitucional por invadir competencias no delegadas **(10)**. Inclusive, se ha sostenido que, en el peor de los casos, éste constituiría un supuesto de ejercicio de facultades concurrentes entre la Nación y las provincias, de modo tal que el límite de la regulación provincial estaría dado porque ésta, de modo claro y acreditado, colisionara con el comercio interprovincial de energía eléctrica, por ejemplo, si las provincias estableciesen tarifas claramente irrazonables que se apartasen de las pautas generales tarifarias fijadas por la ley 24065 o si no garantizasen el libre acceso a las redes por parte de los usuarios que se lo requiriesen. Fuera de estos supuestos excepcionales, no existiría fundamento alguno para negar las facultades locales de regulación **(11)**. En adición, y como se lo ha señalado, esta forma de considerar la cuestión partiría de la base de entender que el fenómeno del comercio eléctrico es "divisible", de modo tal que resulta posible segmentar el aspecto "interjurisdiccional" –régimen del MEM, su conexión a éste y transacciones que se efectúan en su marco– de aquello que no lo es –prestación del servicio al gran usuario través de las redes de distribución local– **(12)**.

La segunda forma de encarar la cuestión está dada en considerar al mentado servicio –antes que como uno de "distribución", sujeto como principio a la jurisdicción local– como una modalidad de "transporte" de energía eléctrica **(13)**, provisto por un agente del MEM –carácter asignado al que explota la red conectada al sistema interconectado nacional (SADI) con independencia de su calidad de distribuidor local respecto de usuarios finales– en favor de otro agente del mismo mercado –gran usuario– y constitutivo de una suerte de "facilidad esencial" **(14)** que garantizaría la efectividad de las transacciones que, por imperio de la

(10) Sin perjuicio de los matices y las diferencias que existen entre sí, esta posición ha sido sostenida, en lo sustancial, por Cincunegui, Juan Bautista, "Inconstitucionalidad de las res. SEC 61/1992 y 159/1994. La violación de las jurisdicciones provinciales a través de la fijación de la tarifa de peaje aplicada a las distribuidoras con modificación unilateral de las concesiones locales: delimitaciones jurisdiccionales", en Revista del Régimen de la Administración Pública, n. 207, ps. 120 y ss.; Díaz Araujo, Edgardo, "La regulación energética y la jurisdicción nacional y provincial", en AA.VV., "Jornadas jurídicas sobre servicio público de electricidad", Buenos Aires, 8/6/1995 y 9/6/1995, Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Buenos Aires, ps. 132 y 133; Piserchia, Raúl O., "La res. 406/1996 para el reconocimiento de nuevos agentes del Mercado Eléctrico Mayorista", en Revista del Régimen de la Administración Pública, n. 224, ps. 75 y ss.; y Bosch, Juan, "La regulación del peaje en el servicio público de electricidad ¿es una facultad local o federal?", LL 1998-E-843.

(11) Así, ver el fundado trabajo de Bosch, Juan, "La regulación del peaje...", cit., en especial, ps. 849 y ss. La posición de este autor coincide, en parte, con la oportunamente sostenida por Bidart Campos, Germán J., "Jurisdicción federal y provincial en materia electroenergética", ED 54-735 y, de modo general, en materia de "federalismo regulatorio", por Bielsa, Rafael (bajo el seudónimo de Próculo), "Facultades de las provincias para organizar los servicios públicos locales", LL 123-431.

(12) Plantea a éste como el criterio base de esta postura, Palacios, Mariano, "La función técnica...", cit.; en especial, p. 400. Años atrás, quien se manifestó partidario de la "divisibilidad" del sistema eléctrico fue Bidart Campos, Germán J. en "Jurisdicción federal...", cit.

(13) En sustancia, y desde esta perspectiva del análisis del tema, uno de los partidarios de esta posición ha sostenido que la diferencia entre "distribución" y "transporte" reposa en que mientras que en la primera las distribuidoras "compran" energía que la distribuyen a sus usuarios, en la segunda el transportista sólo "transporta" una energía que no la adquiere –es más, según la propia ley 24065 tiene prohibido comprar y vender energía– sino que desde el punto de entrega y hasta el de recepción le pertenece a terceros –en el caso, a grandes usuarios–. De allí que se haya dicho que "...cuando un distribuidor debe prestar la FTT, la electricidad que fluye por sus cables con destino a otro distribuidor o a un gran usuario, no le pertenece, porque no la compró ni la va a vender, sólo la transportará (facilitará sus instalaciones para conducir la electricidad) hasta el destino del comprador. Es decir, que las distribuidoras a sus usuarios comunes les transportan y comercializan energía eléctrica que han comprado en el MEM, mientras que cuando cumplen FTT sólo transportan" (conf. García Cuerva, Mariano I., "Alcances de la jurisdicción federal en materia eléctrica", citado en AA.VV., "Jornadas jurídicas...", cit., p. 143).

(14) Analizar el concepto y el régimen jurídico de las llamadas "facilidades esenciales" supondría tener que internarnos en un ámbito sumamente complejo que excedería el objeto de este comentario. No obstante, en términos generales, podemos decir que en tanto que la energía eléctrica, por razones de índole técnica y económica, no puede ser almacenada ni transportada por otro medio que no sea una infraestructura fija –red–, tal infraestructura constituye una "facilidad esencial" para que pueda el fluido transmitirse desde la central de generación hasta su punto de destino para el consumo. Así, esa infraestructura fija, en definitiva, constituye una "facilidad esencial" para que puedan darse las transacciones entre generadores y grandes usuarios cuya realización la ley 24065 garantiza en condiciones de "mercado". En este sentido, se ha dicho que "Estas instalaciones reúnen casi siempre las características de un monopolio natural, entendiendo por tal aquella situación en que una sola empresa puede producir el *output* deseado a menor coste que cualquier combinación de dos o más empresas. Pues bien, hay que reconocerles a los operadores el derecho de acceso a las redes que es el derecho de acceso al mercado. La efectividad de dicho acceso determinará la competencia real en la oferta de servicios. Por ello, la asignación de los derechos de acceso y sus condiciones han de quedar definidos con toda precisión en la regulación. Se pueden dejar a la inicial negociación bilateral algunos extremos (por ejemplo, fijación del peaje por pacto entre las partes), pero si el acuerdo no llega, deben establecerse

citada ley 24065, pueden realizar generadores y grandes usuarios en el MEM **(15)**.

Así, bajo esta concepción, no se trataría de regular una actividad "interna" de las provincias sino una actividad de suyo "interjurisdiccional" como lo es el tránsito de la energía que ha sido adquirida en el MEM, mercado "ideal", integrado y "deslocalizado" territorialmente; razón por la cual, a la luz de expresas disposiciones constitucionales **(16)**, la competencia regulatoria le corresponde al gobierno federal **(17)**. A diferencia de la otra postura, ésta reposa en considerar al MEM como un todo integral del cual la FTT es sólo una parte accesoria **(18)**.

Como no es difícil de advertir, mientras que algun normativas locales claramente adscribieron a la prim ra de las posturas enunciadas, desconociendo las r gulaciones federales y procediendo, incluso, a establ cer las tarifas de peaje en los respectivos contrat provinciales de concesión de distribución, el gobier federal adscribió a la segunda de las posturas, regula do –si bien de modo evolutivo en el tiempo– por int medio de la Secretaría de Energía las condiciones la FTT y sus tarifas como una prestación "adicional" diferente de la "distribución" y el ENRE arrogándo competencia tanto para resolver las controversias q sobre este tópico se derivaban entre distribuidores pr vinciales y grandes usuarios como para aplicar sanci

reglas claras y una decisión rápida y ejecutiva que obligue a todos" (conf. López de Castro García-Morato, Lucía y Ariño Or Gaspar, "La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas", 2ª edición ampliada, E Fundación Estudios de Regulación-Comares, Granada, 2003, p. 24. Respecto de la amplia temática que engloba el terr puede consultarse el completo estudio de Villar Rojas, Francisco, "Las instalaciones esenciales para la competencia. Un estud de derecho público económico", Ed. Estudios de Regulación-Comares, Granada, 2004. En la doctrina nacional, conf. Mas mino, Leonardo, "La regulación y la competencia de los servicios públicos (en especial en el sector energía). Situación actua en Comadira, Julio Pablo e Ivanega, Miriam M., "Derecho administrativo. Libro en homenaje al profesor doctor Julio Rodo Comadira", Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2009, ps. 1006 y ss., y Aguilar Valdez, Oscar R., "Competencia y regulación económic Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio", en AA.VV., "Servicio público, policía y fomento", jornadas organizad por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ed. RAP, Buenos Aires, 2004, ps. 111 y ss.

(15) Conf. art. 6: "Los generadores podrán celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuario Dichos contratos serán libremente negociados entre las partes" y art. 10: "Se considera gran usuario a quien contrata, forma independiente y para consumo propio, su abastecimiento de energía eléctrica con el generador y/o el distribuidor. reglamentación establecerá los módulos de potencia y de energía y demás parámetros técnicos que lo caracterizan".

