

TOMO 2

TRATADO DE REGULACIÓN DE LA ENERGÍA

Pablo Ferrara
coordinador

TRATADO DE REGULACIÓN DE LA ENERGÍA



ISBN 978-987-46936-6-5

0 7 9 0 7 4 1 5 0 3 2 6 0

Acerca de los autores

Pablo Ferrara es abogado (UBA), Rajawali Fellow del Ash Center for Governance and Innovation (Harvard Kennedy School of Government, Estados Unidos de América); Doctor en Derecho Internacional del Mar y Energético de la University of California at Berkeley (Berkeley, Estados Unidos de América); Becario de Investigación en Derecho de la Integración Regional Energética del Max Planck Institute of Public Comparative Law and Public International Law (Heidelberg, Alemania); Postdoctoral Researcher del Groningen Centre of Energy Law (Groningen, Países Bajos).

Gonzalo Ariel Viña es abogado graduado de la Universidad Argentina de la Empresa (Diploma de Honor, 2009) y fue galardonado con el premio a la excelencia académica del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. En 2014, aprobó un posgrado en Derecho del Petróleo y Gas en la Universidad de Buenos Aires. Actualmente, concentra su práctica en derecho de la energía y de los recursos naturales, resolución de disputas y asesoramiento jurídico a empresas.

Griselda Lambertini es abogada y Licenciada en Ciencias Políticas, graduada con medalla de oro en ambas carreras. También es Especialista en Regulación Energética y Magister en Energía de la Universidad de Buenos Aires. Actualmente integra el Directorio del Ente Nacional Regulador del Gas de la República Argentina. Participó de la elaboración del proyecto de marco jurídico e institucional para la Red de Gasoductos del Sur, de la formulación de una estrategia para la introducción del gas natural en Centroamérica y de diversos estudios sobre integración realizados por OLADE, BID y Banco Mundial. Es Coordinadora Académica en el Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria Energética (CEARE) de la Universidad de Buenos Aires.

Juan Albarenque es abogado (Universidad Nacional del Nordeste, 1996). Posgrado en Derecho Marítimo y Comercio Exterior (Universidad de Buenos Aires, 1997), Posgrado en Gas y Petróleo (Universidad de Buenos Aires, 2004), Posgrado en Gestión Ambiental (Instituto Tecnológico de Buenos Aires, 2010). *Mergers & Acquisitions School* (Norton Rose Fulbright, Houston -TX-, 2014). Profesor de Transporte de Hidrocarburos por Agua y Downstream en el Posgrado de Gas y Petróleo (Universidad de Buenos Aires, 2010-2015). Autor de trabajos de especialidad en revistas jurídicas especializadas como *Petrotecnica*; *RADEHAM*; *El Dial*. Disertante invitado por el Instituto de Estudios Internos de Argentina

sobre te
como Le

Estela Sa
sobresalie
Nación" (C
recho Adm
cho de la E
servicios pu
Derecho A
Buenos Air
se desempe
de la Magis

Alberto B. E
demia Naci
tular de la A
Nacional de
Nacional de
Derecho Con

Mariano Pala
ican and Inter
Económico (U
tesis pendent
nal de La Mat
ministrativo. Se
Derecho de la E
las resoluciones
Rap, 2010), y de
sobre temas de
Derecho Consti
Constitucional.

Lisandro Yolis e
en Derecho Tribu
en Derecho Tribu
mejor tesis de do
sidad de Buenos A
ministrativo (Univ
Secretario de Supe

sobre temas de la Foreign Corrupt Practices Act. Actualmente se desempeña como Legal Counsel en Shell Compañía Argentina de Petróleo S.A.

Estela Sacristán de Bianchi: Doctora en Derecho (UBA, 2006, tesis calificada sobresaliente). Recibió, entre otros, el premio "Corte Suprema de Justicia de la Nación" (1995). Profesora de Derecho Constitucional Económico (UBA) y de Derecho Administrativo (UCA). Directora ejecutiva de *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*. Autora de *Régimen de las tarifas de los servicios públicos* (Buenos Aires, Ábaco, 2007, 656 ps.). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires; y de la International Academy of Comparative Law. Desde 2005 se desempeña en el sector privado, y desde 2016 es, además, asesora del Consejo de la Magistratura, Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires.

Alberto B. Bianchi es abogado y Doctor en Derecho. Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Miembro titular de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Premio Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Premio Konex en el área Derecho Constitucional.

Mariano Palacios es abogado (UCA, 1996). 41st. Annual Academy of American and International Law (2004). Especialista en Derecho Administrativo-Económico (UCA, 2010). Especialista en Derecho Constitucional (UBA, 2014; tesis pendiente). Profesor en la ECAE-PTN, UCA, UBA, Universidad Nacional de La Matanza, CEARE. Secretario de Redacción, *Revista de Derecho Administrativo*. Secretario de Redacción adjunto a Dirección, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*. Autor de *Recurso directo contra las resoluciones del Ente Nacional Regulador del Gas* (Buenos Aires: Ediciones Rap, 2010), y de varios estudios, artículos y comentarios de jurisprudencia sobre temas de Derecho Público. Miembro de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional y de la Asociación Argentina de Derecho Procesal Constitucional.

Lisandro Yolis es abogado (Universidad de Buenos Aires, 2010). Especialista en Derecho Tributario (Universidad Austral, 2012, diploma de honor). Magíster en Derecho Tributario (Universidad Austral, 2014, diploma de honor y premio mejor tesis de dogmática jurídica). M...

TRATADO DE REGULACIÓN DE LA ENERGÍA

Pablo Ferrara, coordinador

Editorial: Instituto de la Energía "General Mosconi" IAE | iae.org.ar

Obra de Tapa: Alberto M. Ferrara

Fotos de arte de tapa: Joako Mendoca | @JakoMendoca

Diseño y producción gráfica: Disegnobrass | disegnobrass.com

Edición: Marina Fucito

Año: 2017

ISBN 978-987-45933-5-1

Tratado de regulación de la energía / Pablo Ferrara ... [et al.]. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Instituto Argentino de la Energía General Mosconi, 2017. v. 2, 456 p. ; 24 x 17 cm.

ISBN 978-987-45933-6-8

1. Regulación. 2. Energía Eléctrica. 3. Hidrocarburos. I. Ferrara, Pablo
CDD 346.04679

Fecha de catalogación: 11/12/2017

Queda hecho el depósito que marca la Ley 11.723.

Índice**TOMO 1**

Acerca de los autores	12
Prólogo	17
1. Introducción <i>Pablo Ferrara</i>	21

1 PRIMERA PARTE: LA ENERGÍA	24
2. Aspectos técnicos de la energía: energía según sus fuentes y sus destinos <i>Jorge Versace y Graciela Bravo</i>	25

2 SEGUNDA PARTE: EL ROL DE LA ENERGÍA	44
3. La regulación de la energía y el funcionamiento de la sociedad: política pública energética <i>Pablo Ferrara</i>	45
4. Economía y comercio de la energía <i>Jean Pierre Hansen y Jacques Percebois</i>	57

3 TERCERA PARTE: LA REGULACIÓN DE LA ENERGÍA	106
5. Los entes nacionales reguladores del gas y la electricidad en el derecho argentino <i>Pablo Esteban Perrino y Ana Patricia Guglielminetti</i>	107
6. El control de los actos del ENRE y del ENARGAS en la jurisprudencia <i>Juan Antonio Stimenone</i>	131

**14. LA DISTRIBUCIÓN
DE LA ELECTRICIDAD
EN LA ARGENTINA**

Por Alberto B. Bianchi y Estela Sacristán de Bianchi

La distribución eléctrica es de sencilla conceptualización. Se la define como la transmisión dentro de determinados rangos de voltaje: es la conducción del fluido, a tensión reducida, desde las subestaciones transformadoras hasta los lugares de consumo¹. La tensión reducida hace posible el consumo de electricidad sin riesgo para las personas².

La distribución eléctrica, como actividad, comprende pluralidad de rubros, tales como el despacho de cargas, las instalaciones del consumidor, el mantenimiento de equipos, la lectura de los medidores, la facturación, el demonstrating y la publicidad³. La función esencial de los distribuidores es satisfacer el suministro requerido por los usuarios⁴.

El presente trabajo se halla centrado en la distribución eléctrica en la Argentina. Ahora, como se recordará, la Argentina se halla organizada bajo un régimen federal⁵, conforme al cual las provincias conservan los poderes no delegados a la Nación. Cada provincia regula la distribución eléctrica que se efectúa mediante su respectiva red intraprovincial, pues las provincias han delegado, a favor de la Nación, solo la regulación del comercio que sea interjurisdiccional⁶, recayendo, en la jurisdicción de la Nación, aquella distribución eléctrica que sea interjurisdiccional.

Por razones de importancia económica y social de redes, el presente capítulo se enfocará en las dos redes de distribución que han quedado en la órbita federal por constituir redes de distribución eléctrica interjurisdiccionales. Se trata de aquellas que llevan energía eléctrica a toda la ciudad de Buenos Aires, así como al denominado Gran Buenos Aires (ubicado, geográficamente, en la provincia de Buenos Aires). Nos referiremos, por ende, a la red de distribución de la concesionaria Empresa Distribuidora Norte S.A., y a su similar de la concesionaria Empresa Distribuidora Sur S.A. Ambas gozan de un régimen de exclusividad zonal.

La primera, usualmente llamada por su sigla Edenor, es titular de una concesión para distribuir electricidad en forma exclusiva en el noroeste del Gran Buenos

1 Vergara Blanco, Alejandro, *Derecho eléctrico*, Jurídica de Chile, Chile, 2004, p. 23; Zardkoohi, Asghar, "Competition in the Production of Electricity", en Moorhouse, John C. (ed.), *Electric Power Deregulation and the Public Interest*, Pacific Research Institute for Public Policy, San Francisco, California, 1986, pp. 63-95, esp. p. 81; Hyman, Leonard S., *America's Electric Utilities. Past, Present and Future*, 6th ed., Public Utilities Reports, Arlington, Virginia, 1997, p. 4.

2 Trillo Figueroa Martínez Conde, Jesús y de Borja López Jurado Escribano, Francisco, *La regulación del sector eléctrico*, Civitas, Madrid, 1996, p. 27.

