

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA NACIONAL*

ROQUE NICOLÁS CAPUTO**

Resumen: El escrito busca describir, condensar y analizar el marco normativo aplicable a los complejos hidroeléctricos nacionales, a propósito del vencimiento del plazo de los contratos de concesión.

Palabras clave: derecho administrativo — privatizaciones — complejos hidroeléctricos — contratos de concesión.

Abstract: The document aims to describe, condense, and analyze the applicable regulatory framework for national hydroelectric complexes, in light of the expiration of concession contracts.

Keywords: administrative law — privatizations — hydroelectric complexes — concession contracts.

I. INTRODUCCIÓN

En la década de 1990 se llevó a cabo la transformación del sector energético argentino. Se pasó de un sistema formado por empresas públicas y guiado por la planificación estatal a otro donde las empresas privadas fueron las protagonistas y el mercado se convirtió en el ordenador, siguiendo un conjunto de ideas económicas conocidas como Consenso de Washington.

En ese contexto se desarticularon y privatizaron las principales empresas energéticas nacionales, entre ellas Hidroeléctrica Norpatagónica SA (Hidronor) y Agua y Energía Eléctrica SE (AyEE) que fueron las

* Recepción del original: 29/09/2023. Aceptación: 24/11/2023.

** Abogado (UNLP).

responsables de construir y operar los principales complejos hidroeléctricos del país.

A diferencia del parque generador térmico, los aprovechamientos hidroeléctricos¹ no fueron vendidos durante la reforma del sector eléctrico de la década de 1990, sino que se entregaron en concesión por un plazo de 30 años en la mayoría de los casos, o se transfirieron a las provincias.

Durante 2023 comenzaron a vencer los plazos de los contratos de concesión y con este hecho se abrió un debate público sobre el destino de dichos aprovechamientos. Esto ocurre en el marco de una transición energética global deliberada que busca reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y mitigar el cambio climático.² Además, dado que las centrales hidroeléctricas de estos aprovechamientos tienen un promedio de vida que requiere grandes inversiones para su renovación, la discusión se vuelve aún más importante.

A pesar de haber perdido participación relativa en la matriz energética frente al aumento de la participación del parque térmico desde las reformas de la década de 1990, la energía hidráulica sigue siendo una de las principales fuentes de generación eléctrica en la Argentina. Cumple un rol fundamental en el despacho técnico y económico de la energía eléctrica, y su desarrollo resulta vital para un sistema energético limpio, económico y confiable.

Teniendo en vista el vencimiento del plazo de las concesiones, la Resolución 130/2022 de la Secretaría de Energía del Ministerio de Economía de la Nación estableció la creación del Equipo de Trabajo de Aprovechamientos Hidroeléctricos Concesionados (Etahc).³ Este equipo, compuesto por representantes de diversos órganos y organismos públicos nacionales, tiene como objetivo principal realizar un relevamiento integral del estado de las concesiones hidroeléctricas de jurisdicción nacional. Dicha

1. En este trabajo se utilizará indistintamente la denominación complejo hidroeléctrico o aprovechamiento hidroeléctrico. También, como se verá, si bien este trabajo se referirá principalmente al aspecto energético de los aprovechamientos, o sea lo que se denomina "central hidroeléctrica", los aprovechamientos son multipropósito y también pueden estar integrados por más de una central generadora de energía.

2. Sumado a ello, en febrero del año 2022 Rusia inició una invasión militar a Ucrania precipitando una serie de cambios geopolíticos de relevancia que impactan en los precios de todos los bienes energéticos a nivel global y modifican las estructuras de los mercados y las cadenas de suministro. Belkaid, "La revolución de los hidrocarburos".

3. Secretaría de Energía, Resolución 130/2022, art. 1.

resolución enumera las centrales hidroeléctricas alcanzadas, que incluyen a Alicurá, El Chocón-Arroyito, Planicie Banderita, Piedra del Águila, Águila del Toro, Los Reyunos, El Tigre, Río Hondo, Los Quiroga, Futaleufú, Cabra Corral, El Tunal, Ullum, El Cadillal, Escaba, Pueblo Viejo, Pichi Picún Leufú y Florentino Ameghino.

Dentro de este contexto histórico, el presente trabajo tiene como objetivo describir y analizar el marco jurídico e institucional de los complejos hidroeléctricos nacionales y abordar algunas de las problemáticas que los afectan. Esto se hace considerando la fragmentación y dispersión normativa existente.

En la actualidad, no existe un conjunto homogéneo y coherente de normas que aborden las diversas dimensiones de esta tecnología, y las normas aplicables provienen de diferentes momentos históricos. Por ejemplo, los preceptos de la Ley 15.336⁴ se construyeron en la época de esplendor de la generación hidráulica y de un fuerte protagonismo de las empresas estatales, sin embargo, la transformación del sector eléctrico se llevó a cabo siguiendo una lógica antagónica, que, a su vez, fue previa a la reforma constitucional de 1994. No obstante, a nivel legislativo, las normas no se adaptaron para conciliar las distintas reformas.

Problemas similares surgen debido a la falta de una legislación nacional unificada sobre la seguridad de las presas o la administración de las cuencas interjurisdiccionales. La falta de resolución de estos problemas contribuye a generar tensiones en las relaciones dentro del Estado federal.

En este sentido, se destacan varias problemáticas que se abordan en el presente trabajo, incluyendo las relaciones entre el Estado nacional y las provincias, los contratos de concesión, los órganos y organismos con potestad regulatoria y el régimen de regalías.

El análisis se centrará en las concesiones de los aprovechamientos Alicurá, El Chocón-Arroyito, Cerros Colorados y Piedra del Águila. Estas son las centrales más grandes en términos de potencia instalada y los primeros contratos en vencer.

En estas palabras preliminares resulta necesario aclarar que se excluyen del presente escrito los complejos hidroeléctricos binacionales Yacretá⁵ y

4. República Argentina, Ley de Energía y Combustible.

5. La Ley 20.646 de 1974 aprobó el Tratado de Yacretá con la República del Paraguay que tuvo por objeto constituir una entidad binacional denominada Yacretá con capacidad jurídica, financiera y administrativa, y también responsabilidad técnica para estudiar, pro-

Salto Grande⁶ por tener un régimen jurídico propio.⁷ Tampoco se abordará el tratamiento de los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos,⁸ ya que se insertan en el régimen de fomento de las energías renovables. De igual manera, no se considerará el tratamiento otorgado a los proyectos exclusivamente provinciales.

El propósito del trabajo es contribuir al conocimiento de parte de un segmento esencial de la cadena de valor de la electricidad, cómo es el de la generación hidráulica y, por ende, de un elemento fundamental de los servicios públicos de electricidad.