(16) En lo sustancial, se invocan los siguientes incisos del art. 75, CN, que dispone que corresponde al Congreso: inc. 1 "Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí"; inc. 18: "Proveer lo conducente a la prosperid del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción gene y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonizaci de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjer y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios recompensas de estímulo", e inc. 30: "Ejercer una legislación exclusiva en el territorio de la capital de la Nación y dictar legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de los establecimientos de utilidad nacional en el territor de la República. Las autoridades provinciales y municipales conservarán los poderes de policía e imposición sobre est establecimientos, en tanto no interfieran en el cumplimiento de aquellos fines".

(17) Más allá de los importantes matices que rodean las posiciones de cada uno de los autores, en lo sustancial esta postu ha sido sostenida, por ejemplo, por García Cuerva, Mariano I., "Alcances de la jurisdicción...", cit.; ps. 135 y ss.; Lorenti, Ped M., "Aproximación al régimen jurídico del sector eléctrico en la República Argentina y a sus fuentes en el derecho comparado en Revista del Régimen de la Administración Pública, n. 227, ps. 83 y ss.; Guerrero, Alejandro O., "La jurisdicción en mater eléctrica. A propósito del llamado peaje eléctrico", en Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, RDA 1999-157 y ss.; Buzzo, Fernanc M. A., "El régimen federal de la energía eléctrica (Algunas consideraciones sobre aspectos parciales)", en "Régimen federal c la energía eléctrica", serie de textos actualizados, con doctrina y jurisprudencia, LLBA, 2002, ps. 102 y ss.; y Maxit, Mari "Las idas y venidas de la tarifa aplicable a la función técnica de transporte", en RAP, ps. 51 y ss., n. 308. También parece adherir a esta postura, Sobre Casas, Roberto F., "Los contratos en el mercado eléctrico", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalm Buenos Aires, 2003, p. 283; Barreiro, Rubén A., "Derecho de la energía eléctrica. Dinámica legal, derechos y obligaciones d usuario", Ed. Ábaco de Rodolfo Depalma, Buenos Aires, 2002, p. 926; y Ricciardi, Darío A., "Competencias constitucionale en materia regulatoria y ambiental de los servicios públicos interjurisdiccionales. En particular, el servicio de energía eléctrica en Comadira, Julio R. e Ivanega, Miriam M., "Derecho administrativo...", cit., ps. 1018-1019.

(18) Así, Palacios, Mariano, "La función técnica...", cit. Ya con anterioridad a la reestructuración del sector por la ley 2406 la postura que propugnaba la imposibilidad de segmentar el fenómeno eléctrico interconectado –que contradecía la esgrimid por Bidart Campos– fue sostenida por Dromi, José R., "Derecho administrativo económico", t. II, Ed. Astrea, Buenc Aires, 1979, ps. 126-127. Más cercano en el tiempo, Reiriz también participó de esta posición, conf. Reiriz, María Graciel "La jurisdicción nacional en el sector eléctrico", citado en AA.VV., "Jornadas jurídicas...", cit., ps. 178-179.

nes a tales distribuidores por infracción a las condiciones de prestación de este servicio fijadas en la órbita federal **(19)**.

III. EL CASO Y LAS POSTURAS SOSTENIDAS EN LA CAUSA POR LOS CONTENDIENTES

En el caso bajo análisis, una de las empresas distribuidoras de energía eléctrica de la provincia de Buenos Aires –Empresa Distribuidora de Energía Norte SA (EDEN)– planteó judicialmente la nulidad de la res. ENRE 671/1999 **(20)**, mediante la cual ese organismo resolvió una controversia producida entre EDEN y el Gran Usuario Productos de Maíz SA, respecto de la tarifa de peaje que esta última debía pagarle a EDEN por el uso de sus redes de distribución por la prestación de la FTT. Al resolver la controversia, el ENRE determinó, a través de la mencionada res. 671/1999, que correspondía aplicar al gran usuario la tarifa aprobada por res. SEyT 406/1996 **(21)**.

La línea argumental desarrollada por EDEN –y también por la provincia de Buenos Aires, quien intervino como tercero en el juicio en razón de la citación requerida por EDEN– se basaba, en lo sustancial, en que ambas empresas desarrollan su actividad dentro de la jurisdicción de la provincia de Buenos Aires y que, por lo tanto, la cuestión debía ser resuelta por el órgano provincial competente –Organismo de Control de la Energía de Buenos Aires (OCEBA)– y bajo normas y tarifas reguladas por la normativa local (Constitución provincial, ley provincial 11769 y su dec. reglamentario 1208/1997, contrato de concesión de EDEN y res. OCEBA 123/1999). Con base en esta normativa, se argumentó, la provincia hizo los cálculos tarifarios sobre la base de valores económicos de su jurisdicción que, por su propia naturaleza, son ajenos a los de otras jurisdicciones, sancionando así su propio régimen regulatorio.

Por su parte, el ENRE y Productos de Maíz –que intervinieron como demandados– y el Estado nacional –que intervino como tercero en razón de la citación formulada por el ENRE– **(22)** fundaron sus intervenciones en que corresponde a la jurisdicción nacional todo lo que se refiere a las transacciones de carácter interprovincial efectuadas en el MEM, en el carácter de establecimiento de utilidad nacional (art. 75, inc. 30, CN) que reviste dicho mercado, en la "cláusula del progreso" (art. 75, inc. 18, CN) y por tratarse de comercio interjurisdiccional (art. 75, inc. 13, CN). Dicha "interjurisdiccionalidad", afirmaron, se mantiene aun si el comprador y el vendedor se encuentran localizados dentro de una misma provincia, porque para que la FTT pueda llevarse a cabo, las instalaciones quedan funcionalmente sometidas a la jurisdicción nacional.

Como se puede observar, las posturas esgrimidas por los contendientes, en lo sustancial, reflejan una y otra de las dos posiciones que sobre el particular se han sostenido en la materia.

IV. EL FALLO DE LA CORTE Y SUS PRINCIPALES FUNDAMENTOS

La Corte, que intervino en instancia originaria en razón de la declaración de incompetencia decidida por la sala 4ª de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal al disponerse la intervención de la provincia de Buenos Aires y del Estado nacional **(23)**, rechazó el planteo interpuesto por EDEN. Para así resolver, el tribunal consideró que correspondía aplicar al caso la normativa de carácter federal.

Consecuentemente, decidió, en primer lugar, que el ENRE era competente para resolver el conflicto entre EDEN y el Gran Usuario Productos de Maíz, por aplicación de los arts. 25 **(24)** y 72 **(25)**, ley 24065. Bajo tales disposiciones y constatando que tanto EDEN –en su calidad de continuadora de ESEBA– como Productos de Maíz SA –en su carácter de gran usuario– revestían la calidad de "agentes" del MEM atribuida por sendas resoluciones de la Secretaría de Energía de la Nación **(26)**, manifestó la Corte, *siempre que las partes sean sujetos del MEM y su vínculo se origine en una operación celebrada en ese mercado*, corresponde que *cualquier contienda que se suscite entre ellos deba ser resuelta por el ENRE, careciendo de importancia a tal efecto la circunstancia de que las redes por donde desarrolla la función técnica del transporte pertenecan al sistema eléctrico provincial* **(27)**.

En segundo lugar, y en relación con la aplicación de l tarifas de peaje, la Corte afirmó que deben aplicar las normas federales que regulan las condiciones prestación de la FTT y no las tarifas aprobadas por l autoridades locales –OCEBA–. Ello, de acuerdo con l siguientes argumentos:

a) Una arraigada doctrina establece que lo atinen al régimen de la energía eléctrica se inscribe en marco regulatorio federal incorporado al concepto abcativo que supone la interpretación del art. 75, inc. 1 CN **(28)**. Bajo esa inteligencia –continúa la Corte–, Congreso dictó las leyes 15336 y 24065, en el ejcicio de su competencia para legislar sobre la planicación, las pautas generales y la ordenación de la plítica energética. Esas facultades, afirma, inspiran régimen legal vigente **(29)**.

b) La prestación del servicio público eléctrico es incorporada no sólo en la expresión "comercio" d art. 75, inc. 13, CN, sino también en los incs. 1 (cláusula del progreso) y 30 (establecimientos de uti dad nacional) de ese artículo **(30)**.

c) La sujeción a las citadas disposiciones constitucinales justifican el sometimiento a la jurisdicción nacinal de los contratos ejecutados a través del sistem argentino de interconexión, así como también aquellc que se realizan por medio de la actuación de quiene operan en el mercado nacional, ya que se encuentr involucrado el comercio federal de energía **(31)**.