3 Zardkoohi, op. loc. cit.

4 Barreiro, Rubén A., *Derecho de la energía eléctrica*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 250.

5 Art. 1. Constitución Nacional.

Aires y en la zona norte de la Ciudad de Buenos Aires. Por su parte Edesur es titular de una concesión para distribuir electricidad en forma exclusiva en el sur del Gran Buenos Aires y en la zona sur de la Ciudad de Buenos Aires⁷. La divisoria, en la zona céntrica de la Ciudad de Buenos Aires, es la avenida Pueyrredón.

La literatura especializada cuenta con sólidos trabajos integrales sobre la materia de la distribución eléctrica en la Argentina, y a ellos cabe remitir⁸. En cuanto a los presentes párrafos, se centrarán en aspectos que se entienden nucleares o neurales para una comprensión del fenómeno de la distribución eléctrica ante las dos importantes concesionarias mencionadas, que abastecen grandes porciones de la demanda nacional de energía eléctrica. Cabe mencionar que tanto Edenor como Edesur son aquejadas por variables tan diversas como los denominados “colgados” o “enganchados”, beneficiarios de conexiones clandestinas tal que obtienen el flujo gratis⁹; el aumento de provisión de viviendas sociales en forma gratuita, no conectadas a la red de distribución de gas, con aumento en la demanda de energía eléctrica para obtener calefacción o preparar alimentos¹⁰; el hurto de cableados por el valor del cobre en sí mismo¹¹; a lo que se suma la ley de emergencia 25.561 del año 2002 que pesificó las tarifas de todos los servicios públicos vendando su reajuste por cualquier índice manteniendo incólumes las obligaciones contractuales de concesionarias y licenciatarias con balcones a la inconstitucionalidad, invitando a una renegociación que culminaría con una revisión tarifaria integral a concretarse¹²; entre otras incidencias.

7 Edesur, “Datos de Edesur”, en: <http://www.edesur.com.ar/masesedur/conoceedesur.aspx>

8 Bastos, Carlos M. - Abdala, Manuel A., *Transformación del sector eléctrico argentino*, 2da ed., Pugliese Siena, Córdoba, 1995; Barreiro, Rubén A., *Derecho de la energía eléctrica*, Ábaco, Buenos Aires, 2002; Bellido, Pablo H. - Palacios, Mariano, “Marco regulatorio eléctrico”, en Cicero, Nidia K. (dir.), *Derecho administrativo*, Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, t. IV, pp. 113-388.

9 Puede verse entrevista a Robert Giffen y Harold Hotelling en Sin Autor, “La ecuación económica de la energía en la villa”, en *La Nación*, 27/3/2011, en: <http://www.lanacion.com.ar/1360050-la-ecuacion-economica-de-la-energia-en-la-villa> (último acceso: 15/8/2016). Tomino, Pablo, “Alto consumo de electricidad en villas”, en *La Nación*, 20/4/2011, en: <http://www.lanacion.com.ar/1358848-alto-consumo-de-electricidad-en-villas> (último acceso: 15/8/2016). También puede verse: Consultora de Estudios e Intervenciones Sociales, *Usos, costumbres y percepciones en torno a la vivienda y la energía eléctrica*, segundo informe, estudio cualitativo, en: <http://www.edenor.com.ar/cms/files/SP/rse/SegundoInformeCualitativo.pdf> (último acceso: 15/8/2016), pp. 106-107.

10 “Los vecinos recibieron facturas de luz de hasta 5.000 pesos porque no tienen gas para calefaccionarse”, en *La Mañana Neuquén*, 13/8/2016, en: <http://www.lmneuquen.com/desde-cl-mpn-aseguran-que-trabajan-reparar-las-88-viviendas-del-barrio-belgrano-a522935> (último acceso: 15/8/2016).

11 Es ilustrativo Díaz, Oscar M., “El robo de cobre en la Argentina y su relación con la crisis energética y la seguridad”, en *Asis International*, 25/8/2015, en: <http://www.asis215.com.ar/publicaciones/articulos/2175-el-robo-de-cobre-en-la-argentina-y-su-relacion-con-la-crisis-energetica-y-la-seguridad.html> (último acceso: 15/8/2016).

12 Puede ampliarse en Sacristán, Estela B., “La inseguridad jurídica crea inseguridad energética”, en *Revista de Regulación Económica. Empresas & Finanzas*, Escuela de Administración de Negocios para Graduados

En ese amplio marco, los temas que consideramos neurales, especialmente de cara al usuario, son tres: los relativos a la caracterización jurídica del segmento distribución como servicio público y, en conexión con ello, lo relativo a las tarifas, por un lado; y, por el otro lado, el régimen de reclamos de los usuarios por interrupciones del servicio.

1. El segmento distribución

La distribución es definida en la ley 24.065, art. 9, en forma subjetiva, es decir, mediante la definición de quién es considerado, bajo la ley, un distribuidor: “Se considera distribuidor a quien, dentro de su zona de concesión, sea responsable de abastecer toda demanda a usuarios finales que no tengan la facultad de contratar su suministro en forma independiente y realicen dentro de su zona de concesión, la actividad de transmitir toda la energía eléctrica demandada en la misma, a través de instalaciones conectadas a la red de transporte y/o generación hasta las instalaciones del usuario.” De tal conceptualización se infiere que la distribución eléctrica será la transmisión de toda la energía eléctrica demandada en la zona de concesión por medio de instalaciones, desde la red de transporte y/o generación hasta las instalaciones del usuario.

La distribución que realizan las dos distribuidoras de referencia –Edenor y Edesur– es calificada como servicio público (art. 1, ley 24.065) con lo que puede, académicamente, considerársela objeto de *publicatio* ya que ese artículo establece: “Caracterízase como servicio público a [la] distribución de electricidad.” La *publicatio* puede entenderse como aquella declaración legislativa de que una actividad es servicio público¹³ y deparará, en lo principal, sustracción de las reglas del mercado y obligatoriedad en la prestación¹⁴. Por ende, los usuarios de las distribuidoras no tendrán, ante estas, una relación de consumo pues, como se afirmara, la relación de consumo supone un convenio y la posibilidad de elección¹⁵.

13 Se sigue Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, 10ma. ed., La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 109, donde alude a “la declaración legislativa de que una actividad de prestación configura un servicio público (*publicatio*)”; en igual sentido, Bianchi, Alberto B., *La regulación económica*, Ábaco, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 225, donde se refiere a aquella actividad que, por ser esencial a la comunidad, la autoridad estatal la “califica especialmente, dándole el carácter de servicio público”. Cfr. Comadira, Julio R., “El Derecho administrativo como régimen exorbitante en el servicio público”, en AAVV, *Servicio público, policía y fomento*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Rap, Buenos Aires, s/E, pp. 17-37, esp. p. 26, y su n. 37, donde se refiere al “servicio público como actividad publicada por el Estado y excluida, por tanto, de la actividad privada sin previa concesión”, explicando que esa actividad es publicada por el Estado por “acto de *publicatio*”.

14 Puede ampliarse en Sacristán, Estela B., *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Ábaco, Buenos Aires, 2007, p. 30 y su n.5.

A su vez, la obligatoriedad que recae sobre las distribuidoras es propia de la caracterización del servicio público, y equivale al deber de prestar el servicio en las condiciones acordadas, y que enraíza en el deber de prestar el servicio o *duty to serve* del derecho anglosajón¹⁶. Tal obligatoriedad constituiría la esencia del servicio público, según afianzada doctrina¹⁷.

La *publicatio*, a su vez, armoniza con la declaración legislativa de que la distribución eléctrica constituye monopolio natural. Como se recordará, y conforme al art. 1 del Dto. 1398/1992, Anexo I, art. 1: "Atribúyese el carácter de servicio público a la actividad de distribución de energía eléctrica por su condición de monopolio natural. Su regulación deberá consistir en la fijación de las tarifas a aplicar y en el control de la calidad de la prestación del servicio." Debe recordarse que la idea de monopolio natural implica que la única forma de prestar el servicio eficientemente es mediante una sola red¹⁸.

Caracterizada la distribución que efectúan las dos distribuidoras de referencia como servicio público, en monopolio natural, resta apuntar que aquéllas realizan tal actividad bajo un régimen de exclusividad zonal. Ello se halla plasmado al inicio de los respectivos contratos de concesión con base en esta definición: "Exclusividad zonal: implica que, ni la Concedente, ni ninguna otra autoridad nacional, provincial o municipal, podrá conceder o prestar por sí misma el servicio público en cualquier punto dentro del Área, a partir de la fecha del contrato", siendo la Concedente el Estado Nacional-Poder Ejecutivo Nacional, y siendo el Área "el ámbito en el que el concesionario está obligado a prestar el servicio y a cubrir el incremento de demanda en los términos de su contrato de concesión."¹⁹ Así las cosas, el Área fija los bordes territoriales de la obligatoriedad a la que se halla sometida la distribuidora y por ello el art. 2 del Contrato de Concesión establece: "La Concesión otorgada implica que La Distribuidora está obligada a atender todo incremento de demanda dentro del Área concedida, ya sea solicitud de nuevo servicio o aumento de la capacidad de suministro, en las condiciones de calidad especificadas...". Tal el substrato de obligatoriedad que pesa sobre las distribuidoras.

Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, pp. 584 y 585.

16 Sobre este deber y su origen jurisprudencial, ver Arterburn, Norman F., "The Origin and First Test of Public Callings", en *University of Pennsylvania Law Review* (1926-1927), vol. 75, p. 411 y ss.

17 Mairal, Héctor A., "La ideología del servicio público", en *ReDA*, Depalma, Buenos Aires, septiembre-diciembre de 1989, N° 14, pp. 359-437, esp. p. 430: "Es, pues, tal obligatoriedad lo que constituye actualmente el factor definitorio del servicio público".

18 Se afirma que hay monopolio natural cuando un mercado es servido en forma más eficiente por una sola firma, conf. Harrison, Jeffrey, *Law and Economics*, West, St. Paul, Minn., 1995, p. 220.