II. DESCRIPCIÓN GENERAL DE LA TECNOLOGÍA Y DE SU SITUACIÓN ACTUAL

La energía hidroeléctrica se basa en un mecanismo que aprovecha la energía cinética que libera el agua que cae o corre. En las centrales hidroeléctricas el agua impulsa una turbina que convierte el movimiento en energía mecánica y eléctrica.

Entonces, puede apreciarse que la cantidad de electricidad que se puede generar depende de la diferencia de altura existente entre los reservorios de agua superiores e inferiores, denominada caída o “salto aprovechable” y de la cantidad de agua que circule por el sistema. Estos elementos son la “cota” del embalse y el caudal del río.

yectar, dirigir y ejecutar las obras del aprovechamiento del mismo nombre, ponerlas en funcionamiento y explotarlas como una unidad desde el punto de vista técnico y económico. La central se inauguró en 1994 y alcanzó su cota máxima en 2011.

6. El 30 de diciembre de 1946 se firmó un tratado entre nuestro país y la República de Uruguay cuyo artículo 2 expresa: “Las Altas Partes Contratantes acuerdan designar y mantener una Comisión Técnica Mixta compuesta de igual número de delegados por cada país, la que tendrá a su cargo todos los asuntos referentes a la utilización, represamiento y derivación de las aguas del río Uruguay”. Dicho instrumento fue aprobado por nuestro país en 1948 mediante la Ley 13.213. La central quedó inaugurada, con la puesta en marcha de la última turbina, en mayo de 1983.

7. ARIAS RODRÍGUEZ, “Lineamientos para el marco jurídico de...”.

8. La categoría de pequeño aprovechamiento corresponde a centrales hidroeléctricas de hasta 50 MW de potencia (art. 4 de la Ley 26.190), y esa categoría incluye también las plantas mini y micro que usualmente abastecen sistemas aislados y pequeños consumos dispersos.

Las centrales hidroeléctricas se clasifican, según su capacidad de almacenamiento de agua, en tres grandes categorías: centrales de agua fluyente o de pasada, centrales de embalse y centrales de bombeo o reversibles.

Las centrales de pasada carecen de gran capacidad de almacenamiento, por lo que son altamente dependientes de las variaciones del caudal del río. Son consideradas, en términos del despacho de energía, de "base"; un ejemplo de este tipo es Yacyretá.

En cambio, las centrales con embalse (almacenamiento artificial del agua) pueden ser "despachadas" cuando es necesario, ajustándose rápidamente a las variaciones de la demanda, que es una característica muy valiosa para el sistema eléctrico (control de frecuencia, potencia reactiva e inercia). Por esta razón las centrales hidroeléctricas son el complemento ideal para morigerar la intermitencia de las otras energías renovables como la eólica y la solar y, por lo tanto, resultan una pieza clave para fomentar su desarrollo.

Las centrales de bombeo o reversibles impulsan agua desde un reservorio a otro más elevado, permitiendo acumular agua para ser turbinada en las horas de mayor demanda y consumiendo energía en los momentos de menor. En nuestro país, los complejos hidroeléctricos Río Grande en Córdoba y Los Reyunos en Mendoza son ejemplos de esta tecnología, y la primera es la central más grande de este tipo en Latinoamérica.

Ahora bien, en este punto resulta conveniente realizar una delimitación conceptual de los elementos que componen un aprovechamiento o complejo hidroeléctrico.⁹ Debe tenerse presente que solo una pequeña minoría de los aprovechamientos hidroeléctricos del mundo se construyen exclusivamente para generar energía, la mayoría tienen varios usos.

Algunos de estos usos pueden ser el riego de cultivos, el suministro de agua para consumo humano o industrial, el control de inundaciones y otros fines secundarios como servicios de recreación y transporte. Estos distintos usos que tiene el agua hacen que la regulación de la generación hidráulica sea diferente al de otros tipos de generación de electricidad, lo que implica una coordinación entre distintos actores institucionales, como se verá más adelante.

9. Para ello se utilizarán las definiciones provistas por los contratos de concesión de los aprovechamientos estudiados.

El aprovechamiento o complejo hidroeléctrico es el conjunto funcional integrado por la presa, la central hidroeléctrica, las construcciones, las instalaciones y el equipamiento destinados al desarrollo del emprendimiento.

Cuando hablamos de central hidroeléctrica nos referimos al conjunto funcional de los equipos y las maquinarias generadoras de electricidad e instalaciones complementarias. Por su parte, la presa es la barrera artificial emplazada a través del río para la retención o derivación de las aguas, comprende el muro, el vertedero, el descargador de fondo, las compuertas y sus respectivos mecanismos de accionamiento. Y, por último, se puede definir el embalse como el lago artificial que se forma como consecuencia de la retención del río por parte de la presa.

El principal componente de una central hidroeléctrica es la turbina hidráulica. Por lo general, se equipan con turbinas del tipo "Pelton"¹⁰ (altas caídas), del tipo "Francis"¹¹ (caídas medias a altas), o de hélice o "Kaplan"¹² (bajas caídas), que en conjunto son las más comunes.¹³

Entre las ventajas de las centrales hidroeléctricas se puede destacar que, una vez hundida la gran inversión inicial, tienen bajos costos de operación y mantenimiento. También pueden ayudar a mitigar el calentamiento global, ya que su ciclo de vida produce pocas o nulas cantidades de gases de efecto invernadero en la mayoría de los casos. Asimismo, como se mencionó, las centrales hidroeléctricas con embalse ofrecen una flexibilidad operacional incomparable, ya que pueden responder inmediatamente ante las fluctuaciones de la demanda eléctrica.

10. En la década de 1870, a partir de los usos en las actividades mineras, Lester Allan Pelton fue quien desarrolló esta tecnología. Esta turbina se emplea en grandes saltos con poco caudal. Está formada por un rodete móvil con álabes de doble cuenco. El chorro de agua entra en la turbina dirigido y regulado por uno o varios inyectores, incidiendo en los álabes y provocando el movimiento de giro de la turbina.

11. La turbina Francis fue desarrollada por James B. Francis en 1848. Se trata de una turbina de reacción de flujo interno que combina conceptos tanto de flujo radial como de flujo axial. Las turbinas Francis son turbinas hidráulicas que se pueden aplicar en un amplio rango de saltos y caudales.

12. Las Kaplan son turbinas de agua de reacción de flujo axial, se emplean en saltos de pequeña altura. Las amplias palas o álabes de la turbina son impulsadas por agua a alta presión que se conduce a través de una compuerta. Fue inventada en 1913 por el profesor austriaco Viktor Kaplan.