(19) Sobre las diferentes regulaciones locales y federales de la cuestión, véase Palacios, Mariano, "La función técnica...", cit., ps. 391-400. Señala este autor que pueden encontrarse tres períodos diferenciados en la regulación federal de la FTT por parte de la Secretaría de Energía: el primero, que abarca las regulaciones dictadas entre 1994 y 1996, durante el cual la Secretaría de Energía colocó a la FTT bajo su regulación exclusiva; el segundo, que abarca las regulaciones dictadas entre 1997 y 1998, durante el cual la citada autoridad entendió que la regulación federal constituía un límite a la jurisdicción federal y, finalmente, el tercero, que abarca las regulaciones dictadas entre los años 2003 y 2006, durante el cual para adquirir valor las regulaciones locales de la FTT deben obtener una suerte de *exequatur* de la Secretaría de Energía de la Nación; conf. Palacios, Mariano, "La función técnica...", cit., p. 400. En lo que hace a la competencia del ENRE para entender en estos conflictos, el *leading case* en la materia lo constituye el conocido caso "Kleppe S.A", donde el ente resolvió un conflicto por "doble facturación" surgido entre dicho gran usuario –quien había celebrado un contrato a término con la generadora Central Térmica Alto Valle SA, a cuyo amparo le había adquirido el fluido– y la empresa distribuidora de energía de la provincia de Río Negro; conf. res. ENRE 189/1994, Boletín Oficial 28.033, del 6/12/1994, ps. 2-4 y confirmada por res. ENRE 59/1995; Boletín Oficial 28.117, 4/4/1995, p. 30. Ambas resoluciones se encuentran disponibles en www.enre.gov.ar.

(20) Emitida el 19/5/1999, no publicada en el Boletín Oficial pero disponible en www.enre.gov.ar.

(21) Boletín Oficial 28.434, 12/7/1996, ps. 8-18; disponible en www.enre.gov.ar.

(22) Si bien escapa al objeto de este comentario, resulta de interés señalar que, en el caso, tratándose de la revisión judicial de un acto "jurisdiccional" del ENRE, y a pesar de que el ente había requerido que sólo se lo tuviera como "tercero interesado" mas no como parte demandada en razón, adujo, de que había actuado en ejercicio de la apuntada función "jurisdiccional", el tribunal le asignó a este organismo, en conjunto con Productos de Maíz SA, la calidad de "parte demandada" –conf. en especial, el planteo del ENRE al que se alude en el cap. III del "Vistos" del fallo en comentario y la resolución interlocutoria del 29/11/2005 dictada en la causa donde se menciona a ambos sujetos como "partes demandadas" y disponible en www.csjn.gov.ar/consultaexp/documentos/cfal3/ver_fallos.jsp–. Así las cosas, parecería ser que la Corte Suprema habría adoptado, en el caso, una definición respecto del problemático tema relativo al rol procesal que tienen que investir, en ocasión de la revisión judicial de actos "jurisdiccionales", tanto el ente regulador como la "contraparte" en el conflicto regulatorio. La efectiva solución adoptada resulta conforme a la postura que sostuviera uno de los autores de este comentario en otras oportunidades; conf. Aguilar Valdez, Oscar R., "Acerca de las partes demandadas en los procesos de revisión judicial de la actividad jurisdiccional de los entes reguladores de servicios públicos nacionales", en Cassagne, Juan Carlos (dir.), "Derecho procesal administrativo", vol. II, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2004, ps. 1055 y ss.; reiterada más recientemente en "Las partes en el proceso administrativo", en Tawil, Guido S. (dir.), "Proceso administrativo", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires (en prensa).

(23) Véase la resolución del tribunal del 12/2/2002 que, por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nació dispuso que correspondía su intervención en instancia originaria, en www.csjn.gov.ar/consultaexp/documentos/cfal3 ver_fallos.jsp.

(24) Art. 25, ley 24065: "Quien requiera un servicio de suministro eléctrico de un distribuidor o acceso a la capacidad c transporte de un transportista o distribuidor y no llegue a un acuerdo sobre las condiciones del servicio requerido, podrá solicita la intervención del ente el que, escuchando también a la otra parte, resolverá el diferendo, debiendo tener, a tales efecto como objetivo fundamental el asegurar el abastecimiento".

(25) Art. 72, ley 24065: "Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuario con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previ y obligatoria a la jurisdicción del ente".

(26) Véase en consid. 3 las referencias al reconocimiento de ambas empresas como agentes del MEM.

(27) Ver consids. 3 y 4.

(28) La Corte cita al respecto el caso "Hidroeléctrica El Chocón S.A v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa", 1/7/199 (Fallos 320:1302).

(29) Ver consid. 6.

(30) Ver consid. 9.

(31) Ver consid. 9.

d) La sujeción al régimen federal de los contratos celebrados con grandes usuarios cuando se ejecutan a través del SADI se justifica por cuanto esa ejecución supone emplear las instalaciones de transmisión y transformación que integran el sistema **(32)**.

e) Ya la ley 15336 sujetó a sus disposiciones las actividades destinadas a la generación, la transformación y la transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto éstas correspondan a la jurisdicción nacional (art. 1), resultando tal jurisdicción cuando, entre otros supuestos, se destinen a servir el comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra o cuando en cualquier punto del país integren la Red Nacional de Interconexión (art. 6, incs. b y e) **(33)**.

f) La ley 24065 calificó como servicio público no sólo la distribución sino también el transporte del fluido y considera actores reconocidos del mercado eléctrico a los generadores o productores, a los transportistas, a los distribuidores e introduce, en lo que al caso interesa, a los grandes usuarios **(34)**.

g) La reglamentación federal establece que los grandes usuarios están sujetos a jurisdicción nacional cuando sus contratos de compraventa de energía con los generadores se ejecuten a través del sistema argentino de interconexión (art. 10 del Anexo I del dec. 1398/1992, modificado por el dec. 186/1995) y, consecuentemente, cualquiera que sea su "ubicación", éstos pueden realizar sus transacciones en el MEM, debiendo actuar conforme a las normas dictadas por la Secretaría de Energía de la Nación (art. 6, dec. 186/1995) **(35)**.

h) La fijación por parte de la autoridad nacional de la tarifa de la FTT para casos como el de autos no implica un avance sobre las potestades de las provincias para regular los servicios públicos locales, sino el ejercicio de una potestad propia orientada a reglar "en forma homogénea" el comercio interjurisdiccional de la electricidad **(36)**.

i) Aun cuando un examen en forma aislada de la relación distribuidora-gran usuario podría permitir calificar la prestación de FTT como una actividad de la provincia, lo cierto es que ella tiene un vínculo tan íntimo y fundamental con el sistema, que el control de éste requiere el de aquélla para ser en realidad efectivo y lograr la operativa vigencia del sistema legal que rige la situación planteada **(37)**.

j) No resultan atendibles los argumentos de la impugnante acerca de los alcances de su adhesión a la ley 24065, por cuanto pretender la inaplicabilidad de la ley y sus normas complementarias en el caso *sub examine*, en cuanto interesa al régimen federal de la energía, resulta exorbitante respecto de las potestades propias del Estado provincial **(38)**.

V. LOS ALCANCES DEL FALLO

a) Sobre los criterios para determinar la competencia "jurisdiccional" del ENRE

En lo que respecta a la competencia del ENRE para resolver una controversia de esta especie, la Corte adoptó el criterio que ya había insinuado en otros precedentes y en función del cual dos son los aspectos que corresponde que, simultáneamente, se verifiquen en la contienda, uno de carácter subjetivo y otro de carácter objetivo o material denominado la "materia en disputa".

En lo que hace al elemento de carácter subjetivo, éste consiste en que ambos contendientes sean "agentes" del MEM **(39)**. Esta exigencia resulta de toda lógica en tanto que, bajo la ley 24065 y su reglamentación, sólo revistiendo tal calidad reconocida por la Secretaría de Energía, pueden los actores de la industria participar en las diferentes actividades que subyacen en las transacciones que se realizan en dicho mercado federal **(40)**. Paralelamente, la ausencia de esta

(32) Ver consid. 10.
(33) Ver consid. 7.
(34) Ver consid. 8.
(35) Ver consid. 8.
(36) Ver consid. 11.
(37) Ver consid. 11.
(38) Ver consid. 11.
(39) Ver, así, consids. 3 y 4.
(40) Véase, por ej., "Edersa v. Turbine Power Co. S.A s/contencioso administrativo", del 9/11/2004 (Fallos 327:4869).

calidad –por ejemplo, en el caso de usuarios "domiciliarios"–, si la distribuidora es provincial y el usuario se encuentra dentro de la zona de prestación de su servicio, la controversia debe ser resuelta por los entes locales, y si la distribuidora es nacional, no resulta obligatorio someterla a la previa intervención del ENRE sino que ella –en tanto y en cuanto deba ser resuelta por aplicación del régimen estatutario del servicio público **(41)**– sólo surte en razón de la libre elección del usuario servido por tal distribuidora. Por otra parte, el recaudo en cuestión diferencia la competencia "jurisdiccional" del ENRE de la de otros entes reguladores como, por ejemplo, el Enargas, en donde ella –en razón de la diferente estructuración que ha tenido la industria gasífera respecto de la eléctrica– surte obligatoriamente para toda clase usuarios y aun respecto de "terceros interesados" ubicados en cualquier lugar de todo el territorio nacional **(42)**.