19 Puede verse el Contrato de Concesión de Edenor en <http://mepriv.mecon.gov.ar/segba/Contratoconcesionedenor.htm>. Idéntica redacción, en el Contrato de Concesión de Edesur. en: <http://mepriv.mecon.gov.ar/segba/>

La exclusividad zonal dura –según el diseño regulatorio originario– hasta que finalice el primer "período de gestión", es decir, cumplido el año 15 a computar desde la toma de posesión, en 1992. La razón de ser de esta previsión contractual hace a la posibilidad de innovación tecnológica. En efecto, una innovación tecnológica podría permitir un nivel de desregulación tal que permita condiciones de mercado o asimilables en la distribución que realiza la distribuidora en su área. De tal modo, el art. 3 del Contrato de Concesión habilita al Estado concedente a dejar sin efecto la exclusividad zonal o a modificar el Área cuando se reúnan, entre otros, estos recaudos: "La Concedente podrá dejar sin efecto la Exclusividad Zonal o modificar el área dentro de la cual se ejerce, cuando innovaciones tecnológicas conviertan toda o parte de la prestación del servicio público de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica que reviste hoy las condición de monopolio natural, en un ámbito donde puedan competir otras formas de prestación de tal servicio. La extinción total o parcial del derecho de Exclusividad Zonal implicará la consecuente extinción total o parcial de la obligación reglada en el artículo 2° de este Contrato y la pertinente modificación de las cláusulas contractuales, a los efectos de determinar la nueva forma de regulación de la actividad de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica..."²⁰

Ahora, analizar esta posibilidad de desregulación total o parcial por avance tecnológico resulta –al escribir estas líneas en 2016– baladí. Ello pues el primer período de gestión, que iba a correr por quince años, desde la toma de posesión en 1992 hasta el 2007, fue implícitamente suspendido por la ley 25.561 de enero del 2002 antes de que se cumpliera el segundo quinquenio del primer decenio. Esa ley de emergencia, al momento de escribir estas líneas, se halla prorrogada hasta fines de 2017 en virtud de la ley 27.200. La suspensión de ese primer período de gestión puede concebirse como sujeta a la renegociación de la ley 25.561 que culmina con la Revisión Tarifaria Integral a realizarse en el marco de la renegociación a la que invitara la Ley 25.561²¹. En lo que aquí interesa, se habrá dado por cumplido el primer período de gestión al cabo del período tarifario quinquenal que transcurrirá a partir de que entre en vigencia esa Revisión Tarifaria Integral²². La expresión clave aquí es la de la "entrada en vigencia".

Cabe poner de resalto que esa entrada en vigencia ha sido instada por medio del Decreto 367/2016. Tal dato es neural pues permitirá que se vuelva a la normalidad

20 Ver los dos contratos citados en n. 786.

21 Acta Acuerdo, cláusula 21a., publicada en: <http://www.edenor.com.ar/cms/files/SP/acercadeedenor/actaAcuerdo.pdf> y su similar para Edesur.

22 Ver Res. ENRE 466/2007, para Edesur, en: [http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/\(\\$IDWeb\)/F3F8D6C7E314D7D8029271200577290...](http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/($IDWeb)/F3F8D6C7E314D7D8029271200577290...)

“cronológica” de las dos concesiones de referencia, comenzando a correr el último quinquenio del primer período de gestión y habilitándose, en su caso, y según el avance tecnológico, alguna posible desregulación total o parcial o figura asimilable a ella, tal como ha ocurrido en otros países²³, o no, según aquel avance.

El cronograma para la Revisión Tarifaria Integral ha sido plasmado en la Res. ENRE 55/2016²⁴. Esa revisión será tan omnicompreensiva que podrá comprender la modificación del “régimen tarifario” de la concesión. Tal posibilidad, que en el art. 31 del Contrato de Concesión se halla prevista para ser concretada quinquenalmente a partir de los primeros 10 años de prestación de servicios en un todo de acuerdo a los principios de la ley 24065, ha sido consagrada en el Acta Acuerdo del 2006 ratificada por el correspondiente decreto presidencial²⁵ pero no implementada por no haberse llevado a cabo la respectiva Revisión Tarifaria Integral²⁶. Por cierto, tal modificación no podría soslayar la eficiencia que exige el art. 42, Const. Nac.²⁷

Veamos, por todo ello, cuál fue el modo de regulación de las tarifas en el esquema originario para luego considerar, brevemente, las alternativas en vistas de un primer período de gestión hipotéticamente finalizado.

2. Regulación de las tarifas

Sin perjuicio de la anormal situación –reñida con los contratos oportunamente concluidos– en la que se hallan las tarifas desde la entrada en vigencia de la ley de

23 Ampliar en Sin Autor, “An Alternative History of Energy Deregulation and Energy Price Comparison in the UK”, en: <https://www.theenergyshop.com/HomeEnergy/advice-guides-deregulationHistory#V335XFcAzZ>

24 Puede verse en: [http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/\(\\$IDWeb\)/BFD0E7463519BB1403257F8C0043675B](http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/($IDWeb)/BFD0E7463519BB1403257F8C0043675B)

25 Ver la definición de “Revisión Tarifaria Integral” en el Acta Acuerdo publicada en: [http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/\(\\$IDWeb\)/40B74A1D249D867E0325725D004B8AAB](http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/($IDWeb)/40B74A1D249D867E0325725D004B8AAB), para Edesur, y en: <http://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/042563ae0068864b04256385005ad0be/f18488540dc12330325725d0053f9d4?OpenDoc> para Edenor

26 La definición de Revisión Tarifaria Integral, reiterando la posibilidad de modificación del régimen tarifario, se halla, en el Acta Acuerdo, consagrada en estos términos: “Es el procedimiento que implementará el Ente Nacional Regulador de la Electricidad durante el período comprendido entre el 21 de septiembre de 2005 y el 31 de mayo de 2006, con el objeto de determinar el nuevo régimen tarifario de la Concesión, conforme a lo estipulado en el Capítulo X ‘Tarifas’ de la Ley N° 24065, su reglamentación, normas complementarias y conexas, y las Pautas previstas en este instrumento. El nuevo régimen tarifario resultante de la RTI será de aplicación a partir del 1° de agosto de 2006, conforme a las condiciones que se establecen en este Acta Acuerdo.” En forma concordante, ya desde 1992 el art. 42 del decreto reglamentario de la ley 24065, Dto. 1398/1992, establece que el “Régimen Tarifario y el Cuadro Tarifario que se establezcan en los contratos de concesión de distribución y comercialización de energía eléctrica, que se otorguen como resultado de la privatización de tal actividad en los términos del artículo 95 de la Ley 24065, podrá ser aplicable por un período inicial de diez (10) años, a los efectos de otorgar un marco de referencia adecuado a la prestación del servicio público.” Es esta última norma la que permite que, para el último quinquenio de los primeros quince años, que comenzará con

emergencia 25.561, de 2002, es relevante repasar el aspecto tarifario pues constituye un punto central de todo marco regulatorio, y los marcos regulatorios protegen al usuario y al prestador que se halla bajo la obligación de brindarle el servicio.

En rigor, las tarifas correspondientes a las actividades declaradas servicio público pueden ser reguladas de muchas formas; en lo principal, y entre muchos otros sistemas, mediante el sistema anglosajón de *price cap* o mediante el sistema norteamericano de *rate of return*. En el esquema originario, la determinación del modo de regulación de las tarifas de distribución eléctrica de las distribuidoras eléctricas en Argentina –y, en especial, de las dos distribuidoras de referencia– fue pasible de elevadas opiniones doctrinarias diversas respecto de cuál había sido la opción regulatorio-tarifaria.

Por un lado, Bastos y Abdala²⁸ no enunciaron abiertamente que se esté ante un régimen de *price-caps*. Por el contrario, Lewington²⁹, Martínez de Vedia³⁰, Barreiro³¹, Bianchi³² y Ricciardi³³ sostuvieron que se trata de *price-caps*, postura a la que se sumaron Palacios³⁴ y la institución FIEL³⁵; Tawil también expresó que predomina ese sistema³⁶, e idéntica tesis, por sus fundamentos, por la coautora del presente³⁷. Ahora, Lorenti, por otros fundamentos, advirtió una regulación por *price-caps* indirecta³⁸, y Bosch entendió que se trataba de un modo de regulación original, con características propias³⁹.

28 Bastos y Abdala, op. cit., pp. 206 y 239.

29 Lewington, Ilka, “Experiences and Trends in Utility Regulation: Developing and Transforming Economies”, en *Regulatory Review 1997*, Centre for the study of Regulated Industries, Chartered Institute of Public Finance and Accountancy, Londres, 1997, p. 158.

30 Martínez de Vedia, Rodolfo, *La organización en la regulación de servicios públicos*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, pp. 216-217.

31 Barreiro, op. cit., p. 153.

32 Bianchi, op. cit., t. 1, esp. p. 332 y ss.; entre otros.

33 Ricciardi, Dario A., “Reflexiones sobre aspectos de la regulación tarifaria en los servicios públicos del sector eléctrico”, en *ReDA*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, N° 48, pp. 453-483, esp. p. 475.

34 Palacios, Mariano, “El estado actual de la regulación en el sector eléctrico. Las facultades del regulador y sus límites a la luz de los criterios de la Procuración del Tesoro de la Nación”, en *ReDA*, Lexis Nexis Depalma, Buenos Aires, 2004, N° 47, pp. 221-260, esp. p. 229.

35 Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos - Teoría y experiencia argentina reciente*, Buenos Aires, 1999, p. 520.

36 Tawil, Guido S., “Avances Regulatorios en América Latina: Una evaluación necesaria”, en *El Derecho Administrativo*, t. 2000-2001, ps. 380/404, esp. ps. 392/395.

37 Sacristán, Estela B., *Régimen de las tarifas de los servicios públicos*, Ábaco, Buenos Aires, 2006, pp. 374-389.

38 Lorenti, Pedro M., “Aproximación al régimen jurídico del sector eléctrico en la República Argentina y a sus fuentes en el Derecho comparado”, en *RAP*, Cs. de la Administración, Buenos Aires, 1997, N° 227, p. 83 yss., esp. p. 120.

39 Bosch, Juan, “El método de cálculo tarifario en el sector eléctrico nacional” en *ReDA*, Lexis Nexis Depalma,

Debe indagarse en el modo de regulación adoptado pues devela elevado interés académico y práctico de cara a la tarifa que sufragan los usuarios.

2.1 Periodicidad, índice, factor de eficiencia y de inversiones

La ley 24.065 prescribe que las tarifas que de los distribuidores eléctricos deben posibilitar una razonable tasa de rentabilidad a aquellas empresas que operen con eficiencia. Dicha norma agrega que esa tasa de rentabilidad debe guardar relación con el grado de eficiencia y eficacia operativa de la empresa⁴⁰. Parecería haber sido, entonces, un objetivo del privatizador el que se privilegiara –entre otros objetivos– la eficiencia.