13. Secretaría de Energía, *Pequeños Aprovechamientos Hidroeléctrico. Energías Renovables*.

Como desventaja se puede decir que los proyectos de grandes presas pueden alterar los ecosistemas fluviales y a las comunidades circundantes, cambiando los patrones de migración de las poblaciones de peces y aves, y obligando a los residentes a relocalizarse. Otra característica negativa es que la relación entre el espacio ocupado y la energía generada es muy superior al de las centrales térmicas, por ejemplo. También debe decirse que en algunos embalses la materia orgánica en descomposición libera metano, un potente gas de efecto invernadero.

En la Argentina, la Secretaría de Energía, mediante una nota¹⁴ del 23 de agosto de 2023 dirigida a la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima dispuso que

toda publicación, documentación y/o información relacionada con tales fuentes de energía, deberá mostrar a las Centrales Hidroeléctricas —cualquiera sea la potencia de su generación, como centrales de Fuente Renovable de Energía [...]

En lo que respecta al desarrollo de esta tecnología de generación, en su informe especial sobre el mercado de energía hidroeléctrica de 2021, la Agencia Internacional de Energía (AIE) informó que la energía hidroeléctrica representa casi un tercio ($\frac{1}{3}$) de la capacidad mundial del suministro de electricidad y tiene el potencial de proporcionar mucho más.¹⁵

Según dicho informe, en los últimos 20 años la capacidad total de la energía hidroeléctrica aumentó un 70 % a nivel mundial, pero su participación en la generación total se mantuvo estable debido al crecimiento de la energía eólica, la solar fotovoltaica y la utilización del carbón y del gas natural. Se prevé que la capacidad hidroeléctrica mundial aumente en un 17 %, o 230 GW, entre 2021 y 2030.

Sin perjuicio del crecimiento, afirma la AIE, alrededor de la mitad del potencial económicamente viable de la energía hidroeléctrica sigue sin explotarse y ello es particularmente alto en las economías emergentes y en desarrollo, alcanzando casi el 60 %.

Un problema actual es que el parque hidroeléctrico existente a nivel mundial se encuentra envejecido. Para 2030, se espera que más del 20 % de

14. Ministerio de Economía, Resolución 567/2024.

15. Agencia Internacional de la Energía, *Hydropower Special Market Report. Analysis and...*

las unidades generadoras del mundo tengan más de 55 años, la edad promedio en la que se necesita reemplazar los principales equipos electromecánicos. Se estima que la modernización de todas las plantas envejecidas requeriría una inversión de 300.000 millones de dólares americanos de aquí a 2030, más del doble de la cantidad que actualmente se espera gastar en ello. Por otro lado, el informe indica que a nivel global el sector público poseía y operaba el 70 % de toda la capacidad hidroeléctrica instalada entre 2000 y 2020.

En nuestra región la participación de la energía hidráulica es muy importante, alcanzando el 46 % de la matriz total, siendo la principal fuente energética de Brasil, Paraguay y Colombia. En Brasil, por ejemplo, representa aproximadamente el 67 % de su capacidad instalada, es el segundo país después de China con más capacidad. La realidad de América Latina no escapa al envejecimiento de las centrales a nivel mundial, ya que la mitad de ellas tiene más de treinta años.¹⁶

En lo que respecta a la situación actual en la Argentina cabe decir, en primer término, que nuestro país fue pionero en América Latina en el desarrollo de la tecnología, ya que a fines del siglo XIX y principios del XX ya se habían construido varios pequeños aprovechamientos, por ejemplo, la Usina Casa Bamba (1897) o la "Usina Molet" (1905), ambas en la provincia de Córdoba, pero en la década de 1960 fue cuando se iniciaron las grandes obras que transformaron el sistema energético argentino.

Como hito de este proceso se destaca que en 1967 el Estado nacional constituyó la empresa Hidronor con el objeto de construir y explotar grandes obras hidroeléctricas en la región del Comahue (cuencas de los ríos Limay y Neuquén), incluyendo las líneas de transmisión e instalaciones complementarias destinadas a llevar la energía hacia los centros de consumo.

Como consecuencia de ello, la participación de la potencia instalada de energía hidráulica en la matriz energética argentina alcanzó a representar cerca del 50 % en las décadas de 1980 y 1990 para pasar, luego de las privatizaciones, a poco más del veinticinco por ciento (25 % actualmente, y del 16 % si se excluyen las centrales binacionales. En tanto la potencia instalada alcanzó en 2021 los 10.834 MW, 7.144 MW si se excluye del cómputo la potencia de Yacyretá y de Salto Grande, y promedió en los últimos 10 años 39.567 GWh anuales de energía.¹⁷

16. Energía para el Futuro, "La generación hidroeléctrica y la transición...".

17. Cammesa, "Informe anual 2021".

La pérdida de participación se debe al crecimiento del parque térmico, principalmente a la incorporación de ciclos combinados alimentados a gas natural (hidrocarburo cuyo precio fue muy competitivo en la década de 1990) y a la muy baja incorporación de nueva generación hidráulica.¹⁸ En los últimos años también se destaca la incorporación de energía renovable, especialmente eólica y fotovoltaica.

En este trabajo se utiliza un criterio jurídico para clasificar a los complejos, según quién sea su titular dominial. Entonces, podemos observar complejos binacionales cuyo titular son los Estados nacionales conjuntamente a través de entes públicos binacionales, provinciales cuyo titular es el Estado provincial, nacionales donde el propietario es el Estado nacional y aprovechamientos privados, cuyo titular es un sujeto de derecho privado (estos últimos son pequeños aprovechamientos).

En lo concerniente a las centrales bajo análisis podemos decir sobre sus características que el complejo hidroeléctrico Cerros Colorados se encuentra ubicado en el valle inferior del río Neuquén y está constituido por las presas Portezuelo Grande, Loma de la Lata, Mari Menuco, Planicie Banderita y El Chañar y los embalses Mari Menuco, Los Barreales y El Chañar. La central hidroeléctrica se denomina Planicie Banderita.

El Chocón se encuentra sobre el río Limay, cuenta con una presa principal del tipo de tierra, una presa compensadora, una central hidroeléctrica del mismo nombre y la central hidroeléctrica Arroyito. El embalse que forma la presa es el más grande del país con 816 km² y se llama Exequiel Ramos Mexía. Alicurá también se encuentra sobre el río Limay, cuenta con una presa constituida por materiales sueltos granulares con núcleo impermeable, obras de descompresión y la central hidroeléctrica del mismo nombre.

Por su parte, el complejo Piedra del Águila también se encuentra sobre el río Limay y conforma una presa de hormigón de gravedad y una central hidroeléctrica del mismo nombre ubicada al pie de la presa.