En lo que hace al elemento de carácter objetivo o material, ya hemos recordado que en "Ángel Estrada" se exigió que la controversia versara sobre la "aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad, para cuya administración fue especialmente creado el ente respectivo" **(43)**. Por su parte, en materia de conflictos entre distribuidores provinciales y grandes usuarios suscitados con motivo de la prestación de la FTT, el tribunal ha sostenido que este requisito se satisface cuando lo controvertido fueran *las condiciones en que se presta el servicio técnico de transporte* **(44)**, lo que incluye tanto el deber de cumplir con la calidad del servic como las sanciones que una conducta en contra puede acarrear **(45)**. También en otro precedente –do de se debatía la revisión judicial del acto "jurisdiccion del ENRE que había resuelto un conflicto entre EDEN otro gran usuario disponiendo la aplicabilidad de la t rifa de FTT aprobada por la Secretaría de Energía– afirmó que surtía la competencia del ENRE *en la m dida en que las relaciones entre ellos afecten el corre to funcionamiento del servicio de energía eléctrica* **(46)** En todos esos precedentes, además, el tribunal hab concluido que, por tales razones, resultaba irrelevan que las redes por donde se prestaba el servicio de F pertenecieses al sistema eléctrico provincial.

Ahora bien, en el caso en comentario, el tribunal co sideró que esta exigencia material se presenta en medida en que el *vínculo que* media entre los conte dientes *se origine en una operación celebrada en MEM*. No queda claro si para la Corte la "operació celebrada en el MEM" que origina el "vínculo" entre la partes es la propia prestación de la FTT o la operació de compraventa de energía efectuada por el gran usua rio en dicho mercado, cuyo fluido transita por las rede de la distribuidora. Pero cualquiera que haya sido entendimiento del tribunal, lo cierto es que, con t consideración, la Corte ha pretendido reforzar la com petencia "jurisdiccional" del ENRE en contiendas d esta especie. Tanto resulta, a nuestro juicio, esto a que concluye con una afirmación categórica, cual e que *cualquier contienda* que se suscite entre un distr

(41) Conf. "Ángel Estrada y Cía. S.A v. res. 71/1996 - Sec. Ener. y Puertos (expte. 750-002119/96)", del 5/4/200 (Fallos 328:651).
(42) Conf. art. 66, ley 24076, que, en lo pertinente, dispone que "Toda controversia que se suscite entre los sujetos de est ley, así como con todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, con motivo de los servicios de captación tratamiento, transporte, almacenamiento, distribución y comercialización de gas, deberán ser sometidas en forma previa obligatoria a la jurisdicción del ente".
(43) Conf. voto de la mayoría, consid. 16, párr. 3. En materia de conflictos entre "agentes" del MEM, pocos meses antes d que el tribunal fallara en "Ángel Estrada", se resolvió, por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación –y pesar de que el art. 89, ley 24065, dispuso que la compra y venta de energía eléctrica entre una central y el ente administrativ o el concesionario que preste el servicio público se "reputarán actos comerciales de carácter privado en cuanto no comporte desmedro a las disposiciones de la presente ley"– de que la demanda tendiente a obtener la modificación de un contrato d abastecimiento celebrado entre la Empresa de Energía de Río Negro SA y la generadora Turbine Power Co. SA, debía se resuelta por el ENRE en ejercicio de su competencia "jurisdiccional" y no por la justicia local (conf. "EDERSA v. Turbine Powe Co. S.A s/contencioso administrativo" del 9/11/2004 –Fallos 327:4869–).
(44) Conf. "Empresa Distribuidora de San Luis S.A v. Ente Nacional Regulador de la Electricidad", del 24/10/200 (Fallos 329:4438; "Edelar S.A v. SEyM - res. 41/01 ENRE - res. 1576/1998 (expte. 3638/97)", del 3/8/2010 y "Edesal S.A v. res. ENRE 472/2001 y res. SE 716/2005 y otros", del 21/9/2010.
(45) Conf. "Empresa Distribuidora de San Luis S.A v. Ente Nacional Regulador de la Electricidad", del 24/8/2006 (Fallos 329:4438 y "Edesal S.A v. res. ENRE 472/2001 y res. SE 716/2005 y otros", del 21/9/2010.
(46) Conf. "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa E.394 XLI, 'Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A s/res. ENRE 707/1998' y por el organismo de control de la energía de Buenos Aires en la causa E.397 XLI 'EDEN S.A s/res. ENRE 707/1998'", del 18/12/2007 (Fallos 330:5257).

buidor y un gran usuario vinculados de la forma antedicha *debe* ser resuelta por el ENRE **(47)**. De esta forma, de los categóricos términos utilizados, cuando se trate de conflictos entre distribuidores y grandes usuarios cuyo vínculo se origine en una operación celebrada en el MEM, no parece que pueda haber contienda alguna que pueda escapar a la competencia "jurisdiccional" del ENRE. En definitiva, un mensaje claro para el ENRE y para los agentes del MEM –especialmente para las distribuidoras locales que prestan FTT– realizado por el Máximo Tribunal con el fin de poner un punto final a cuestionamientos de la competencia del ente en conflictos de esta naturaleza.

b) Sobre la validez de la regulación federal de la FTT

La sentencia que comentamos –con las lógicas limitaciones que plantea la decisión de un "caso" concreto– parece proponerse cerrar uno de los mayores conflictos que, en materia de "federalismo regulatorio", se han generado en la industria desde los inicios de la vigencia del marco regulatorio eléctrico conformado por las leyes 15336, 24065 y demás normativa complementaria. Al pronunciarse sobre la potestad federal para regular las tarifas de la FTT prestada por un distribuidor provincial a un gran usuario, sigue aquí la Corte la tendencia "centrípeta" ya adoptada en sucesivos precedentes dictados en materia de distribución de competencias entre las provincias y la Nación respecto de los distintos segmentos de la industria eléctrica.

En efecto, si bien la Corte ha señalado que "existen en la ley sistemas eléctricos de carácter federal, otros provinciales y una Red Nacional de Interconexión integrada por los servicios nacionales interconectados" **(48)**, en numerosos fallos ha resuelto, entre otras cuestiones, que:

a) el marco regulatorio eléctrico es de naturaleza federal **(49)**;

b) dicha regulación queda subsumida en la expresión "comercio" del art. 75, inc. 13, CN, así como también en los incs. 18 y 30 de ese artículo **(50)**;

c) dadas las peculiaridades que presenta la actividad de generación, transporte y consumo de energía eléctrica, en materia de competencias para regular dichas actividades, no corresponde aceptar el criterio puramente territorial, pues esta única condición no faculta a ejercer esa potestad en tanto los Estados provinciales no pueden invocar la titularidad territorial para poner trabas de índole alguna a las actividades que, en su esencia, se vinculan al tráfico interprovincial e internacional de energía **(51)**;

d) la jurisdicción federal prevalece sobre las facultades impositivas provinciales en tanto interfieran con el servicio público sujeto al régimen regulatorio federal **(52)**;

e) los grandes usuarios tienen el derecho a ser reconocidos como agentes del MEM y, consecuentemente, a operar bajo la normativa dictada por las autoridades nacionales **(53)**;

f) la regulación federal garantiza tanto a los generadores como a los grandes usuarios a realizar entre sí transacciones en el MEM sin que la potestad tributaria local

(47) Ver, así, consid. 4, párr. 3.
(48) Conf. "Provincia de Buenos Aires v. Estado Nacional", del 5/12/2000 (Fallos 323:3949).
(49) Conf. "Hidroeléctrica El Chocón S.A v. Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa", del 1/7/1997 (Fallos 320:1302); "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (Agueera) v. Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa", del 19/8/1999 (Fallos 322:1781); "Ente Regulador de la Electricidad de la Provincia de Santiago del Estero v. res. 535/976 - 1108/1997 ENRE y otro", del 14/3/2006 (Fallos 329:595).
(50) Conf. "Líneas de Transmisión del Litoral S.A v. Corrientes, Provincia de s/acción declarativa", del 18/11/1999 (Fallos 322:2863); "Empresa Distribuidora Sur S.A v. Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa", del 26/10/1999; "Empresa Distribuidora y Comercializadora Norte S.A v. Municipalidad de Rodríguez", del 5/10/1999 (Fallos 322:2331) y "Provincia de Buenos Aires v. Estado Nacional", del 5/12/2000 (Fallos 323:3949).
(51) Conf. "Ente Regulador de la Electricidad de la Provincia de Santiago del Estero v. Res. 535/976 - 1108/1997 - ENRE y otro" ,del 14/3/2006 (Fallos 329:595).
(52) Conf. "Empresa Distribuidora Sur S.A v. Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa", del 26/10/1999 (Fallos 322:2624), "Hidroeléctrica El Chocón S.A v. Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa", cit.; "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (Agueera) v. Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa", cit.; "Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener v. Provincia del Neuquén s/acción declarativa", del 16/4/2002.
(53) Conf. "Provincia de Buenos Aires v. Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos s/acción declarativa", del 5/12/2000 (Fallos 323:3949).

pueda ser utilizada para distorsionar las reglas de juego competitivo de ese mercado en beneficio de empresas distribuidoras locales **(54)**;

g) la jurisdicción federal sobre obras de transporte de energía eléctrica en alta tensión prevalece sobre las legítimas facultades ambientales provinciales, dado que el ejercicio de tales facultades no puede interferir en la satisfacción de un interés público nacional **(55)**;

h) las instalaciones de transporte de energía eléctrica, aun cuando se desarrollen íntegramente dentro del territorio de una sola provincia, están sujetas a jurisdicción federal si están interconectadas al MEM, formando parte del sistema interconectado nacional **(56)**;

i) la ley 15336 permite someter la distribución a la jurisdicción nacional "cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación" **(57)**;

j) la mera adhesión provincial a los principios tarifarios contenidos en el marco regulatorio nacional no puede ser invocada como mecanismo apto para justificar el no sometimiento de ésta al régimen federal, puesto que ello escapa a las potestades locales **(58)**.