El objetivo de eficiencia que se les fija a las firmas también se halla previsto en la ley⁴¹, al igual que el objetivo de inversiones⁴². La aplicación del índice, indicador de mercado que refleja los cambios de valor de bienes y/o servicios, se halla consagrada en la ley⁴³.

En relación a la periodicidad, se prevé, para los distribuidores, un cuadro tarifario inicial válido por un período de 5 años. Finalizado el quinquenio inicial, el ente fija nuevamente las tarifas por períodos sucesivos de 5 años, fijándose los nuevos precios máximos según el precitado art. 42⁴⁴.

En suma, a partir del estricto texto de la ley 24065 se deduciría una fórmula del tipo $RPI - X + K$, con revisiones quinquenales. Ello sin perjuicio de los costos trasladables en más o en menos (*pass through*), costos incontrolables para la firma⁴⁵. Hasta aquí, nada diferenciaría este esquema del adoptado en otros servicios públicos, como la distribución de gas.

Asimismo, al igual que en este último sector, el art. 46 de la ley 24065 permite poner el marcha el procedimiento de pedido de ajuste por causas objetivas y justificadas, que, dados esos extremos, no está sujeto a recaudo temporal alguno.

40 Ley 24065, art. 41.

41 Ley 24065, art. 42, inc. c).

42 Ley 24065, art. 42, inc. c).

43 Ley 24065, art. 42, inc. c).

2.1.1 Periodicidad

Se considera este elemento en relación al segmento distribución eléctrica. En el segmento distribución eléctrica, la reglamentación⁴⁶, y, consecuentemente, los Contratos de Concesión de las distribuidoras⁴⁷ unificaron los dos primeros quinquenios; ello, bajo la premisa de otorgar un marco de referencia adecuado a la prestación del servicio público. Así, el primer “período tarifario”, que no debe ser confundido con el primer “período de gestión” al que se aludió en la sección precedente del presente, para las concesiones de distribución eléctrica, quedó fijado en 10 años, siendo quinquenales los subsiguientes. Por ende, la primera revisión tarifaria deviene decenal, y quinquenales las subsiguientes. Desde cierta perspectiva, la decisión de unificar los dos primeros quinquenios guarda arreglo con las decisiones, del plano político-económico, que el privatizador puede adoptar a efectos del éxito de la operación privatizadora, luego consensuadas en el respectivo contrato. Empero, cabe señalar que se habrían formulado reparos a esa unificación⁴⁸. A su vez, la primera revisión –o revisión decenal– prevista normativamente para el 2002 ha sido paulatinamente reprogramada⁴⁹ por el Ente competente y no podría haber sido de otra manera dada la transitoriedad de las medidas que generó el imperio de la ley 25561. Solo el decreto 367/2016 habría venido a poner un hiato tendiente a la normalización regulatoria tarifaria, para beneficio, fundamentalmente, de los usuarios.

Por ello, en este contexto, y en lo que a las distribuidoras Edenor y Edesur respecta, cabe remitir a las alternativas ya expuestas en la sección II, in fine del presente.

2.1.2 Índice. Dolarización

Para los contratos de concesión de distribución eléctrica, el índice a aplicar semestralmente, para reajustar los rubros costos propios de distribución, costos de conexión y servicio de rehabilitación es un *mix* de índices norteamericanos⁵⁰ destinado a mantenerlos a la par de los costos reales. Asimismo, los costos propios de distribución, equivalentes al costo marginal o económico de las redes

46 Dto. 1398/1992, reglamentación del art. 42, párr. inicial.

47 La referencia es a los Contratos de Concesión de Distribución de Edenor y Edesur citados en n. 786.

48 Confr. Ley 24065, art. 42; Dto. 1398/2992, reglamentación del art. 42, párr. inicial; y Barreiro, *Derecho de la energía...* cit., ps. 641 y 286.

49 Véanse Resoluciones ENRE 265/2000, sobre primera revisión tarifaria de distribución en el 2002; y sus

puestas a disposición del usuario más los costos de operación y mantenimiento de las redes, más los gastos de comercialización, se fijaron en el Contrato de Concesión en dólares estadounidenses⁵¹.

Debe recordarse que la aplicación de los índices extranjeros y la dolarización no fueron, en su momento, pasibles de pretensiones cautelares en pos de su suspensión o inaplicación, más sí recibieron los efectos del art. 8º, ley 25.561 y del dto. 214/02, por lo que hubo, legalmente, un congelamiento mientras impere la mencionada ley, y una pesificación en virtud del citado decreto. Como ya se dijo, la ley 25.561 se halla hoy vigente, hasta el 31 de diciembre del 2017.

2.1.3 Factor de eficiencia y de inversiones

En este acápite y los que siguen debe indagarse en la existencia de un objetivo de eficiencia y, en su caso, de inversiones en cabeza del concesionario de distribución para determinar si, en el esquema originario de la ley 24.65, se está ante *price-caps* o ante algún otro modo de regulación⁵². Cabe aquí considerar lo relativo a las inversiones de la distribuidora, así como los requerimientos de eficiencia a los que se halla sujeta.

Como ya se dijo, en esta privatización se fijó un cuadro tarifario inicial, destinado a regir durante 10 años⁵³, solo reajutable por el índice extranjero ya referenciado; v.gr., una tarifa fija, por un decenio. Se unificaron así los dos primeros quinquenios, generándose un lag o demora regulatoria decenal. Con el Acta Acuerdo ratificada por decreto se han operado ajustes transitorios de las tarifas, pero no se ha efectuado una primera revisión periódica –que se iba a realizar y concluir al terminar el primer decenio– ni se ha ingresado en el último quinquenio del primer período de gestión pues solo contamos, hoy, con una planificada RTI cuya “entrada en vigencia” marcará el inicio del último quinquenio de los primeros 15 años de gestión.

En el esquema originario de la ley 24065, dos nociones por demás novedosas –casi revolucionarias– emergen en la regulación del segmento considerado, que lo apartan del modelo británico: la de obtención de la eficiencia de la firma no mediante la fijación ex ante de un factor de eficiencia explícito, sino mediante el control, por parte de la firma, sobre los niveles de pérdidas técnicas, v.gr., las

51 Subanexo 2, num. 2, 3er. párr., contratos de concesión de distribución de Edenor y de Edesur citados en n. 786.

diferencias entre la electricidad adquirida por la distribuidora en el MEM y la electricidad distribuida y facturada a los usuarios, y mediante la amenaza de aplicación a la firma de descuentos sobre la facturación a usuarios finales en caso de no cumplirse con las normas de calidad establecidas en dicho contrato. Ambas nociones se apoyan en el art. 42, inc. c), acápites 1 y 2, dto. 1398/92, que se refiere expresamente a ellas.

Existen muchos conceptos de eficiencia⁵⁴. Aquí es menester distinguir una específica clase de eficiencia –tenida en mira en el precitado art. 42, inc. c)– que hace al resultado esperado desde la perspectiva de las cuentas de la empresa. Durante el primer decenio, a tarifa fija –solo reajutable por el índice para mantenerla a tono con los términos reales– la distribuidora debe evitar las pérdidas técnicas superiores al porcentaje fijado por el regulador a los fines de su reconocimiento⁵⁵ o bajarán sus ingresos, y debe brindar la calidad requerida⁵⁶ o descenderán sus ingresos. No se trata, entonces, de la eficiencia asignativa o productiva propia de los *price-caps* que se advierten en, por ej., la ley 24.076 del Gas, sino de una eficiencia de resultados prevista, como se dijo, en la reglamentación, que hace a reducir esa clase de pérdidas para llevarlas al porcentaje predeterminado por el regulador (con un efecto inmediato de, a tarifa fija, recomponer la ecuación tenida en mira al ofertar) y a alcanzar el nivel de calidad exigido para evitar la aplicación de penalidades que reducen los ingresos tarifarios de la firma (y así poder mantener los ingresos dentro de los márgenes de dicha ecuación, o incluso mejorarlos).

El riesgo, durante el desarrollo del contrato en épocas de normalidad, v.gr., vigente el reajuste por el índice previsto, entre otros extremos, por el cumplimiento de ambos objetivos de eficiencia de resultados recae exclusivamente sobre la distribuidora. Ello pues, desde el punto de vista de las inversiones, esta eficiencia de resultados⁵⁷ parece decirle a la firma: invierta para no tener reducción de

54 Puede verse Sacristán, op. cit., pp. 298-304.

55 De alrededor del 10%, conf. Barreiro, op. cit., p. 643.

56 Contrato de Concesión de distribución de Edenor y Edesur citados en n. 786, art. 24 y Subanexo 4, introducción y sección 5. Cfr., empero, CNACAF, Sala III, “Edenor S.A. Empresa Distribuidora S.A. c/ ENRE, Resol. 80/94”, del 27/8/1996 y la interpretación restrictiva allí efectuada.

57 “Son [los concesionarios] los únicos responsables del servicio concesionado y deben determinar, a su criterio, los trabajos e inversiones que consideren necesario efectuar para dar cumplimiento a la prestación del servicio a su cargo, cumpliendo con los niveles de calidad preestablecidos. No se controla, por lo tanto, la gestión empresarial sino sus resultados. Cuando tales resultados no son los adecuados, se generan incumplimientos a los correspondientes regímenes de calidad de servicio, originándose sanciones a las concesionarias cuya aplicación, como señal, induce a mejorar la calidad en la prestación de los mismos”; conf. Silva de Alfano, María Graciela Andina - Schneider, Rolando, “La reestructuración del sector eléctrico argentino a través del actual marco regulatorio: Aspectos novedosos”, en

sus ingresos derivados de pérdidas técnicas excesivas; invierta en calidad⁵⁸ en la medida en que lo considere necesario⁵⁹ –con plena autonomía empresarial⁶⁰, sin aprobación previa de un factor K explícito⁶¹– para no ser punida bajo la reglamentación⁶² y el propio contrato⁶³ volcando descuentos en su facturación. Por ende, dada la tarifa fija ya aludida, la firma efectuará esas inversiones utilizando los ingresos provenientes de la tarifa que sufraga el usuario. Más tal visión podría conducir, sorprendentemente, a la conclusión –errónea, cabe apuntar– de que se está ante una fórmula que es puro factor K o donde X y K son equivalentes, neutralizándose mutuamente.