En cuanto a las características técnicas de las centrales hidroeléctricas propiamente dichas, El Chocón tiene una potencia instalada de

18. En ese sentido se ha dicho que "[...] en la medida que menguaba la construcción de presas la conformación de la matriz energética y eléctrica se desbalancearía a favor del uso de combustibles fósiles, y la relación entre oferta y demanda energética mantendría durante los años finales de la convertibilidad un delicado equilibrio explicable únicamente por los deprimidos indicadores de la actividad económica". RADOVICH, BALAZOTE & PICCINI "Desarrollo de represas hidroeléctricas en la...".

1.200 MW y produce anualmente, en promedio, 3.350 GWh de energía, Planicie Banderita tiene una potencia de 450 MW y tiene una media anual de 1.510 GWh de energía, Arroyito tiene una potencia de 120 MW y produce 720 GWh de energía anual de media, Alicurá tiene una potencia de 1.000.000 MW y produce anualmente de media 2.360 GWh de energía, mientras que Piedra del Águila tiene una potencia instalada de 1.441 MW y aporta unos 5.500 GWh de energía en promedio.¹⁹

En lo que respecta a la composición accionaria de las concesionarias, El Chocón es controlada por Hidroinvest SA y la provincia de Neuquén posee el 30 % de participación, Cerros Colorados es controlada por AV Holding S.A. con un 90 % de participación, Alicurá es controlada por AES Alicurá Holding y Piedra del Águila que tiene una composición accionaria más fragmentada es controlada por Central Puerto SA y el Estado nacional posee un 8 % de las acciones.

Por último, debe tenerse en cuenta que existe un gran potencial de desarrollo de esta tecnología tanto a nivel nacional como a nivel regional.²⁰ En este último caso, pueden mencionarse la ampliación Aña Cuá en Yacretá que se encuentra en ejecución y los proyectos Corpus Christi con Paraguay y Garabí-Panambí con Brasil (ambos en estudio).

También debe ponerse de resalto que se están llevando a cabo, no sin inconvenientes, obras hidroeléctricas de importancia, como son los aprovechamientos del Río Santa Cruz, represas Presidente Néstor Kirchner y Gobernador Jorge Cepernik.²¹ Dichas obras tienen como comitente a la empresa pública Energía Argentina Sociedad Anónima.²²

19. ORSEP, *Inventario de presas fiscalizadas*.

20. MALINOW, *Potencial y Desarrollo Hidroeléctrico argentino*.

21. WALSH, "El caso de las represas hidroeléctricas...".

22. Sociedad Anónima controlada por el Estado nacional creada por la Ley 25.943, la cual tiene entre sus atribuciones la de generar, transportar, distribuir y comercializar energía eléctrica. Esto le permite ser la titular de la concesión que otorgará el Estado nacional sobre dichos aprovechamientos (Resolución 13/2022 de la Secretaría de Energía de la Nación).

III. LAS PRIVATIZACIONES DE HIDRONOR Y DE AGUA Y ENERGÍA ELÉCTRICA

La Ley 23.696 de 1989, que dispuso la reforma del Estado y la emergencia en la prestación de los servicios públicos, estableció el reordenamiento institucional empresario del sector eléctrico.²³ A tal fin, se previó la conformación de una empresa federal de energía eléctrica que involucraría a AyEE, Hidronor y los activos de generación de energía de otras empresas nacionales, en consonancia con lo que fue establecido en el Pacto Federal Eléctrico del 29 de noviembre de 1989.²⁴

Sin embargo, al poco tiempo, por medio de los Decretos 634/91²⁵ y 856/91²⁶ se inició lo que se denominó “reconversión del sector eléctrico”, proceso con características de corte neoliberal destinado a recrear un libre funcionamiento de los mercados y de sus mecanismos de asignación de recursos técnicos y económicos, desarrollando la competencia e instrumentando las medidas que garanticen el logro de una mayor eficiencia.

En ese sentido, el artículo 8 del Decreto 634/91 estableció que AyEE debía llevar adelante un programa de descentralización de sus actividades de generación térmica, y eventualmente hidroeléctrica, a fin de transferir, mediante mecanismos de venta o concesión de sus centrales a inversores privados de riesgo, tratando de que ingresen múltiples oferentes independientes a fin de evitar prácticas monopólicas.²⁷

Posteriormente, la Ley 24.065 de 1991 denominada “Régimen de la Energía Eléctrica”, en su artículo 93, declaró:

[...] sujeta a privatización total la actividad de generación y transporte a cargo de las empresas Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires Sociedad Anónima (SEGBA), Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado e Hidroeléctrica Norpatagónica Sociedad Anónima [...].²⁸

23. República Argentina, Ley de Reforma del Estado.

24. Dicho pacto buscó rediseñar el sector eléctrico ampliando las capacidades provinciales y ordenando la distribución de competencias sobre los distintos segmentos del negocio, pero sin abandonar el rol central del Estado.

25. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Reconversión del Sector Eléctrico.

26. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Modificación del Decreto 634/91.

27. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Reconversión del Sector Eléctrico, art. 8.

28. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 93.

De esta manera comenzó la desintegración y privatización de Hidronor y de AyEE.

El mecanismo para llevar adelante las privatizaciones de los complejos hidroeléctricos fue similar en todos los casos. En primer lugar, se dividieron los activos en unidades de negocios independientes, en segundo lugar, se constituyó una sociedad anónima titular de la concesión para aprovechamiento de la fuente de energía hidroeléctrica y de los activos del complejo y, por último, se sometió a licitación pública la compra del paquete mayoritario de las acciones de dicha sociedad.

III.A. Hidronor

Mediante la Ley 17.318 de 1967²⁹ se constituyó Hidronor como sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, cuyo objetivo consistió, originariamente, en la construcción del complejo hidroeléctrico El Chocón-Cerros Colorados ("la obra del siglo") a efectos de moderar las crecidas y regular los caudales de los ríos Limay, Negro y Neuquén, así como generar energía eléctrica para atender la demanda regional y, en especial, la región metropolitana de Buenos Aires y del Litoral, posibilitándose esto último mediante la construcción del sistema de transmisión de 500 Kv.³⁰

Luego, la Ley 23.411 declaró de interés nacional los estudios, proyectos, trabajos y obras correspondientes al complejo Limay Medio³¹, integrado por los aprovechamientos hidroeléctricos de Pichi Picún Leufú, Michihuao y Pantanitos sobre el río Limay y se autorizó a Hidronor a completar esos estudios y proyectos, y proceder a la ejecución y explotación de los aprovechamientos e instalaciones otorgándole la concesión en los términos del artículo 14, inciso a), de la Ley 15.336.³²

Asimismo, el artículo 5 de la Ley 23.411 declaró sujetas a la jurisdicción nacional las obras hidráulicas y eléctricas que Hidronor construya y explote, y aclaró que tal jurisdicción es exclusiva en todo lo atinente a

29. República Argentina, Ley de Régimen de Sociedades Anónimas...

30. Su objeto social establecía: "construir y explotar obras hidráulicas y eléctricas en la Región del Comahue (provincias del norte de la Patagonia), incluyendo las líneas de transmisión e instalaciones complementarias destinadas a llevar energía desde las centrales hidroeléctricas hasta los sistemas y centros de consumo que se autoricen".