En lo específicamente vinculado con el servicio de FTT el tribunal tiene resuelto que:

a) las normas que regulan la FTT son de índole federal **(59)**;

b) los incs. 12, 18 y 30, art. 75, CN, justifican el sometimiento a la jurisdicción federal de los contratos ejecutados a través del SADI, así como también por medio de la actuación de quienes operan en el mercado nacional, ya que se encuentra involucrado el comercio federal de energía **(60)**;

c) los contratos celebrados por los grandes usuarios cuando se ejecutan a través del SADI se encuentran sometidos a la regulación federal por cuanto esa ejecución supone emplear las instalaciones de transmisión y transformación que integran el sistema **(61)**;

d) todo gran usuario, cualquiera que sea su ubicación territorial, en cuanto contrata su abastecimiento con un generador en el MEM para ser ejecutado a través de SADI, está sometido a la jurisdicción federal y, como cualquier otro agente de ese mercado, debe actuar de conformidad con las normas dictadas por la Secretaría de Energía **(62)**;

(54) Conf. "Hidroeléctrica El Chocón S.A v. Provincia de Buenos Aires s/acción declarativa", del 1/7/1997 (Fallos 320:1302 "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (Agueera) v. Provincia de Buenos Aires s/acció declarativa", del 19/10/1999 (Fallos 322:1781); "Bruno, Juan Carlos v. Provincia de Buenos Aires s/acción de inconstituci nalidad", del 6/10/2009 (Fallos 332:2250); "Unilever de Argentina S.A v. Provincia de Buenos Aires s/repetición - inconstitu cionalidad", del 6/10/2009, entre otros.
(55) Conf. "Líneas de Transmisión del Litoral S.A v. Provincia de Corrientes s/acción declarativa", cit.
(56) Conf. "Ente Regulador de la Electricidad de la Provincia de Santiago del Estero v. res. 535/976 - 1108/1997 - ENRE otro", cit. En su consid. 7, la Corte señaló que "la línea que se examinaba en autos, aun cuando la totalidad de su recorrid se desarrollase dentro del territorio de la provincia de Santiago del Estero, debía sujetarse a la jurisdicción nacional. En efecto en tanto aquella línea operara en una tensión de 132 kV e iniciara su recorrido en la estación transformadora Santiago Centr –instalación ésta que pertenece en propiedad a la transportista por distribución troncal Transnoa S.A y forma parte del Sistem Argentino de Interconexión– vinculando eléctricamente a dicha estación transformadora con las instalaciones que la distribuidor provincial posee en las localidades de Suncho Corral, Añatuya, Bandera y Quimilí, conforma una interconexión que integrab el Sistema Argentino de Interconexión y que, en cuanto tal, debía quedar sometida a la jurisdicción federal".
(57) Conf. "Provincia de Buenos Aires v. Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos s/acción declarativa", d 5/12/2000 (Fallos 323:3949).
(58) Conf. "Provincia de Buenos Aires v. Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos s/acción declarativa del 5/12/2000 (Fallos 323:3949).
(59) Conf. "Empresa Distribuidora de San Luis S.A v. Ente Nacional Regulador de la Electricidad", del 24/10/200 (Fallos 329:4438; "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa E.394 XLI", "Empresa Distribuidora de Energ Norte S.A s/res. ENRE 707/1998" y por el Organismo de Control de la Energía de Buenos Aires en la causa E.397 XLI "EDE S.A s/res. ENRE 707/1998", del 18/12/2007 (Fallos 330:5257; "Edelar S.A v. S. E. y M. res. ENRE 41/2001 - res. 1576/199 (expte. 3638/97)", del 3/8/2010 (Fallos 333:1224) y "Edesal S.A v. res. ENRE 472/2001 y res. SE 716/2005 y otros del 21/9/2010.
(60) "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa E.394 XLI, 'Empresa Distribuidora de Energía Norte S. s/res. ENRE 707/1998' y por el Organismo de Control de la Energía de Buenos Aires en la causa E.397 XLI 'EDEN S.A s/re ENRE 707/1998'", del 18/12/2007 (Fallos 330:5257).
(61) Conf. "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa E.394 XLI, 'Empresa Distribuidora de Energía Norte S. s/res. ENRE 707/1998' y por el Organismo de Control de la Energía de Buenos Aires en la causa E.397 XLI 'EDEN S.A s/re ENRE 707/1998'", del 18/12/2007 (Fallos 330:5257).
(62) Conf. "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa E.394 XLI, 'Empresa Distribuidora de Energía Norte S.

e) las distribuidoras transportan y comercializan a sus usuarios comunes energía eléctrica que han comprado en el MEM, mientras que cuando prestan la FTT, sólo transportan. En tanto y en cuanto cumplen con esa función, lo hacen exclusivamente sobre la base del funcionamiento del mercado mayorista e independientemente de sus funciones de distribuidor local, debiendo sujetarse necesariamente a todas sus normas y reglamentaciones, ya que están actuando en un ámbito estrictamente federal **(63)**;

f) las faltas en las que incurre la distribuidora local en la prestación de la FTT se rigen por las disposiciones federales **(64)**;

g) sólo en tanto que la regulación federal no contemple el cobro de recargos por exceso de la capacidad de suministro junto con el cobro de la FTT, el caso puede ser resuelto por las previsiones del contrato provincial de distribución provincial **(65)**;

h) la circunstancia que una provincia hubiese adherido sólo a los principios tarifarios de la ley federal no puede fundar la inaplicabilidad de la ley y sus normas complementarias –en el caso, las que regulan las tarifas de FTT–; ello, en tanto que, interesando éstas al régimen federal de la energía, lo pretendido resulta exorbitante respecto de las potestades propias del Estado provincial **(66)**.

En el caso, el tribunal ha resuelto sobre la validez de las normas federales –res. SEyT 406/1996 y su antecedente, res. SE 159– que regulaban las tarifas, la calidad del servicio y la obligación de expansión de los sistemas de distribución provinciales, en tanto se destinen a la prestación de la FTT a grandes usuarios. Para ello, descartó la aplicación de las tarifas fijadas por la autoridad provincial.

Basta cotejar las pautas jurisprudenciales mencionadas en este capítulo con los argumentos utilizados por la Corte para resolver el caso y que hemos reseñado en el cap. IV anterior, para reafirmar que el tribunal, recurriendo a la mayor parte de las citadas pautas, ha pretendido zanjar definitivamente la cuestión consolidando la *exclusividad* de la regulación federal sobre la FTT.

Cabe advertir que el tribunal también ha pretendido reforzar la solución arribada. En efecto, dos son las consideraciones que se adicionan en el caso y ambas están claramente dirigidas a responder el interrogante con el que encabezamos este comentario: la regulación de la FTT no constituye una regulación de la distribución local de energía sino algo diferente, la regulación del MEM.

En primer lugar, reviste relevancia lo afirmado respecto de que "La fijación por parte de la autoridad nacional de la tarifa de la función técnica de transporte para casos como el de autos no implica un avance sobre las potestades de las provincias para regular los servicios públicos locales, sino el ejercicio de una *potestad propia* orientada a reglar en *forma homogénea* el comercio interjurisdiccional de la electricidad" **(67)**. En definitiva, se asume que el MEM –en tanto que mercado único nacional cuya efectividad reposa en una red física interconectada sobre la que transita el fluido objeto de transacción– no puede tener regulaciones heterogéneas **(68)**. Podrá seguir discutiéndose, como se lo ha hecho desde hace décadas, desde el punto de vista

s/res. ENRE 707/1998' y por el Organismo de Control de la Energía de Buenos Aires en la causa E.397 XLI 'EDEN S.A s/res. ENRE 707/1998'", del 18/12/2007 (Fallos 330:5257; "'Edelar S.A v. SEyM res. 41/2001 ENRE - res. 1576/1998 (expte. 3638/97)'", del 3/8/2010 (Fallos 333:1224) y "Edesal S.A v. res. ENRE 472/2001 y res. SE 716/2005 y otros", del 21/9/2010.

(63) Conf. "Edelar S.A v. SEyM - res. 41/2001 ENRE - res. 1576/1998 (expte. 3638/97)", del 3/8/2010 (Fallos 333:1224) y "Edesal S.A v. res. ENRE 472/2001 y res. SE 716/2005 y otros", del 21/9/2010.

(64) Conf. "Edelar S.A v. SEyM - res. 41/2001 ENRE - res. 1576/1998 (expte. 3638/97)", del 3/8/2010 (Fallos 333:1224) y "Edesal S.A v. res. ENRE 472/2001 y res. SE 716/2005 y otros", del 21/9/2010.

(65) Conf. "Empresa Distribuidora de San Luis S.A v. Ente Nacional Regulador de la Electricidad", del 24/10/2006 (Fallos 329:4438); "Edelar S.A v. SEyM - res. 41/2001 ENRE - res. 1576/1998 (expte. 3638/97)", del 3/8/2010 (Fallos 333:1224) y "Edesal S.A v. res. ENRE 472/2001 y res. SE 716/2005 y otros", del 21/9/2010.