Esa falaz conclusión se supera a poco que se advierte que los requerimientos de calidad van in crescendo, según el contrato, en épocas de normalidad, sin un correlativo ajuste de la tarifa intra-decenio⁶⁴. Correlato de ello es que, en épocas de emergencia, a tarifas congeladas, pierden virtualidad los objetivos de calidad contractualmente acordados, aumentando, además, en épocas de crisis social, las pérdidas no técnicas. Con respecto a las pérdidas técnicas, como su anormal aumento no provoca ajuste alguno en la tarifa debiendo ser soportada por la empresa dentro del porcentaje antes mencionado, esta se hallará, en épocas de normalidad, naturalmente incentivada a prevenirlas mediante inversiones acordes.

La traducción matemática de la eficiencia de resultados apuntada es equivalente a las pérdidas económicas de la firma por alejarse del 10% de nivel de pérdidas técnicas prefijadas por el regulador, un marginal entre lo adquirido en el MEM y lo distribuido a los usuarios; también es equivalente, numéricamente, a la cantidad de pesos descontados o bonificados a los usuarios cuando se incumple la calidad exigida. Esos guarismos son el factor X. Sentado ello, parecería claro que su valor económico en nada difiere del monto que, a título de reducción por aplicación del factor X, aplicaron las licenciatarias de gas, a las facturas de los usuarios, en la primera factura del año 2000.

58 Barreiro, op. cit., p. 641; opinión recogida en Ricciardi, op. cit., p. 474.

59 Dto. 1398/1992, Anexo II, reglamentación del art. 18 de la ley 15.336, inc. 4°.

60 Inc. 5°, Anexo II citado. Es que las inversiones son del exclusivo resorte de la empresa; conf. Silva de Alfano - Schneider, op. cit., esp. p. 97.

61 En igual sentido, García Cuerva, Mariano, "Contratos de concesión de servicios públicos y tarifas", en LL 2004-C, pp. 1509-1518, esp. p. 1511.

62 Dto. 1398/1992, art. 42, inc. c 2.).

63 Contrato de Edenor, Subanexo 4, num. 5.1; contrato de Edesur, Subanexo 4, num. 5.1.

64 Véanse contratos citados, Subanexo 4 (normas de calidad del servicio público y sanciones), num. 1, y etapas allí prefijadas en un cronograma, y remisiones allí efectuadas. Se trata de las etapas septiembre 1992/

Por último, las ampliaciones de la red son asumidas por el distribuidor⁶⁵ dentro del área física donde se halla bajo una obligatoriedad de conexión. Sobre él recaerían todos los costos respectivos⁶⁶, pero dentro de la ecuación que brinda la tarifa fija decenal originaria a modo de factor K⁶⁷, pues serán cubiertas por la tarifa fija inicial decenal⁶⁸, con obligatoriedad de conexión sin cargo al usuario⁶⁹ so riesgo de sanción. Esa ampliación, ya operando, será encauzada en el régimen descripto de estímulo a la calidad y a la corrección de pérdidas⁷⁰.

No se detecta, por ende, que el tránsito de la ley 24.065 a su reglamentación y a los contratos de concesión de distribución haya demarcado un notorio apartamiento, en la específica materia de los resultados esperados, del régimen de *price-caps* concebido en la ley y los fines que este persiguiera. Es más, a todo evento, el original sistema descripto coadyuva, textualmente, a la calidad y eficiencia prevista en el art. 42, CN. Por cierto, nada impediría que, en el marco de una revisión del "régimen tarifario" ya cumplido el primer período de gestión, se fijaran, explícitamente, el objetivo de eficiencia y de inversiones, ex ante, para el siguiente período (quinquenal). Pero ello no parecería aconsejable, dada la eficacia que el original sistema ideado por el privatizador tiene, especialmente de cara a la protección de los intereses de los usuarios.

En síntesis⁷¹, solo con verdadero afán teórico podría argüirse que se está ante un $RPI - X + K +/- C$ más ello, durante el primer decenio, y en los originales términos reseñados, cuyos beneficios para los usuarios son innegables, con un objetivo de eficiencia (X) inicial superior a cero, que estaba destinado a aumentar, en etapas, intra-decenio, y un factor de inversiones (K) a dicho objetivo asociadas, en el marco de un lag regulatorio inicial de un decenio. Ello, sin perjuicio del

65 Contrato de Edenor, art. 31, inc. a); contrato de Edesur, art. 31, inc. a), citados en n.786.

66 Inc. II, Anexo II cit. en n.825.

67 Véase Ricciardi, op. cit., p. 476, donde alude al factor K.

68 Bosch, op. cit., p. 773. "en el caso de la distribución eléctrica, se obligó a las empresas a realizar todas las inversiones necesarias para abastecer la demanda dentro de su área, incluyendo expansiones, e incorporando el costo de ello en las tarifas. El incentivo a realizar tales inversiones se lo ha incorporado en forma indirecta, a través de las penalidades que se aplican ante una infracción a las obligaciones impuestas, sea por la calidad de su servicio técnico o comercial o por la falta de cobertura de las solicitudes de suministro dentro de su área de concesión".

69 Res. ENRE 133/1997 (derogada) y Res. ENRE 420/2001, publicada en <http://www.enre.gov.ar/web/web.nsf/home?openframeset>, confirmada por Res. ENRE 671/2001 y Res. SE 1034/2004.

70 Contrato de Edenor y contrato de Edesur citados en n.786, art. 2, por remisión al Subanexo 4, que se titula "Normas de calidad de servicio y sanciones"; reglamentación del art. 42, inc. 1, acápages 1 y 2.

71 Ricciardi, op. cit., p. 476: "todos los elementos destacados nos conducen a concluir que el marco regulatorio eléctrico se ha inclinado por implementar, en el sector referido, el sistema del *price-cap*, donde cada uno de los elementos de su fórmula ($RPI - X + K$), con las particularidades descriptas en el artículo 42 de la ley 24.065,

traslado de ciertos costos (C)⁷². Y todo ello, para épocas de normalidad, permítase la reiteración: la etapa que iba a concluir en septiembre del 2002 fue afectada por la ley 25.561, de enero de ese año.

En consecuencia, el privatizador parece haber querido que la distribuidora invirtiera, a tarifa fija, durante los 10 primeros años o primer período tarifario, y por ello fijó metas de calidad y obligaciones de conexión. Esa tarifa fija por un doble período quinquenal (primer decenio) fue un valor dado al momento en que se pusiera en venta el paquete accionario⁷³. Para el segundo período tarifario (quinquenal), posterior al primero (decenal), se restablecerían –para beneficio de los usuarios– nuevas exigencias en materia de eficiencia e inversiones a ella asociadas⁷⁴, dentro del cauce legal de recupero de costos, inversiones y rentabilidad razonable. En el marco de ese segundo período (quinquenal), los objetivos de eficiencia e inversiones, implícitos –si se quiere– en el primer período, tal como se vio, podrían ser establecidos expresamente por el regulador. Y para el año 15, final del primer período de gestión, se decidiría algo más trascendente que esos objetivos: se resolvería relicitar el paquete accionario mayoritario de la sociedad concesionaria, y se resolvería en materia de mantenimiento de la exclusividad dentro de las posibilidades tecnológicas⁷⁵, dentro de las particularidades adelantadas en la sección II del presente.

2.1.4 Alternativas

Por cierto, la incidencia de la ley 25.561 vino a quebrar todo este diseño originario⁷⁶, de sólido y delicado equilibrio normativo y contractual, enderezado a la obtención de calidad, e inversiones a ellas vinculadas, destinadas a beneficiar a los usuarios. Y, como ya se dijo, al presente, la primera revisión tarifaria “decenal”, prevista normativamente para el 2002, ha sido paulatinamente reprogramada por el regulador⁷⁷, suerte de *lag* unilateralmente dispuesto que posterga, para los usuarios, los beneficios que la revisión pueda deparar, lapso que viene

72 Véase, por ej., art. 40, inc. c), ley 24065; art. 42, inc. d) de dicha ley.

73 Conf. García Cuerva, op. cit., p. 1518.

74 Art. 42, ley 24065. Incluso, nuevas metas de calidad, véase 5.4., subanexo 4, de los contratos citados.

75 Contrato de Concesión de Edenor y Edesur citados en n.786, art. 3º, 5º y definiciones de dicho contrato; art. 6º; ampliar en Bosch, op. cit., p. 776.

76 “En el caso de la distribución, para la fijación del primer cuadro tarifario, vigente hasta la actualidad (ya que no llegaron a cumplirse los diez años de su vigencia antes de la sanción de la ley [25561], no se realizó el procedimiento formal y constatable que preveían las disposiciones de la ley”, conf. García Cuerva, op. cit. Con lo que –importante conclusión– quedó pospuesta la relicitación en el sector de distribución eléctrica; véase Bosch, op. cit. pp. 767-778, esp. p. 775-776.

a renovarse con el decreto 367 del 2016 y la expectativa de una Revisión Tarifaria Integral cuya entrada en vigencia dará inicio al último quinquenio del primer período de gestión originariamente destinado a durar desde 1992 hasta 2007.

Es solo al cabo de esos primeros quince años que podrá disponerse –en otros aspectos– en materia de exclusividad zonal y en materia del modo de regulación mismo de las tarifas de la distribución eléctrica. Así, podrá optarse por –entre muchos otros– hacer perdurar el modo de regulación por *price-caps* que se previera originariamente, o por adherir a un modo de regulación distinto, como ser el de *rate of return*, tal vez más complicado en su implementación, pero que atienda primordialmente al nivel de rentabilidad de la empresa prestadora del servicio público considerando los costos.

Todo ello requiere un sinceramiento, al menos, en materia de índice que refleje las variaciones de los precios de los bienes tomados en cuenta para la fijación del cuadro tarifario originario y posteriores.

3. Interrupciones del servicio. Daños

La cuestión de las interrupciones del servicio –“cortes de luz”, en el lenguaje coloquial– y, en forma asociada a ellas, los suministros con tensión por fuera de los rangos admitidos se relaciona también con las tarifas. A tal fin, ya se dijo, en la sección precedente, que el diseño tarifario originario tomaba en cuenta la calidad del servicio, siendo posible la construcción de un factor de eficiencia con el cual las distribuidoras tenían que cumplir.