31. República Argentina, Ley de Declaración de Interés Nacional..., art. 1.

32. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 14, inc. a).

los objetivos de interés nacional del complejo, manteniendo las provincias de Río Negro y Neuquén todas las potestades jurisdiccionales propias en cuanto no interfirieran, directa o indirectamente con tales objetivos.³³

Por otra parte, el artículo 13 de la misma norma dispuso que el Estado nacional y las provincias de Río Negro y Neuquén convendrán la utilización de los cupos de agua necesarios para bebida, usos domésticos, industriales y regadío de las áreas susceptibles de aprovechamiento agropecuario-forestal en cada una de las obras del complejo hidroeléctrico Limay Medio.³⁴

La empresa se constituyó al margen de AyEE con el objetivo de captar créditos internacionales y tuvo una visión integrada sobre los recursos de la región del Comahue.³⁵ La gestión inicial de la misma fue buena en términos de construcción y operación, pero luego no estuvo exenta del desprestigio que precedió a las privatizaciones.³⁶

En lo que respecta a su privatización, por el artículo 97 de la Ley 24.065 se derogaron la Ley 17.574 y sus modificatorias (Ley 17.803 y las Leyes 19.955, 20.050, 23.411, 17.866, 19.199, 19.287 y su modificatoria 20.954, 21.937 y 22.938),³⁷ en todos sus aspectos, incluso los vinculados a las concesiones aprobadas mediante estas, en cuanto sean un impedimento a los objetivos de la privatización, la desmonopolización o desregulación de la actividad. En relación con ello, se delegó en el Poder Ejecutivo nacional la determinación de los alcances y de la entrada en vigor de lo dispuesto en el artículo aludido.

En tal inteligencia, se entendió procedente escindir la actividad de transporte de energía eléctrica a cargo de la empresa y establecer la división de los complejos en unidades de negocio independientes, con el objeto de posibilitar una desconcentración de la oferta hidroeléctrica dentro de la oferta total del MEM.

Mediante el Decreto 287/93³⁸ se dispuso la subdivisión de los activos de generación en cinco unidades de negocio independientes, disponiendo la constitución y aprobación de los estatutos sociales de cinco sociedades

33. República Argentina, Ley de Declaración de Interés Nacional..., art. 5.

34. República Argentina, Ley de Declaración de Interés Nacional..., art. 13.

35. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*.

36. ROSELLI, "La privatización de Hidronor".

37. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 97.

38. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas.

anónimas cada una de ellas titular de la concesión del complejo hidroeléctrico del mismo nombre: Hidroeléctrica Alicurá SA, Hidroeléctrica El Chocón SA, Hidroeléctrica Cerros Colorados SA, Hidroeléctrica Piedra del Aguila SA e Hidroeléctrica Pichi Picún Leufú SA.

La desintegración horizontal de la empresa tuvo como propósito la desmonopolización y el fomento de la competencia, ello se aprecia con claridad en las limitaciones de los pliegos de las convocatorias de la privatización que impedían la adjudicación a aquellas empresas que poseían más del 10 % de la energía suministrada en el mercado (Capítulo III).³⁹

Sobre las sociedades constituidas, a los efectos antes mencionados, se determinó que iban a estar regidas por el decreto de creación, por sus estatutos y por lo previsto en el Capítulo II, Sección V, artículos 163 a 307 (sociedades anónimas) y concordantes de la Ley 19.550 (en la actualidad modificada por las Leyes 26.994 y 27.077).⁴⁰

Para la venta del paquete mayoritario de las centrales se utilizó el mecanismo de precio base fijo al contado y oferta competitiva de títulos de deuda externa e interna, en proporciones iguales admitiendo, eventualmente, los bonos de consolidación previsional. Esto quiere decir que parte del precio de las centrales fue abonado con la cancelación de deuda pública nacional.

El paquete accionario de las sociedades concesionarias está compuesto por acciones clase A, B y C. El adjudicatario de la licitación adquirió las acciones clase A (tenían limitaciones temporales para su disponibilidad) y un porcentaje de las acciones de clase B (libre disponibilidad) que le otorgaron el control societario, las acciones clase C eran parte de un programa de propiedad participada. Las acciones clase B restantes, según los pliegos, debían ser vendidas en los mercados de capitales nacionales e internacionales. Las provincias de Neuquén y Río Negro podían suscribir las acciones clase B según acuerdos a realizar con el Estado nacional (punto 12.5. de los pliegos de la licitación).

Por el Decreto 408/93, se dispusieron los llamados a licitación de las hidroeléctricas Alicurá SA, el Chocón SA y Cerros Colorados. Ese mismo decreto determinó que el cronograma de privatización para las

39. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, Capítulo III.

40. República Argentina, Ley de Sociedades Comerciales, arts. 163 a 307.

hidroeléctricas Piedra del Águila y Pichi Picún Leufú debería estar elaborado antes del 30 de abril de 1993.⁴¹

Consecuentemente, por las resoluciones 203/93, 204/93, 209/93 y 357/93 de la Secretaría de Energía, se asignaron los activos, pasivos y personal a Hidroeléctrica Alicurá SA, Hidroeléctrica El Chocón SA, Hidroeléctrica Cerros Colorados SA y Piedra del Águila SA, respectivamente. Por el Decreto 1661/93, se adjudicó el 59 % del paquete accionario de cada una de las tres primeras sociedades a los operadores privados que resultaron adjudicatarios del proceso licitatorio⁴² y por el Decreto 2.665/93 se procedió a la adjudicación del paquete mayoritario de Piedra del Águila.⁴³

III.B. AyEE

Con la fusión, mediante el Decreto 3.967/47,⁴⁴ de la Dirección General de Centrales Eléctricas del Estado (creada por el Decreto 22.380/45) con la Dirección General de Irrigación se creó la Dirección General de Agua y Energía Eléctrica, que luego fue una Empresa del Estado, la que posteriormente, con el Decreto 3.907/77, se transformó en Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado.⁴⁵

Esta empresa pública poseía activos de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica en todo el territorio nacional. De hecho, la Ley 17.004 de 1966 declaró bajo jurisdicción nacional todos los servicios de electricidad que prestaba el Estado nacional por intermedio de AyEE.⁴⁶

Posteriormente, se inició un proceso de "provincialización" de los activos de AyEE, destacándose, en primer término, la Ley 18.586 que facultó en su artículo primero al Poder Ejecutivo Nacional a transferir a las provincias, en las condiciones prescriptas por dicha ley, los organismos y funciones nacionales existentes en los territorios provinciales.⁴⁷ Por el Decreto 258/80 se decidió la transferencia de los servicios de distribución de

41. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 408/93.

42. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1.661/93.

43. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 2.665/93.

44. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 3.967/47.

45. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transformación de Agua y...

46. República Argentina, Ley 17.004.

47. República Argentina, Ley 18.586.

energía eléctrica y de riego de AyEE a las provincias, con la excepción de La Rioja, Santiago del Estero, Tucumán, Río Negro y Mendoza.⁴⁸

Una vez sujeta a privatización, AyEE transfirió diversos activos de generación, transporte y distribución a las provincias a través de convenios particulares. Véase, en ese sentido, que el artículo 94 de la Ley 24.065 dispuso que el Estado nacional deberá acordar previamente con las provincias involucradas los procedimientos para el destino final de los activos de generación hidráulica de AyEE.⁴⁹

A los fines de la privatización AyEE fue dividida en 23 unidades de negocio: una de transporte, nueve de generación térmica, ocho de generación hidráulica, una de generación hidrotérmica y cuatro de transporte de energía eléctrica por distribución troncal.

Para la privatización de las unidades de negocio de generación hidráulica fueron dictados los Decretos 2.259/93⁵⁰ para Hidroeléctrica Diamante SA, 369/94 para Hidroeléctrica Ameghino SA,⁵¹ 888/94 para Hidroeléctrica Río Hondo SA⁵², 1.807/94 para Hidroeléctrica Futaleufú SA,⁵³ 1.903/94 para Hidroeléctrica Río Juramento SA,⁵⁴ 1.394/94 para Hidrotérmica San Juan SA⁵⁵ y 463/95 para Hidroeléctrica Tucumán SA.⁵⁶

En lo que respecta a Hidroeléctrica Diamante, está integrada por los complejos hidroeléctricos Agua del Toro, Los Reyunos y El Tigre, todos ubicados sobre el Río Diamante, en la Provincia de Mendoza. El Decreto 1.694/94 procedió a la adjudicación del paquete mayoritario de acciones de la sociedad.⁵⁷ La Provincia de Mendoza tuvo opción de compra de hasta el 39 % del capital social en acciones clase B.

La central hidroeléctrica Ameghino forma parte del complejo del mismo nombre ubicado en la Provincia de Chubut, que es propietaria del 39 % del capital social de la sociedad, representativo de la totalidad de las acciones clase B.

48. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 258/80.

49. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 94.

50. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Ratificación de un acta...

51. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Hidroeléctrica Ameghino...

52. Secretaría de Energía, Resolución 888/94.

53. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Futaleufú Sociedad...

54. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1.903/94.

55. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1.394/94.

56. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 463/95.

57. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transmisión de Acciones de...

Por su parte, por el Decreto 2.219/94 se adjudicaron las acciones de Hidroeléctrica Río Hondo que está integrada por el Complejo Hidroeléctrico Río Hondo y la Central Hidroeléctrica Los Quiroga en la Provincia de Santiago del Estero.⁵⁸

En cuanto a Hidroeléctrica Tucumán, está integrada por los Complejos Hidroeléctricos Escaba, El Cadillal y Pueblo Viejo ubicados en la Provincia de Tucumán, el Decreto 657/96 realizó la adjudicación del paquete mayoritario de sus acciones.⁵⁹ En virtud del Convenio del 10 de agosto de 1994 celebrado entre el Estado nacional y la Provincia de Tucumán, a esta última le correspondió una participación del 39 % del capital social en acciones clase B.

Merece una mención especial el Complejo Hidroeléctrico Futaleufú, situada en el oeste de la Provincia del Chubut, que originalmente formó parte de un entramado industrial destinado a la producción de aluminio primario. Mediante el Decreto 7.777/69, el Estado nacional declaró de interés nacional la fabricación de aluminio primario como materia prima estratégica y crítica. En línea con esa definición, la Ley 19.199 de 1971 dispuso que AyEE construiría y explotaría la Central Futaleufú y el sistema de transmisión a Puerto Madryn, aclarando expresamente en su artículo 1° que las obras se ejecutarían de tal manera que su habilitación coincidiera con la de la planta de aluminio a la que se destinara la energía, y estableció que el suministro de energía eléctrica destinado a la fabricación de aluminio en Puerto Madryn, será reglado por un contrato singular aprobado por el Ministerio de Obras y Servicios Públicos, al tiempo que eximió de diversos gravámenes a la tarifa de energía eléctrica destinada a la fabricación de aluminio.

Posteriormente, la Ley 24.065 derogó la Ley 19.199,⁶⁰ delegando en el Poder Ejecutivo Nacional la facultad de reglamentar los alcances y la entrada en vigor de esa derogación. En ejercicio de esa habilitación legal expresa se dictó el Decreto 1.807/94, en cuyo artículo 22 dispuso excepciones a la derogación de la Ley 19.199 al mantener, entre otras disposiciones, la previsión según la cual el suministro de energía destinado a la fabricación de aluminio en Puerto Madryn estará regido por un contrato

58. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transmisión de Acciones de...

59. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 657/96.

60. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 97.

particular.⁶¹ El artículo 23 del mismo decreto aprobó el texto del contrato de suministro de energía eléctrica a ser suscripto entre Aluar Aluminio Argentino SAIC y Futaleufú,⁶² y en su artículo 14 dispuso la incorporación de ese contrato en el Pliego de Bases y Condiciones para su aceptación por los participantes de la licitación.⁶³

Por último, corresponde decir que Emprendimientos Energéticos Binacionales Sociedad Anónima (EBISA) fue la sucesora jurídica de AyEE, una vez llevado a cabo el proceso privatizador, según lo estableció el Decreto 616/97.⁶⁴ Según dicha norma EBISA tenía a su cargo la comercialización de la energía eléctrica proveniente de los aprovechamientos binacionales e interconexiones internacionales en los que el Estado nacional le hubiese asignado esa función a AyEE. Veinte años después, mediante el Decreto 882/17, se estableció la fusión por absorción de EBISA por parte de ENARSA, siendo esta última su sucesora jurídica.⁶⁵

IV. BREVE DESCRIPCIÓN DEL FUNCIONAMIENTO DEL SISTEMA ELÉCTRICO ARGENTINO

Antes de avanzar resulta oportuno realizar una escueta síntesis descriptiva sobre el sistema eléctrico argentino, con el objetivo de ubicar la problemática dentro del complejo entramado institucional que permite que la energía eléctrica llegue desde las centrales de generación a hogares e industrias.