(66) Conf. "Recursos de hecho deducidos por la actora en la causa E.394 XLI, 'Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A s/res. ENRE 707/1998' y por el Organismo de Control de la Energía de Buenos Aires en la causa E.397 XLI 'EDEN S.A s/res. ENRE 707/1998'", del 18/12/2007 (Fallos 330:5257).

(67) Conf. consid. 11, párr. 2. El destacado es propio y no se encuentra en el original.

(68) Guerrero, en un meditado trabajo, sostuvo que "La uniformidad de la regulación de la tarifa de peaje, cuando la FTT es prestada por un distribuidor local, consulta la conveniencia económica del mercado eléctrico mayorista, dotándolo, desde el punto de vista jurídico, de condiciones de mayor transparencia, previsibilidad y reglas de juego igualitarias para sus actores" (conf. Guerrero, Alejandro O., "La jurisdicción...", cit., p. 167).

tanto técnico-económico como jurídico, si tal homogeneidad regulatoria debe implicar, o no, exclusividad normativa. Como vimos, gran parte del fundamento de las posturas que antagónicamente se han esgrimido en la materia reposan, en última instancia, en esta divergencia. Mas lo cierto es que, en el caso, la Corte, al asimilar ambos conceptos, ha fijado su posición al respecto reconociendo que cuando el gobierno federal ejerce su facultad regulatoria, lo hace en virtud de una potestad propia y exclusiva.

En segundo lugar –y esto tampoco es una cuestión menor introducida por el fallo–, la Corte concluye su pronunciamiento con una consideración que, claramente, reafirma la jurisdicción federal sobre la regulación de la FTT. En efecto, allí se sostiene que "aun cuando un examen en forma aislada de la relación distribuidora-gran usuario podría permitir calificar a la prestación de función técnica de transporte como una actividad de la provincia, lo cierto es que ella tiene un *vínculo tan íntimo y fundamental con el sistema*, que el control de éste requiere el de aquélla para ser en realidad efectivo (Fallos 250:154, voto del juez Oyhanarte) y lograr la operativa vigencia del sistema legal que rige la situación planteada" **(69)**.

Como puede observarse, el tribunal se hace cargo de la tesis que argumenta acerca de la posibilidad de segmentar el sistema **(70)**, de modo tal de considerar la FTT como una prestación propia de la "distribución" de energía eléctrica y, por lo tanto, sujeta a regulación local.

Al respecto, la Corte, luego de señalar que esta visión parte de considerar a la distribución de *forma aislada*, hace hincapié en que tal prestación tiene un *vínculo tan íntimo y fundamental con el sistema*, que el control de éste requiere el de aquélla para ser en realidad efectivo. Aquí, el fallo trae a colación el recordado voto de Oyhanarte en el caso "Compañía Argentina de Teléfonos v. Provincia de Santiago del Estero" **(71)**, en donde, respecto de la pretensión de regulación local de tarifas de comunicaciones, se sostuvo que "existencia de esa relación íntima y fundamental origi un *cambio cualitativo* en cuya virtud las referidas a tividades –cualquiera que sea la índole que *per* les corresponde– se convierten en meros aspect adicionales o accesorios del comercio interprovinc y, a fin de que éste pueda ser protegido con eficaci caen bajo la jurisdicción del poder que lo rige (.. La vigencia del principio expuesto tiene fuerza decisi en lo que al caso atañe, pues no cabe duda de q entre las tarifas intraprovinciales y las interprovinci les de una red telefónica media la antedicha relaci íntima y fundamental cuya presencia hace surgir poder federal de regulación" **(72)** y, más adelante, s ñaló que "...en nuestro derecho no se concibe que servicio público pueda estar sometido a un régimen o *pluri jurisdiccional*..." **(73)**.

Con la invocación de tan enérgico precedente –y, s bre todo, con la referencia a Oyhanarte, quien, imb do de su ideario desarrollista, fuera un firme partida de un Estado federal fuerte **(74)**–, la Corte ha rechaz do, claramente, que en materia de FTT resulte admis ble la tesis "desintegracionista" del sistema eléctri en la medida en que lo relevante para la federaliz ción de una actividad como la que estaba en deba es la *íntima vinculación* que tal actividad tiene con sistema nacional. En otras palabras, para el tribunal interconexión con el SADI y la finalidad que así a quiere la FTT de viabilizar el comercio de energía en MEM constituye el *cambio cualitativo* que hace q esta prestación deje de ser considerada "distribuci local de energía para constituirse en un servicio dif rente y adicional a aquélla que, por tales motivos, r resulta "escindible" de lo que constituye el funcion miento del MEM.

Como se observará, esta visión que expresa la Cor acerca de la función que cumple la FTT viene tambié a consolidar el éxito de la segunda de las vertiente doctrinarias que existen sobre el particular: la FTT cons tituye un servicio diferente de la "distribución" y es pres tada por los concesionarios locales de modo "adiciona

(69) Conf. consid. 11, párr. 3. El destacado es propio y no se encuentra en el original.

(70) Recuérdese, a este respecto, la posición sostenida en 1974 por Bidart Campos, Germán J., "Jurisdicción federal...", ci

(71) Fallos 250:159.

(72) Voto del juez Oyhanarte, consid. 15; el destacado es propio.

(73) Voto del juez Oyhanarte, consid. 16; el destacado es propio.

(74) En una conocida obra de su autoría, Oyhanarte sostuvo: "No hay duda de que el federalismo debe ser mantenido. Siempr claro está, que se trate del tipo valioso de federalismo. Por que hay una concepción indeseable –permanentemente resistid en la Argentina, otra vez gracias al talento y las influencias de Alberdi– que ve también en el federalismo una técnica para achicamiento del Poder"; y agrega páginas más adelante que "El federalismo es una técnica para el ejercicio eficiente, racion y justo del poder y no una técnica para su atomización" (conf. Oyhanarte, Julio, "Poder político y cambio estructural en Argentina", Ed. Paidós, Buenos Aires, 1969, ps. 100 y 105, respectivamente).

a aquélla y con base exclusiva en un título regulatorio de orden federal.

Pero, además, la apuntada conceptualización de la FTT por parte del tribunal reafirma –aun cuando no se lo afirme en estos términos de modo expreso– el carácter de "facilidad esencial" que ésta reviste en orden a garantizar el libre acceso por parte de grandes usuarios a la compra de energía a generadores en el MEM. Claramente, el *vínculo íntimo y fundamental* que la Corte proclama de esta prestación con el sistema federal se orienta a fundar esta calificación. Si bien en este caso la Corte no calificó expresamente a la FTT como "transporte" –lo que sí hizo en un precedente dictado pocos meses antes **(75)**–, lo cierto es que las apreciaciones aquí efectuadas sobre el rol de la FTT la aproximan bastante a esa función **(76)**, lo que reforzaría, aun más en el criterio del tribunal, la validez de la regulación federal sobre esta prestación **(77)**.

VI. INTERROGANTES QUE SE PLANTEAN

Como dijimos al comenzar este trabajo, el fallo, amén de sentar posición en un tema, de suyo, controvertido, genera, al menos, dos interrogantes que es nuestra intención dejar aquí sólo planteados.

El primero de los interrogantes que nos genera el caso –clara afirmación, como se ha visto, de la jurisdicción federal en materia eléctrica– consiste en preguntarnos, tal como fue hecho con anterioridad por un autor **(78)**, ¿qué futuro puede tener, en este contexto, la proclamada sujeción de la distribución de energía eléctrica a las competencias locales? O bien, ¿qué ocurriría si el Estado nacional avanzase hasta los límites administrativos, económicos y tecnológicos posibles, con el reconocimiento de la calidad de grandes usuarios, a favor de un número mayor de usuarios del servicio público de electricidad, permitiendo, por ejemplo, que hasta los usuarios residenciales también tengan acceso al MEM? Más allá de que las circunstancias económicas del país y, especialmente, las que rodean, desde el punto de vista regulatorio, la industria eléctrica exigen, hoy por hoy, acometer problemas más estructurales y urgentes **(79)**, lo cierto es que tal posibilidad no resulta descabellada, sobre todo si tenemos en cuenta que la reglamentación vigente no impone limitaciones al respecto.

Recordemos que, por un lado, la ley 15336 dispone que la distribución puede ser sometida a jurisdicción nacional "cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación" **(80)** y, por otro, que la ley 24065 delegó en la reglamentación "la facultad de precisar los módulos de potencia y energía y demás parámetros técnicos que caracterizan al gran usuario" **(81)**; en donde, a su vez, se subdelegó dicha facultad en la Secretaría de Energía de la Nación **(82)**. Más allá de que las disposiciones de la ley 24065 y su reglamentación puedan, o no, ser consideradas la "ley" a la que hace alusión la ley 15336, lo cierto es que, en virtud de tales facultades delegadas, la evolución de su ejercicio por parte de la Secretaría de Energía nos muestra que, comenzando por una potencia mínima de 5000 kW permitida para los primeros grandes usuarios que accedieron al MEM en el año 1992 **(83)**, actualmente se los caracteriza en grandes usuarios mayores –aquellos que demandan una potencia de mínima de 1000 kW y consumen 4380 MWh anuales– **(84)**; grandes usuarios menores –aquellos que demandan una potencia entre 30 kW y 1000 kW– **(85)** y grandes usuarios particulares –aquellos que demandan una potencia entre 30 kW y 100 kW– **(86)**. O sea, que de los 5000 kW iniciales se ha reducido hasta 30 kW el límite para poder ser reconocido como agente del MEM.