Más allá de lo debatible que es la determinación exacta del nivel de calidad del servicio que puede exigirse a una concesionaria que ha recibido ajustes tarifarios “de transición” y que espera desde hace cerca de una década la Revisión Tarifaria Integral, y más allá de la cuestión de las interrupciones del servicio originadas no en el segmento distribución mismo sino en los segmentos que la preceden –transporte, e incluso generación– vale la pena detenerse en la trascendente cuestión que anida en lo relativo a los daños que puedan sufrir los usuarios en su persona o en sus bienes en virtud de interrupciones del servicio.

3.1 El caso Ángel Estrada

El debate, en la Argentina, se originó en la cuestión, jurídica, de si tal determina-

Ente Nacional Regulador de la Electricidad— o si ello sería una cuestión a plantear directamente ante los jueces del Poder Judicial, a modo de demanda de daños.

En punto a ello, es menester detenerse en lo decidido por la Corte Suprema en el caso *Ángel Estrada*⁷⁸ sobre la incompetencia del Ente Nacional Regulador de la Energía Eléctrica para resolver un reclamo de daños y perjuicios, por tratarse de una controversia en la cual debe aplicarse el derecho común.

Los hechos y planteos jurídicos que han dado origen a este caso son bien conocidos: la empresa *Ángel Estrada*—que se dedica a desarrollar productos educativos y de oficina, y que brinda trabajo a más de 400 personas⁷⁹— sufrió daños y perjuicios por dos razones: interrupciones en la provisión del servicio y bajas de tensión. Reclamaba por el alquiler de un equipo electrógeno y los sueldos abonados al personal, consecuencia del suministro de energía en niveles de tensión insuficientes para poner en funcionamiento diversas máquinas empleadas en su giro industrial.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 72 de la Ley 24.065, *Ángel Estrada* efectuó su planteo de daños ante el ENRE y este se declaró incompetente para el tratamiento del reclamo, aduciendo que su competencia se limitaba a la liquidación de las multas previstas en el contrato. Confirmada esta decisión por la Secretaría de Energía, *Ángel Estrada* recurrió ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal. La Sala I de este Tribunal revocó por mayoría esta decisión y este pronunciamiento fue motivo de sendos recursos extraordinarios planteados por el ENRE y la Secretaría de Energía⁸⁰.

La Corte Suprema, por amplia mayoría, hizo lugar a los recursos extraordinarios deducidos acogiendo así la tesis de la incompetencia del ENRE⁸¹. En síntesis, la posición adoptada en este fallo cuenta con 7 votos, y el juez Fayt no se pronunció sobre el fondo de la cuestión.

De acuerdo con el voto mayoritario, la incompetencia del ENRE surge de los siguientes argumentos:

78 *Ángel Estrada y Cía. S.A. c/ Resolución 71/96 Secretaría de Energía y Puertos*, Fallos: 328: 651 (2005).

79 Puede verse la propia webpage de la empresa en: <http://www.angelestrada.com.ar/Historia.aspx>

80 En su momento se comentó la decisión de la Cámara nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal en sentido favorable al voto de la mayoría: ver Bianchi, Alberto B.: "Algunas precisiones sobre el alcance de las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores", *El Derecho-Administrativo*, t. 2000-2001, ps. 449/460

81 Votaron en la mayoría los jueces Petracchi, Belluscio (por su voto), Boggiano, Maqueda, Highton de Nolasco, Lorenzetti y Argibay (en disidencia parcial). El juez Fayt sostuvo la improcedencia de los recursos extraordinarios por ausencia de sentencia definitiva y el juez Zaffaroni votó por la confirmación de la

- 1) La facultad de resolver conflictos entre particulares por parte de organismos de la administración dotados de jurisdicción, desconoce lo dispuesto en el artículo 18 que garantiza la defensa en juicio de las personas y sus derechos (considerando 12).
- 2) Para ser válida esta jurisdicción requiere: que tales organismos hayan sido creados por ley; que su independencia e imparcialidad esté asegurada; que el objetivo económico y político tenido en cuenta por el legislador para crearlos (y restringir así la jurisdicción que Constitución Nacional atribuye a la justicia ordinaria) haya sido razonable; y que sus decisiones estén sujetas a control judicial amplio y suficiente (considerando 12).
- 3) En los Estados Unidos la jurisdicción primaria de las agencias se circunscribe a las materias que configuran "el corazón" de las tareas que tuvo en miras el Congreso que las emplazó y comprende los conflictos que originalmente corresponden a los jueces ordinarios, pero que en virtud de un régimen propio, incluyen determinados extremos comprendidos dentro de la competencia especial de un cuerpo administrativo (considerando 13).
- 4) No cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente (considerando 14).
- 5) Los motivos tenidos en cuenta por el legislador, para sustraer la materia de que se trate de la jurisdicción de los jueces ordinarios, deben estar razonablemente justificados pues, de lo contrario, la jurisdicción administrativa así creada carecería de sustento constitucional e importaría un avance indebido sobre las atribuciones que el artículo 116 de la Constitución Nacional define como propias y exclusivas del Poder Judicial de la Nación (considerando 14).
- 6) Admitir que el Congreso pueda delegar, en los órganos de la Administración, facultades judiciales sin limitación material de ninguna especie sería tan impensable como permitir que el legislador delegara la sustancia de sus propias funciones legislativas, lo cual está expresamente vedado en el artículo 76 de la Constitución Nacional (considerando 14).
- 7) La expresión "toda controversia", contenida en el artículo 72 de la ley 24065, debe entenderse como circunscripta a toda controversia válidamente sustraída por el Congreso a la competencia de los jueces ordinarios (considerando 15).

el reclamo de daños y perjuicios planteado por el usuario con sustento en el Derecho común, resulta extraño a las atribuciones conferidas al ente regulador por el artículo 72 de la ley 24.065 (considerando 15).

- 9) Una eventual decisión condenatoria dictada por el ente regulador carecería de autoridad de cosa juzgada y no sería susceptible de cumplimiento forzoso conforme a las reglas relativas a la ejecución de sentencias pues la ley respectiva no le ha otorgado estas cualidades a las decisiones del organismo. Así, su intervención resultaría estéril pues no podría satisfacer el reclamo de daños y perjuicios por medio de una decisión que conforme a la ley tuviera un alcance equivalente al de una sentencia condenatoria (considerando 15).
- 10) La demandada alegó la existencia de caso fortuito o fuerza mayor y negó la existencia del perjuicio invocado por el usuario, de modo que el conflicto debe resolverse por aplicación de los principios contenidos en la legislación común tal que la disputa no puede resolverse por aplicación del régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público de electricidad (considerando 16).

Hasta aquí el voto de la mayoría. Veamos ahora los fundamentos del voto del juez Belluscio, que son coincidentes con los anteriores.

- 1) La atribución de competencia jurisdiccional a los órganos y entes administrativos debe ser interpretada con carácter estricto debido a la excepcionalidad de la jurisdicción confiada a aquéllos para conocer en cuestiones que en el orden normal de las instituciones corresponde decidir a los jueces (conf. artículos 75, inc. 12, 109, 116 y 117 de la Constitución Nacional), (considerando 9).
- 2) El legislador no ha querido atribuir al ente la resolución de controversias sobre daños y perjuicios reclamados por usuarios con motivo de la prestación del servicio público de distribución de energía eléctrica pues el poder de policía atribuido al ente para regular y controlar aquélla no sirve de fundamento para decidir litigios entre particulares que deben resolverse sustancialmente por aplicación de normas de Derecho común (considerando 12).

Por último, el voto de la jueza Argibay adhiere sustancialmente al del juez Belluscio y ratifica la incompetencia del ENRE para resolver una controversia de daños y perjuicios regida por el Derecho común. No obstante –en lo que aquí interesa– este voto se aparta de aquél al cual adhiere, en relación con las citas que figuran al final de los considerandos 8° y 9°.

A partir de la enumeración de argumentos reseñados, pueden formularse algunas reflexiones en materia de fuentes citadas, en materia de competencia del ente regulador, y en materia de separación de poderes.

3.1.1 Fuentes citadas

Cabe anotar que la Corte Suprema, en Ángel Estrada, para fundar su decisión, invocó el precedente *Nader*⁸², de la Corte Suprema estadounidense, relativo a la sobreventa de tickets aéreos. Por ende, citó un caso suscitado en el marco de un típico servicio desregulado, en competencia, como el aerotransporte, dónde hay gran libertad de mercado para elegir al aerotransportista. Ello difiere de lo que ocurre en nuestro país con la distribución eléctrica en el ámbito nacional; en especial, en el marco de las dos concesiones de distribución eléctrica de referencia. Como ya se vio, la distribución eléctrica es servicio público, en monopolio natural, con exclusividad zonal, al menos hasta que se cumpla el primer período de gestión de quince años. Se está, entonces, ante un servicio público, caracterizado por un período de exclusividad de quince años en la gestión que solo podría estar seguido de un hipotético rediseño regulatorio en ocasión de que se concretara la relicitación del paquete accionario mayoritario de la sociedad concesionaria, y se resolviera en materia de mantenimiento de la exclusividad dentro de las posibilidades tecnológicas disponibles⁸³.

En el caso de la sobreventa de tickets aéreos, el aerotransportista del precedente estadounidense citado debió compensar a los pasajeros a quienes se les vedara volar pero, al no mediar obligatoriedad en la prestación del servicio, el aerotransportista tuvo oportunidad que adaptar sus cuentas para hacer frente al pago de esas compensaciones. Supuesto bien distinto del que se verifica de cara a los ingresos –tarifas, que son precios altamente regulados– que percibe una concesionaria de distribución eléctrica.

Además, el precedente *Nader* provocó cambios en las reglamentaciones del Civil Aeronautics Board, regulador del sector⁸⁴. En cambio bajo Ángel Estrada cada usuario debe, en principio, perseguir su indemnización en sede judicial, más con serias consecuencias: la distribución eléctrica es un servicio público que se presta

82 *Nader v. Allegheny Airlines, Inc.*, 426 U.S. 290 (1976).

83 Bosch, op. cit., esp. p. 776. Compárese la plena competencia en Inglaterra y Gales, desde 1998; véase Harvey, Brian W. y Parry, Deborah L., *The Law of Consumer Protection and Fair Trading*, 5ta. ed., Butterworths, Londres, Dublin y Edinburgo, 1999, pp. 17-18.

por medio de una red que goza de exclusividad, y mediando obligatoriedad, con lo que el impacto del hacer frente al pago de las indemnizaciones por interrupciones pasadas mientras se presta el servicio a los demás los usuarios bajo las exigencias prefijadas contractual, reglamentaria y legalmente es más gravoso que para el aerotransportista sujeto al pago de las mencionadas compensaciones⁸⁵.