El proceso de privatización descripto anteriormente se llevó a cabo mediante una desintegración vertical de las empresas públicas, segmentando a la industria de la electricidad en las etapas de generación, transporte y distribución. Pasando así de un complejo sistema de empresas públicas y planeamiento centralizado a un sistema de empresas privadas que se vinculan dentro de un –no menos complejo– mercado regulado.⁶⁶

61. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Futaleufú Sociedad..., art. 22.

62. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Futaleufú Sociedad..., art. 23.

63. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Futaleufú Sociedad..., art. 14.

64. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Comercialización de Energía Eléctrica.

65. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 882/17.

66. Al respecto, puede resultar útil la apreciación que realizó el juez Rosenkratz en el considerando 6 de su voto en la causa “Central Puerto S.A. c/ Buenos Aires, Provincia de s/

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

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

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

En la Ley 24.065 se presentan claramente distinguidas estas fases de la actividad, tal es así que la actividad de generación ha sido declarada de interés público, mientras que las de transporte y distribución han sido declaradas servicios públicos.

Los artículos 35 a 39 de la Ley 24.065⁶⁷ y su reglamentación (Decreto 1.398/92)⁶⁸ crean el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) y por las

acción declarativa de inconstitucionalidad” cuando afirma que “[...] los mercados creados por dicho régimen [Régimen de Energía Eléctrica] no son el producto de la actividad espontánea de los agentes económicos, sino de una minuciosa ingeniería institucional que hace posible la interacción entre productores, distribuidores y consumidores de energía eléctrica del modo en que el regulador ha considerado se satisfarán con más probabilidad los objetivos por él buscados”.

67. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, arts. 35 a 39.

68. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Reglamentario de la Ley 24.065...

Resoluciones 61/92⁶⁹ y 137/92,⁷⁰ y sus modificatorias, de la Secretaría de Energía se establecieron los procedimientos técnicos y comerciales para la operación, el despacho, el cálculo de precios y administración del mercado (“Los procedimientos”).

Los actores del MEM son los enunciados en el artículo 4 de la Ley 24.065. Estos son los generadores o productores, los transportistas, los distribuidores y los grandes usuarios, luego se ha permitido la participación de otros agentes en el MEM, por ejemplo, los “comercializadores”.⁷¹

Como la energía no puede almacenarse a gran escala y toda la energía producida debe ser consumida, existe un mercado y un despacho en tiempo real del flujo eléctrico que debe ser administrado.

En este sentido, el artículo 35 de la Ley 24.065 establece que el despacho técnico del Sistema Argentino de Interconexión (SADI),⁷² estará a cargo del Despacho Nacional de Cargas (DNDC), estableciendo asimismo, que la Secretaría de Energía determinará las normas a las que se ajustará el DNDC para el cumplimiento de sus funciones, las que deberán garantizar transparencia y equidad de las decisiones que dicho despacho deberá guardar para permitir la ejecución de los contratos libremente pactados entre los agentes del MEM y despachar la demanda requerida.

De acuerdo con “Los Procedimientos”, la coordinación de la operación técnica y administrativa del MEM se realizará a través de un Organismo Encargado del Despacho (OED), que, según el artículo 35 de la Ley 24.065, deberá adoptar forma de sociedad anónima, su capital deberá estar representado por acciones no endosables de las cuales participaran el Estado –conservando poder de veto– y los agentes del MEM.⁷³ El rol de OED en nuestro país lo ocupa la Compañía Administradora del Mercado Eléctrico Mayorista Sociedad Anónima, “CAMMESA”, creada por el Decreto 1.192/92.⁷⁴

El funcionamiento operativo y económico del MEM se basa en un esquema de programaciones de la operación desde el mediano y largo plazo (estacional) hasta el corto plazo (semanal y diaria) donde se establecen las

69. Secretaría de Energía Eléctrica, Resolución de Organización del Sistema Físico...

70. Secretaría de Energía Eléctrica, Resolución de Reglamentación del Sistema...

71. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 4.

72. Es el sistema físico (redes) que vincula la oferta y la demanda.

73. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 35.

74. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de la Sociedad...

planificaciones de la gestión óptima, cuyo responsable es CAMMESA. El sistema de despacho económico utilizado por CAMMESA es hidrotérmico y se apoya en los modelos OSCAR que busca optimizar el manejo de los grandes embalses calculando, para cada semana, la valorización del agua embalsada y MARGO que, con la valorización del agua, proyecta el despacho hidrotérmico semanal.

Originalmente, el mercado se dividía en "spot" y "a término", junto con un sistema de estabilización de precios para los distribuidores. El precio del mercado *spot* es conceptualmente diferente del que surge del pactado libremente en forma independiente, esta forma de confluencia de la oferta y la demanda de energía eléctrica es conocido como "pool".

Los distribuidores compran la energía al precio estacional (por trimestre) sancionado por la Secretaría de Energía, el que surge de la Programación Estacional trimestral que prepara CAMMESA. La diferencia entre estos precios se compensa mediante un fondo de estabilización, cuyo exceso o defecto determinaba menores o mayores precios estacionales para el periodo trimestral subsiguiente. El déficit del Fondo de Estabilización es financiado por aportes del Fondo Unificado o de Excedentes,⁷⁵ el que a su vez es asistido por aportes (subsidios) del Estado nacional de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 11.672.⁷⁶

Entonces, los generadores recibían el precio horario de la energía resultante del despacho diario determinado por el costo económico de producción, representado por el costo marginal de corto plazo de los agentes generadores que competían libremente, y el precio local de la energía resultaba de multiplicar el precio del mercado por el factor de nodo correspondiente.

Posteriormente, el criterio de contratos libres entre oferta y demanda ha sido sustituido por la centralización de la oferta por parte de CAMMESA (Resoluciones 95/2013⁷⁷ y 529/2014,⁷⁸ entre otras). A partir de 2013, la remuneración de la generación no contratada se determina administrativamente, en función de su tecnología, capacidad y rendimiento,

75. El fondo unificado tiene su origen en la imposibilidad de que los generadores públicos acumulen los excedentes de sus resultados económicos (art. 37 de la "Ley del Régimen de la Energía Eléctrica").

76. República Argentina, Ley Complementaria Permanente de Presupuesto (t.o. 2014), art. 25.

77. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013.

78. Secretaría de Energía, Resolución 529/2014.

con provisión del combustible para los generadores térmicos por parte de CAMMESA, en el cual se los remunera sobre la base de costos variables no combustibles, costos fijos y un margen adicional.