(75) Así, en "Edelar S.A v. SEyM - res. 41/2001 ENRE - res. 1576/1998 (expte. 3638/97)", del 3/8/2010, Fallos 333:1224, cap. IV, párr. 2 del dictamen de la Procuración General de la Nación al que remite el fallo de la Corte Sup.
(76) Ver la referencia al carácter federal de la actividad de "transporte" contenida en el consid. 8.
(77) Sobre todo si se tiene en cuenta la amplitud que el tribunal le otorgó a la regulación federal en materia de transporte –aun cuando la línea de transporte no trascendiera de las fronteras provinciales– en el caso "Ente Regulador de la Electricidad de la Provincia de Santiago del Estero v. res. 535/976 1108/1997 - ENRE y otro", del 14/3/2006 (Fallos 329:595).
(78) Conf. Bosch, Juan, "La regulación del peaje...", cit., p. 849.
(79) Sobre el particular, véase Huici, Héctor, "Electricidad y gas en la contrarreforma del Estado", en ED, Supl. de Derecho Administrativo, del 12/5/2010.
(80) Art. 6, párr. final, ley 15336, que dispone, refiriéndose al servicio de distribución, que "serán también de jurisdicción nacional los servicios públicos definidos en el párr. 1 del art. 3 cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación".
(81) Art. 10, párr. 2, ley 24065, que en lo que aquí interesa dispone respecto de los grandes usuarios que "La reglamentación establecerá los módulos de potencia y de energía y demás parámetros técnicos que lo caracterizan".
(82) Art. 10, párr. 2, dec. 1398/1992, donde se dispone: "Delégase a la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos la facultad de precisar los módulos de potencia y energía y demás parámetros técnicos que caracterizan al gran usuario".
(83) Esta potencia mínima fue incorporada mediante res. SE 137/1992, del 30/11/1992.
(84) Conf. art. 2.1.b) del Anexo 17 de "Los procedimientos", aprobados por res. SEE 61/92, y modif.

En consecuencia, con el apoyo que otorga la doctrina de la que se nutre el fallo comentado, en caso de que la Secretaría de Energía redujera sustancialmente los requisitos técnicos mínimos exigibles para caracterizar a un usuario como gran usuario, ello importaría habilitar a este nuevo universo de sujetos a adquirir energía directamente de las empresas generadoras en el MEM, a expensas de lo cual las jurisdicciones locales se verían sustancialmente privadas de sus actuales facultades regulatorias para el cálculo y la fijación de tarifas sobre el servicio de FTT, así como también de las competencias de solución de controversias que los marcos regulatorios provinciales pudieron haber otorgado a los entes locales; facultades estas que, en la hipótesis planteada, pasarían a ser ejercidas por las autoridades federales de modo exclusivo **(87)**. Además, el sometimiento integral de tal segmento a la regulación federal importaría –en función de la jurisprudencia que ya hemos señalado– imponer importantes restricciones a las facultades provinciales en materias tan caras a sus competencias como lo son, por ejemplo, la tributaria y la ambiental.

En definitiva, al parecer, la regulación de la distribución de energía eléctrica sólo resultaría de jurisdicción local en la medida en que el gobierno nacional, a través órgano competente, no dispusiese lo contrario. Tér se en cuenta, al respecto, que la Corte, en los pre dentes que ya hemos mencionado, se ha limitad sostener que los regímenes federales y provinciales energía eléctrica *coexisten en la ley* **(88)**; no dijo ello fuera exigencia de la Constitución, como sí lo e regulación exclusiva nacional sobre el comercio in jurisdiccional. En este contexto, nos queda el inte gante acerca de si, en caso de que el fenómeno c cripto tuviese lugar y ello fuese cuestionado en un c a resolverse ante sus estrados, la Corte sostendría como lo ha hecho su par norteamericana– que la ju dicción federal sobre tales prestaciones, "al segui flujo de la energía", siempre existió sobre tal segme de la industria pero "dormida", es decir, aun cuar ella no hubiese sido ejercida de modo completo y un único acto **(89)**.

Y de esta posibilidad nace nuestro segundo inter gante: si se admite que no habría impedimento p que la Secretaría de Energía de la Nación, por vía la morigeración de requisitos para la admisión de grandes usuarios, prive de sus actuales "clientes" servicio de distribución local de energía, cabe pregu tarse: ¿corresponde compensar a la empresa distrib dora por los daños que sufra como consecuencia tal pérdida de clientes? Y, en su caso, ¿quién y cór deben compensarse tales perjuicios? En última insta cia, no nos olvidemos: el régimen regulatorio fede expresamente reconoce que la distribución "local" rresponde que sea concedida y regulada por las au ridades locales **(90)** y, al amparo de ello, un núme

(85) Conf. art. 10.2 del Apéndice A del Anexo 17 de "Los procedimientos".
(86) Conf. art. 11.2.1 del Apéndice B del Anexo 17 de "Los procedimientos".
(87) El interrogante también fue planteado por Bosch, Juan, "La regulación del peaje...", cit., p. 849.
(88) Conf. "Provincia de Buenos Aires v. Estado nacional", del 5/12/2000 (Fallos 323:3949); "Recursos de hecho dec cidos por la actora en la causa E.394 XLI, 'Empresa Distribuidora de Energía Norte S.A s/res. ENRE 707/1998' y por el Organis de Control de la Energía de Buenos Aires en la causa E.397 XLI 'EDEN S.A s/res. ENRE 707/1998'", del 18/12/20 (Fallos 330:5257); "Edelar S.A v. SEyM - res. 41/2001 ENRE - res. 1576/1998 (expte. 3638/97)", del 3/8/2010 (Fallos 333:122 y "Edesal S.A v. res. ENRE 472/2001 y res. SE 716/2005 y otros", del 21/9/2010.
(89) Conf. Sup. Corte EE.UU. de A., "Connecticut Light & Power Co. v. FPC", 324 *US* 515 (1945), en especial, en 529; "Fede Power Commission v. Florida Power & Light Co.", 404 *US* 453 (1972) y "New York et al. v. Federal Energy Regulatory Commissi et al.", 535 *US* 1 (2002); sobre el particular, conf. Fleisher, Jared M., *"ERCOTs Jurisdictional status: A legal history a contemporary appraisal"*, 3 *Texas Journal of Oil, Gas & Energy Law* 4, 2008, en especial, p. 9; también véase, Pennima William H. y Turner, Paul B., *"A Jurisdictional clash over electricity transmission: Northen States Power v. FERC"*, 20 *Energy L Journal* 205 (1999); Duos, Laura, *"Order 888: Has the Federal Energy Regulatory Commission invaded the States jurisdictior territory?"*, 54 *Administrative Law Review* 1213 (2002); Rossi, Jim, *"Transmission siting in deregulated wholesale power marke Re-imagining the role of Courts in resolving federal-state siting impases"*, 15 *Duke Environmental Law & Policy Forum* 3 (2004-2005), en especial, ps. 319 y ss.; y del mismo autor, *"The Trojan Horse of electric power transmission line siti authority"*, 39 *Environmental Law* 1015 (2009), en especial, ps. 1023 y ss. Se ha señalado que la idea del poder federal regulación de carácter "dormido" (*dormant*) fue reconocido por primera vez por en el voto del Chief Justice Marshall en conocido caso "Gibbons v. Ogden" y lo que implica es que, aun cuando el gobierno federal no hubiese ejercido las facultad de reglar el comercio interestatal, los Estados no están habilitados a imponer restricciones al comercio interjurisdiccional color del ejercicio de su facultades reservadas; conf. Chemerinsky, Erwin, *"Constitutional Law. Principles and Policies"*, 2ª ec Ed. Aspen Publishers, New York, 2002, p. 406.
(90) Conf. art. 11, párr. 3, ley 15336: "En cuanto a los sistemas eléctricos provinciales, referidos en el art. 35, inc. b de es

importante de provincias procedieron a conceder tales servicios a favor de inversores privados quienes, se asume, realizaron inversiones en la red que, por su naturaleza, revisten el carácter de inversiones "hundidas" y, por lo tanto, sólo amortizables con su explotación en el largo plazo y sobre la base de las condiciones establecidas en sus contratos de concesión. En la medida en que tales inversiones no pudieran ser amortizadas por vía de las tarifas de peaje y demás condiciones de prestación establecidas por la autoridad federal, lo cierto es que en estos casos, las distribuidoras verían afectado su negocio con el consecuente daño patrimonial (91).