3.1.2 Competencia del ente regulador

En Ángel Estrada la Corte Suprema reconoce la existencia de jurisdicción primaria en los entes reguladores, de modo que estos pueden resolver controversias entre particulares. Mas, no obstante ello, tal jurisdicción está limitada en su ejercicio por el derecho aplicable, ya que el ente no puede resolver aquellas controversias que requieran aplicar el Derecho común, pues ello corresponde a los jueces ordinarios⁸⁶.

En síntesis, el ente regulador en materia jurisdiccional actúa como una suerte de "fuero regulatorio" de estrecha capacidad operativa pues su competencia está solo limitada a la aplicación del "régimen estatutario que conforma el marco regulatorio del servicio público para cuya administración fue especialmente creado"⁸⁷. Tal la restrictiva interpretación de su competencia.

3.1.3 Separación de poderes

En materia de separación de poderes, y en el marco de los reclamos de daños y perjuicios como los de la empresa involucrada, distinguida doctrina ha afirmado que, en Ángel Estrada, el Derecho administrativo ha cedido su lugar al Derecho privado cuando se trata de litigios entre particulares, extraños a la especialidad de los marcos regulatorios; interpretación que permite dar cumplimiento al principio de separación de poderes que surge de la Constitución Nacional⁸⁸, también ha afirmado que excede la competencia del Ente Regulador entender en una contienda entre usuario y prestador con fundamento en daños

85 Sin embargo, como en *Ángel Estrada*, se trata de un "juzgamiento pretoriano particularizado, atendiendo a los detalles de cada cuestión planteada", conf. Nallar Dera, Daniel M., *Regulación y control de los servicios públicos*, Marcial Pons, Buenos Aires, Madrid, Barcelona, 2010, p. 109, según el cual el impacto del pago de cada indemnización se morigeraría dados los laxos tiempos judiciales.

86 Bianchi, Alberto B., "Reflexiones sobre el caso Ángel Estrada y sus efectos en la jurisdicción arbitral", *El Derecho-Administrativo*, t. 2005, pp. 487-492.

87 Ver considerando 16, tercer párrafo.

88 Cassagne, Juan C. "Las facultades jurisdiccionales de los entes reguladores (comentarios a la Ley 2005-C, pp. 74-75).

y perjuicios, en tanto sí puede hacerlo en una contienda entre ambos en cuanto a la prestación del servicio del cual el ente es tutor⁸⁹.

Ahora, debe tenerse en cuenta que, a partir del fallo Fernández Arias c/ Poggio⁹⁰, la Corte Suprema había sostenido que la competencia jurisdiccional de los órganos y entes de la Administración era constitucionalmente válida en una simple medida: en la medida en que se asegurara contra estas decisiones un control judicial suficiente, que en términos de este fallo consistía en la exigencia de que los jueces controlen tanto los hechos del caso como el derecho aplicable (considerando 19).

Este principio, después del fallo Ángel Estrada, se ha tornado más rígido o restrictivo pues no cualquier controversia puede ser válidamente deferida al conocimiento de órganos administrativos con la mera condición de que sus decisiones queden sujetas a un ulterior control judicial suficiente (considerando 14).

Según establece la Corte Suprema en Ángel Estrada, al requisito del control judicial posterior, que tradicionalmente se integraba con la creación por ley del tribunal administrativo, la estabilidad, independencia e imparcialidad de sus miembros y el respeto al principio de especialidad⁹¹, se agregan ahora dos más: que el derecho aplicable por los tribunales administrativos solo se circunscriba al régimen estatutario que la ley le ha encomendado administrar y que la ley les haya atribuido la facultad de ejecutar por sí sus decisiones, sin tener que recurrir a un órgano judicial.

El primero de ellos implicaría una profundización del requisito de la especialidad: no solo se requiere que el caso o controversia sea materia específica de la competencia del ente (especialidad), sino que además se le prohíbe a este ejercer competencia jurisdiccional cuando el derecho aplicable excede el "régimen estatutario que la ley le ha encomendado administrar". Como fundamento de ello, la Corte Suprema entiende que el Congreso no puede delegar, en la Administración, la jurisdicción que corresponde a los órganos judiciales "sin limitación material de ninguna especie" pues ello equivale a transgredir el artículo 76 de la Constitución. Nos encontramos así frente a un nuevo principio, el de la "limitación material".

89 Fanelli Evans, Guillermo E., "Indemnizaciones a usuarios y competencia de los entes reguladores", *LL* 2005-C, pp. 74-75.

90 Fallos: 247. 646 (1960).

91 Cfr. Cassagne, Juan Carlos, *Curso de Derecho administrativo*, 10ma. ed., Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 570: "[L]a competencia en el Derecho Público cumple una función muy similar a la capacidad

estaba debatido en el expediente administrativo, según expresa el dictamen, el alcance de la reparación (“valor de reposición del artefacto”) se encontraba establecido en la norma citada.

En lo principal, en el dictamen se reparó en que, establecido el incumplimiento contractual de la Distribuidora por parte del Ente, la determinación del valor del daño emergente consistente en un objeto determinado no hacía que el Ente invadiera la función del Poder Judicial en tanto se trataba de un dato de conocimiento simple consistente en saber cuánto valía en el mercado el artefacto en cuestión. Por ello opinó que: “No olvidemos que el caso en que la Corte se pronunció trató del reclamo de un resarcimiento por daños compuestos por elementos diferentes del daño emergente directo, puesto que si bien jurídicamente el reemplazo (alquiler) de una máquina afectada integra ese concepto, ya se separa de él en su significado básico. Ya no es el valor de la cosa misma, sino el del que la sustituyó provisoriamente, haciendo incurrir al usuario en un gasto adicional al del artefacto afectado. Este último detalle, de apariencia intrascendente a los ojos del jurista –puesto que, de todos modos, integra el concepto de daño emergente–, marca la línea, sin embargo, entre una jurisdicción y otra, conforme el fallo analizado.”⁹⁶

La Procuración concluyó entonces en que todo efecto que provocara la responsabilidad analizada y excediera del daño emergente entendido como el resarcimiento de la cosa misma afectada debía, para la Corte, ser dilucidado en sede judicial. Por ende, todo efecto que conllevara la reposición –o, en su caso, reparación– de la cosa misma afectada recaería dentro de las competencias del ente regulador.

Tal interpretación por parte de la Procuración del Tesoro guarda armonía con el Reglamento de Suministro bajo el cual se hallan tanto Edenor como Edesur. Su art. 3, inc. e), establece que “En el caso en que se produzcan daños a las instalaciones y/o artefactos de propiedad del usuario provocadas por deficiencias en la calidad técnica del suministro imputables a la Distribuidora, y que no puedan ser evitados mediante la instalación en los mismos de las protecciones de norma, la Distribuidora deberá hacerse cargo de la reparación y/o reposición correspondiente, salvo caso de fuerza mayor. La reparación del daño causado mencionada en el párrafo precedente no eximirá a la Distribuidora de la aplicación de las sanciones regladas en el punto 5 del Subanexo ‘Normas de Calidad del Servicio Público y Sanciones’ del Contrato de Concesión.”

3.3 El dictamen ENRE A.J. 357/2014

A la interpretación reseñada puede agregarse el Dictamen del Ente Nacional Regulador de la Electricidad A.J. 357/2014⁹⁷. En el caso, se inquiría en si dicho Ente era competente para expedirse en materia de daños y perjuicios distintos de los comprendidas en el art. 3º, inc. c), del Reglamento de Suministro. Se trataba de pérdidas de medicamentos, alimentos, alquiler de grupos electrógenos, originadas en interrupciones prolongadas de suministro eléctrico que habían suscitado el dictado de diversas resoluciones que determinaban resarcimiento económico a favor de los usuarios comprendidos.

Luego de un detallado análisis de los antecedentes (incluyendo el Dictamen PTN 64/2006, ya reseñado), se concluyó en que:

- La reforma de la Ley de Defensa del Consumidor reconoce, en ciertos órganos de la Administración pública, competencia para disponer resarcimientos económicos en favor de los consumidores y usuarios por el daño sufrido (en el caso, con motivo de la deficiente prestación del servicio).
- La competencia del órgano administrativo, ejerciendo funciones jurisdiccionales, se reduce al “daño directo” definido en la Ley de Defensa del Consumidor. Solo el órgano judicial puede resolver sobre una reparación integral.
- El tope máximo indemnizatorio que puede fijar la Administración en ejercicio de funciones jurisdiccionales, aplicando la Ley de Defensa del Consumidor, es equivalente a cinco Canastas Básicas Total para el Hogar 3. El usuario siempre tiene disponible la vía judicial si considerare insuficiente el importe así determinado. No hay tope indemnizatorio cuando se reclama la reparación y/o reposición de artefactos con fundamento en el art. 3º, inc. e) del Reglamento de Suministro, que establece la obligación de la distribuidora de hacerse cargo de los daños provocados en las instalaciones y/o artefactos de los usuarios por deficiencias en la calidad técnica del suministro a ella imputables.
- En punto a la opción –reclamar ante el Ente o ante Autoridad de Aplicación de la ley 24.240–, si se persigue la imposición de una multa, el único organismo competente es el ENRE.
- Quienes adquieran un servicio, en su carácter de comerciantes o empresarios, quedan igualmente protegidos por la Ley de Defensa del Consumidor, salvo que el bien sea luego sea incorporado o integrado de manera directa a la cadena de producción.

96. Subscrito al texto publicado en <http://www.enre.gov.ar/portal/verContenido.do?codigo=111>.

97. Ente Nacional Regulador de la Electricidad, Dictamen A.J. 357/2014, del 25/6/2014, disponible en: <http://www.enre.gov.ar/portal/verContenido.do?codigo=111>.

3.4 El fallo Edesur S.A. c/ Resolución AU 380/05 y RRAU 1712/05 y SE 1569/06 y 2063/07

Este fallo⁹⁸ de la Corte Suprema remite a lo resuelto por el Tribunal en Ángel Estrada.