El tema es sumamente complejo y guarda algunas analogías tanto con el caso de la desregulación eléctrica norteamericana, en cuyo marco tuvo lugar el desarrollo de la teoría de los *deregulatory takings* (92), como con el caso español que originó el concepto de los "costos de transición a la competencia" (93). De todos modos, no puede escaparse que en nuestro país la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal –hace ya más de una década– tuvo ocasión de denegar tal compensación a una distribuidora eléctrica sujeta a jurisdicción nacional sobre la base de entender que la actora no sólo conocía la organización del mercado eléctrico y las cargas que debía soportar, sino que también sabía de antemano que la determinación de los grandes usuarios era una facultad reglamentaria de la Secretaría de Energía y que únicamente existía una estimación provisoria que surgía de las reglamentaciones que no tenían garantía de permanencia y que, por tal motivo, podían ser modificadas por la autoridad de aplicación (94). Asimismo, y entre otras consideraciones (95), tampoco puede olvidarse que la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de concesiones ha sido particularmente contraria a admitir la protección de beneficios monopólicos, especialmente si el privilegio no surge nítidamente del régimen regulatorio y contractual aplicable (96).

No obstante, las peculiaridades que, como hemos visto, han rodeado desde hace más de tres lustros la regulación de este servicio –y los conflictos que ello ha provocado y que han obligado al Máximo Tribunal a expedirse sobre el particular en varias oportunidades– podrían dar lugar a eventuales planteos por parte de aquellas empresas distribuidoras que se vieran, en tal hipótesis, privadas de sus derechos (97). Pero, en definitiva, de verificarse el caso (98), será la justicia quien, como siempre, tendrá la última palabra en la materia.

ley, como también a los servicios públicos definidos en el párr. 1 del art. 3 de la misma que fueran de jurisdicción local, serán los gobiernos provinciales los que resolverán en todo lo referente al otorgamiento de las autorizaciones y concesiones y ejercerán las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional".

(91) Así, Fonrouge ha sostenido que "la circunstancia de poder celebrar contratos de compra de energía en grandes volúmenes le podría haber permitido a las distribuidoras obtener beneficios comerciales derivados de la eventual diferencia entre el precio de compra y el de venta, posibilidad que ciertamente se acota en la medida en que, por la constante pérdida de clientes que ingresan al MEM como grandes usuarios, se vaya achicando proporcionalmente el volumen teórico de compra de energía al por mayor" (conf. Fonrouge, Máximo J., "Conflictos en el mercado...", cit., p. 634). Por su parte, Sobre Casas ha sostenido que el ejercicio de esta competencia por parte de la Secretaría de Energía "ha impedido a los distribuidores, aun cuando desarrollen buenas estrategias comerciales dentro del ámbito estrecho de la regulación tarifaria, conservar muchas veces este rengión de clientes" (conf. Sobre Casas, Roberto F., "Los contratos...", cit., p. 283).

(92) Sobre el particular, Sidak, J. Gregory & Spulber, Daniel F., *"Deregulatory Takings and the Regulatory Contract. The competitive transformation of network industries in the United States"*, Cambridge University Press, 1998; Boyd, James, *"The regulatory compact and implicit contracts: Should stranded costs be recoverable?"*, 19 *The Energy Journal* 69 (1998); Rose-Ackerman, Susan & Rossi, Jim, *"Disentangling Deregulatory Takings"*, 86 *Virginia Law Review* 1435 (2000), entre muchos otros.

(93) Sobre el particular, conf. Ariño Ortiz, Gaspar, De Quinto Romero, Javier y López de Castro García-Morato, Lucía, "Costes de transición a la competencia (Sector Eléctrico)", Revista de Derecho Administrativo, n. 30 a 32, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, ps. 1 y ss.; Gómez-Ferrer Rincón, Rafael, "La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones. Un estudio crítico", Instituto Nacional de Administración Pública-Marcial Pons, Madrid, 2003, en especial, ps. 124 y ss.; y Fabra Utray, Jorge, "¿Liberalización o regulación? Un mercado para la electricidad", Marcial Pons, Madrid, 2004, ps. 407 y ss.

(94) Así, C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 5ª, 4/10/2000, "Edesur S.A v. Estado Nacional - Secretaría de Energía s/contrato administrativo". Sobre el alcance de este precedente, véase, Hourbeigt, Pablo, "La desregulación del servicio público de distribución de energía eléctrica", RAP, 2002, p. 47, n. 286.

(95) Como acertadamente lo pone de manifiesto Fonrouge, la Secretaría de Energía siempre sostuvo que la sucesiva reducción del requisito de potencia para ser gran usuario resultaba neutra para el distribuidor, desde que este último siempre va a tener derecho a cobrar el denominado "valor agregado de distribución" (VAD) o peaje, que es la remuneración que pasará a percibir de todos aquellos ex clientes que ingresasen al MEM y que deberán, necesariamente, utilizar las redes de la misma para recibir la energía contratada o suministrada a través del MEM; conf. Fonrouge, Máximo J., "Conflictos en el mercado...", cit., p. 633.

(96) Conf. "Maruba SCA Empresa de Navegación Marítima v. Estado Nacional - Ministerio de Obras y Servicios Públicos - Secretaría de la Marina Mercante s/incumplimiento de contrato", del 30/6/1998 (Fallos 321:1784); "Aguas Argentinas S.A v. Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios s/proceso de conocimiento", del 14/6/2005 (Fallos 328:2004); "Transportadora de Gas del Norte S.A s/res. 1546/1999 Enargas (expte. 1914/99)", del 29/8/2006 (Fallos 329:3470, entre otros).

DAÑOS Y PERJUICIOS

Responsabilidad del Estado – Supuestos particulares – Daños en la realización de obras públicas – Construcción de autopistas e instalación de cabinas de peaje – Prueba del daño causado – Prescripción por hechos o actos extracontractuales

1 – Cuando no existe contrato que vincule al Estado, la prescripción de la acción del particular para demandarlo por los daños causados por hechos o actos administrativos es de dos años (art. 4037, CCiv.), sin que quepa distinguir a tal fin sobre el carácter legítimo o ilegítimo de la actividad estatal generadora del perjuicio.

2 – Si bien el principio es que el plazo de prescripción se computa desde que se produce el evento causante del daño y, por excepción, desde que el damnificado hubiera tomado conocimiento del hecho y de sus consecuencias dañosas, tal criterio está supeditado a que se encuentre expedita la acción; en el caso de una obra pública, los hechos por los que se pretende una reparación van produciéndose hasta que queda concluida la obra y se realiza su inauguración, en razón de que a partir de ese momento los daños asumen un carácter cierto, definitivo y susceptible de apreciación, y en el caso particular el plazo de prescripción por los daños de que se trata comenzó a correr con la habilitación de la bina de peaje.

3 – El estándar, a los fines de establecer la procede de un resarcimiento por actividad lícita, es que la pública importe una privación de la propiedad o la le de ésta en sus atributos esenciales.

4 – Las variaciones en la forma de explotación legítimamente puede hacer la autoridad pública cambios en el parque automotor (por la incorpora de nuevos vehículos y, en consecuencia, un mayor sito), aun cuando afecten "la tranquilidad o el sosi o la calidad de vida con que contaban antes los pietarios linderos, no pueden constituirse en el fu mento de una pretensión indemnizatoria.

5 – En lo que respecta a la iluminación de las cab de peaje y el tránsito masivo en la calle colector hecho de que existiera una solución alternativa té camente idónea no necesariamente convierte en timos los perjuicios alegados, que derivaban de la mitiva disposición de la traza en esa zona.

6 – El hecho de que posteriormente hayan po ser solucionados determinados inconvenientes no cesariamente implica que ellos excedieran el um de la "normal tolerancia"; al menos, no es pos efectuar tal afirmación sin una referencia conc al plexo probatorio que acredite si aquéllos im taron una lesión al derecho de propiedad en sus butos esenciales (o, eventualmente, a la salud) qué medida ello fue así, pues, de otro modo, se taría de una mera pérdida de ventajas con que taban los actores, lo cual no genera derecho indemnización.

7 – Un ruido continuo en un nivel que excede la nor tolerancia constituye un daño antijurídico, y resulta s

(97) Señalaba en el año 2006 Fonrouge que la distribuidora Edesal SA había deducido demandas contra el Estado naci impugnando las resoluciones federales que fijaban la tarifa de peaje, citando a la provincia de San Luis como tercero en carácter de autoridad concedente, en razón de la eventual responsabilidad que ésta tendría por la compensación de los da sufridos. Pero en tanto que a partir de la primera revisión quinquenal la distribuidora aceptó las tarifas de peajes fijadas p Estado nacional, el planteo quedó reducido al primer período tarifario (Fonrouge, Máximo J., "Conflictos en el mercado...", p. 636). La Corte Suprema declinó de pronunciarse sobre la validez de la res. ENRE 585/1998 por la que se estableci forma que Edesal SA debía facturar a los grandes usuarios los recargos por exceso en la capacidad de suministro en la presta de la FTT en la medida en que se había comprobado en la causa que durante la vigencia de dicha resolución no había exis controversia alguna sobre la materia allí regulada; conf. "Empresa Distribuidora de San Luis S.A v. Ente Nacional Regulado la Electricidad", del 24/10/2006 (Fallos 329:4438).

(98) Lo que supondría considerar la situación particular de cada concesión provincial, los términos de sus renegociaciones, garantías que hubiese brindado, al respecto, la autoridad concedente y la conducta seguida por cada distribuidora respe de la política de desregulación adoptada por la Secretaria de Energía de la Nación.