De tal modo, se volvió a la tesis de que el ENRE no puede fijar indemnizaciones por daños ocasionados por interrupción del servicio eléctrico ya que no tiene competencia para dirimir reclamos de daños y perjuicios planteados por los usuarios con sustento en el Derecho común, cuando hay un usuario damnificado a raíz de la interrupción del servicio eléctrico. Se agregó que “tampoco el Reglamento de Suministros aprobado por la resolución 168/92 de la Secretaría de Energía y sus modificatorias atribuye al ENRE competencia para dirimir esta clase de conflictos, a poco que se repare que su art. 3º, inc. e)”⁹⁹. Cabe acotar que, en el caso, a diferencia de lo reseñado en el dictamen del acápite precedente, no se invocaba la aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido el ejercicio de facultades jurisdiccionales por parte de los entes reguladores y su constitucionalidad en la medida en que sus decisiones se hallen sometidas a un control judicial suficiente en decisorios posteriores a las privatizaciones.¹⁰⁰ Los contratos de concesión de Edesur –y de Edenor– corresponden a ese proceso privatizador, según se vio en la sección II, supra.

Ahora bien, también con posterioridad a las privatizaciones, la Corte Suprema ha interpretado que el Ente Nacional Regulador del Gas –cuya similitud, desde el punto de vista de la organización administrativa, con el ENRE es conocida– no podía ser categorizado como tribunal administrativo en tanto no se presentaban las garantías formales de independencia y neutralidad, por lo que la competencia jurisdiccional otorgada por el legislador debía ser ejercida con las limitaciones que surgen de la ley, tal que todo conflicto que excediera de la prestación del servicio correspondía a la jurisdicción judicial.¹⁰¹

No puede negarse que era necesario y beneficioso sostener que los entes reguladores, al resolver controversias que naturalmente corresponderían a los tribunales judiciales, se comportan como tribunales administrativos y podría volcarse

98 E. 141. XLVII. RHE, *Edesur S.A. c/ Resolución 380 y 1712/05 – Ente Nacional Regulador de la Electricidad y otro s/ Resolución 1569/06 - 2063/07*, del 18/11/2014.

99 Dictamen de la Procuración General de la Nación, al que remitió la Corte Suprema en el fallo cit. en nota al pie 879, sección IV.

100 *Comleín Aeroindustrial San Juan S.A. c/ Distribuidora de Gas del Noroeste S.A.*, Fallos 319: 498 (1996).

en ellos la jurisprudencia que nace con Fernández Arias¹⁰². Pero tal tesitura halló, en la interpretación jurisprudencial, un quiebre en el fallo Ángel Estrada, que pareció judicializar –sin límites, según pudo interpretarse inicialmente– los planteos de daños por interrupciones del suministro. Y también halló una suerte de vía de escape en el dictamen Manté, centrado en los supuestos en que el usuario solicita la reposición de un bien dañado.

En el dictamen Manté, mediante la mera consulta de las características de lo reclamado, puede establecerse la competencia o incompetencia del ente regulador. El dictamen ha distinguido dos tipos de daños: los derivados de la reposición de una cosa (en la especie, el equipo de computación del usuario); y los derivados de que el usuario haya tenido que proveerse de otros bienes y servicios (alquilar un generador, pagar sueldos a operarios que no pueden laborar porque no hay luz). Más debe ponerse de resalto que tal clasificación no es ubicable en el Código Civil y Comercial.

¿Cuáles son los efectos del dictamen Manté? En primer lugar, se reparó en que es un dictamen¹⁰³, es decir, es un producto intelectual-jurídico fruto de la actividad consultiva de la Administración, en el caso, emanado del máximo organismo asesor del Poder Ejecutivo. No es fruto ni de la Administración activa ni de la de contralor. Ese dictamen es obligatorio para los cuadros técnicos de la Administración¹⁰⁴, pero será casi inexistente su repercusión entre los particulares –personas físicas o jurídicas– ubicados por fuera de la Administración, a las cuales solo las afecta un acto administrativo notificado o un reglamento publicado, fruto de la denominada Administración activa.

Si se repara en la organización de los órganos y entes estatales, el dictamen en cuestión inclina la balanza de la carga de trabajo hacia el lado de los entes reguladores, aliviando a los tribunales judiciales de la hipotética carga laboral de tener que resolver en materia de reposición de equipos de computación, heladeras o tostadoras, como surge de la opinión analizada. Supuesto bien distinto del usuario que sufre incendio en el hogar por cortocircuito al volver el fluido con sobrecarga luego de un

102 Fernández Arias, Elena c/ Poggio, José s/ sucesión, Fallos: 237: 636 (1960). Puede ampliarse en Bianchi, op. cit., t. I, p. 283 y ss.

103 Ampliar, con provecho, en Muratorio, Jorge, “El dictamen jurídico en la Administración pública nacional”, en *ReDA*, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, pp. 535-571.

104 Hutchinson, Tomás – Biglieri, Alberto, “Breves consideraciones acerca del precedente administrativo”, *Revista IUS*, Año 2, Nro. 3, ps. 1/14, esp. p. 7, en: <http://publicaciones.usat.edu.pe/index.php/ius/article/view/99/90>, donde se expresa que se llama “jurisprudencia administrativa a las opiniones emitidas por los órganos de la abogacía estatal (y en Procuración del Tesoro de la Nación) cuyo cumplimiento es obligatorio para

corte de luz¹⁰⁵ –excluido el supuesto de deficiencias en la instalación interna propia del reclamante¹⁰⁶– y de usuarios como la empresa Ángel Estrada.

Para los usuarios, el dictamen, dentro de su condición genética consultiva, y dado, en el caso de Manté, su acotado campo de acción, centrado en la reposición o, en su caso, reparación de la cosa, es beneficioso pues les permite litigar bajo el principio de gratuidad ante el ente regulador, por la reposición (o reparación) de la cosa dañada¹⁰⁷. Puede recordarse, a modo de ejemplo, que la cantidad de cortes por cliente, para Edenor, aumentó de 6.41 en 2010 a 8.88 en 2015¹⁰⁸. Tal aumento –maguer el segmento donde se verifican sus causas– evidenciaría como adecuada la apertura de la sede regulatoria para reclamos similares la planteado en el dictamen repasado. Ello pues, como afirmara la Corte Suprema, “[e]n nuestro sistema no existen estructuras sacramentales para los reclamos efectuados por la vía administrativa, sino que, por el contrario, se admite el principio del formalismo moderado en que el particular puede actuar sin patrocinio letrado, de tal modo que el propio ordenamiento jurídico es el que ofrece mecanismos de protección para garantizar la defensa en juicio y el debido proceso.”¹⁰⁹

En cuanto al dictamen ENRE 357/2014, puede advertirse que, implícitamente, el mismo abrió un juego de opciones, en sede administrativa –Ente Regulador u órgano de aplicación de la ley 24.240–, facilitado por el principio de gratuidad para litigar en sede administrativa, en especial en planteos de bajo valor económico; ello pues opinó que solo la persecución de imposición de “multas” debía efectuarse ante el Ente Regulador. Finalmente, la Corte Suprema, en 2014, reiteró, como vimos, la doctrina de Ángel Estrada.

Más allá de las alternativas interpretativas que puedan ofrecer los antecedentes repasados, estimamos que se deberá ponderar, con prudencia, sobre todo, en sede judicial, y en la medida de la información disponible, el efecto, en las cuentas de la distribuidora, de los costos involucrados en hacer frente a los reclamos similares a los de Ángel Estrada. A todo evento, no puede soslayarse que esos

105 Puede verse CNACyCF, Sala III, 15.597/2004, *Cruz Simona c/ Edesur S.A. s/ daños y perjuicios*, causa del 10/4/2007.

106 Puede verse CNACyCF, Sala II, causa 16.211/1995, *Sysnet S.R.L. c/ EDESUR S.A. s/ incumplimiento de contrato*, del 8/11/2001.

107 El dictamen que nos ocupa expresa: “El orden natural de las cosas autoriza a vaticinar que, frente a la amenaza de los costos judiciales por encima de los montos pretendidos, la mayoría de los usuarios optaría por no efectuar su reclamo. Ello, tal como lo manifiesta la Secretaría de Energía (...), importaría en los hechos la consagración de la irresponsabilidad de la distribuidora.”

108 Edenor, *Memoria y Balance 2015 de Edenor*, en <http://www.novedadesedenor.com.ar/memoriaybalance2015/Memoria-y-Balance-2015-esp.pdf>, esp. p. 56.

costos incidirán en un servicio prestado en red, bajo el corset de la doctrina del servicio público y la tarifa prefijada a modo de ingresos.

4. En conclusión

La función esencial de los distribuidores es satisfacer el suministro requerido por los usuarios, y, en tal escenario, es de crucial importancia el aspecto tarifario y la administración de los reclamos de los usuarios. Obligadas a prestar el servicio público concedido, las distribuidoras lo hacen en monopolio natural, bajo un régimen de exclusividad zonal. La ley de emergencia 25.561, hoy prorrogada hasta fines del 2017 en virtud de la ley 27.200, y sus consecuencias tarifarias, podrá hallar un hiato con la entrada en vigencia de la Revisión Tarifaria Integral y sus alternativas normativamente dispuestas. Entre esas alternativas se halla una modificación del régimen tarifario de la concesión; eventualmente, las que un avance tecnológico determine.

La regulación de las tarifas de las dos concesionarias de referencia, bajo la ley 24.076 y sus regulaciones, fue novedosa, y permitió inferir, a favor de los usuarios, los beneficios derivados de la eficiencia, que, asimismo, es manda constitucional (art. 42, Const. Nac.). Pero la incidencia de la ley 25.561 vino a quebrar todo este diseño originario, de sólido y delicado equilibrio normativo y contractual, enderezado a la obtención de calidad, e inversiones a ellas vinculadas, destinadas a beneficiar a los usuarios. Esta escena se ve hoy nuevamente iluminada por decisiones regulatorias tendientes a la recontractualización.

La indemnización de los daños y perjuicios derivados de interrupciones del servicio, originariamente entendidos como judicializados con efectos generales en virtud del restrictivo criterio adoptado en el fallo Ángel Estrada halló, en la jurisprudencia administrativa, posibilidades interpretativas que, sin embargo, se hallan neutralizadas por la ratificación, por la Corte Suprema, del precedente Ángel Estrada. Entre tanto, la espera hasta la recontractualización hace propicio velar por los costos involucrados en la resolución de tales reclamos atento tratarse de un servicio que se presta en red sujeto a las exigencias del servicio público.