Con arreglo al artículo 8º de la Resolución 95/2013, CAMMESA pasó a ser la única compradora legal respecto de la mayor parte de las fuentes de combustible (gas natural, fueloil o gasoil).⁷⁹ Asimismo, se les prohibió a los generadores celebrar contratos a término a menos que así se les permitiera por regímenes especiales (art. 9º).⁸⁰

Por último, debemos decir que la Ley 24.065, adelantándose al mandato constitucional que incorporaría el constituyente de 1994 en el artículo 42 sobre los “organismos de control”, creó el Ente Regulador de la Electricidad (ENRE).⁸¹ Este ente autárquico que tiene amplias potestades de regulación y control sobre los servicios públicos federales (transporte de energía eléctrica y servicio de distribución en el Ámbito Metropolitano de Buenos Aires) y es una parte clave del diseño institucional del sistema eléctrico argentino.

Como conclusión del breve repaso realizado, podemos decir que durante las décadas posteriores a la crisis de salida de la convertibilidad el sector eléctrico sufrió numerosos cambios regulatorios que lo llevaron a no coincidir con el modelo pensado en la década de 1990.

V. LOS TÍTULOS HABILITANTES Y LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS CONSTITUCIONALES

En este apartado se tratará lo concerniente a la concesión nacional que se requiere para explotar un complejo hidroeléctrico y se intentará delimitar las relaciones jurídicas entre las provincias y el Estado nacional al respecto.

Como cuestión preliminar, debemos decir que nuestra Constitución Nacional (CN) no establece una distribución expresa de competencias

79. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013, art. 8.

80. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013, art. 9. Posteriormente, se crearon nuevos mercados a término, por ejemplo, la Resolución 281/2017 del entonces Ministerio de Energía y Minería creó el Mercado a Término de Energía Renovable (MATER) para contratos a término de energía renovable, con el propósito de que los Grandes Usuarios alcancen el cupo obligatorio que les fija la Ley 27.191 (8 % de su demanda en 2018 y 20 % en 2025).

81. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 42.

sobre los complejos hidroeléctricos o represas, aunque el inciso 23 del artículo 75 dispone que corresponde al Congreso Nacional establecer los reglamentos para las “presas”, dicha norma se refiere a las capturas que se realicen en el marco de un conflicto bélico.⁸²

También se destaca que, más allá de lo relativo a la libre navegación de los ríos interiores, cuya reglamentación corresponde al Congreso (art. 26 y 75 inc. 10 de la CN), nuestra CN no contiene norma expresa sobre la propiedad de las aguas o sobre su régimen jurídico, por lo que se encuentran abarcadas por la norma genérica establecida en el artículo 124 sobre los recursos naturales.⁸³

Ya en el plano legal, la Ley 25.688 denominada Régimen Ambiental de las Aguas, establece los presupuestos mínimos ambientales para la preservación de las aguas, su aprovechamiento y uso racional y define al agua —a los efectos de dicha ley— como aquella que forma parte del conjunto de los cursos y cuerpos de aguas naturales o artificiales, superficiales y subterráneas, así como a las contenidas en los acuíferos, ríos subterráneos y las atmosféricas.⁸⁴

Sobre el régimen de propiedad, corresponde decir que nuestro ordenamiento jurídico presume que todos los bienes que no son declarados del dominio público o privado del Estado corresponden a los particulares, conforme lo establecen los artículos 15 y 238 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN).⁸⁵

El CCyCN establece en los incisos a, b y c del artículo 235 que son bienes de dominio público del Estado el mar territorial,⁸⁶ las aguas interiores y los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares⁸⁷ y el ambiente

82. GONZÁLEZ, *Manual de la Constitución Argentina*.

83. República Argentina, Constitución Nacional, arts. 26, 75 inc. 10 y 124.

84. República Argentina, Ley de Régimen de Gestión Ambiental...

85. República Argentina, Código Civil y Comercial, arts. 15 y 238.

86. En lo que respecta al mar, debe tenerse presente la Convención de Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar ratificada por la Ley 24.543 y la Ley de Espacios Marítimos (Ley 23.968).

87. En lo que respecta a los glaciares y el ambiente periglacial, la Ley 26.639 establece los presupuestos mínimos para su protección con el objeto de preservarlos como reservas estratégicas de recursos hídricos para el consumo humano; para la agricultura y como proveedores de agua para la recarga de cuencas hidrográficas; para la protección de la biodiversidad; como fuente de información científica y como atractivo turístico y declara que los glaciares constituyen bienes de carácter público.

periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general. El artículo agrega que se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias.⁸⁸ Por su parte, el inciso c del artículo 236 establece que son del dominio privado del Estado los lagos no navegables que carecen de dueño.⁸⁹

El artículo 239 del CCyCN regula brevemente las aguas de los particulares, que son aquellas que se encuentran en su dominio pero que no forman un cauce natural y se establece expresamente que el uso de esas aguas se encuentra condicionado por el interés público y que las aguas que corren por cauces naturales no deben ser alteradas por los particulares. Asimismo, se establece que el uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.⁹⁰

De lo expuesto, puede inferirse que el uso del agua para una explotación hidroeléctrica requiere una habilitación estatal y, por ende, corresponde a la órbita del Derecho Administrativo. De hecho, así lo establecía expresamente en su artículo 2.645 el Código Civil derogado (Ley 340, luego de la reforma de 1968), "la construcción de represas de agua de ríos o arroyos se registrá por las normas del Derecho Administrativo".⁹¹

También, como es sabido, el Derecho Administrativo es eminentemente local, por lo que el régimen jurídico del agua encuentra recepción en las normas que emiten las provincias argentinas. En los distintos Códigos de Aguas o Leyes de Aguas las provincias regulan lo concerniente a los permisos que deben otorgar para el aprovechamiento por parte de los particulares de las aguas públicas.

Lo dicho anteriormente podría hacernos pensar que la habilitación para explotar una central hidroeléctrica requeriría únicamente un permiso del Estado provincial, sin embargo, la habilitación para el desarrollo de emprendimientos hidroeléctricos de más de 500 kW⁹² de potencia, por parte de los

88. República Argentina, Código Civil y Comercial, art. 235, incisos b y c.

89. República Argentina, Código Civil y Comercial, art. 236.

90. BUTELER, "Régimen de aguas en la República Argentina".

91. República Argentina, Código Civil, art. 2.645.

92. Este nivel de potencia incluye a los pequeños aprovechamientos hidroeléctricos de la Ley 26.190 (reformada por la Ley 27.191) que son aquellos con una potencia de hasta 50 MW. Estos emprendimientos se encuentran incluidos en el régimen de promoción de las energías renovables.

particulares, ubicados en cursos de agua pública requieren una concesión del Estado nacional, conforme lo establece el artículo 14 de la Ley 15.336.⁹³ La misma ley, en su artículo 21,⁹⁴ deja fuera de la concesión nacional a aquellos aprovechamientos de potencia menor a 500 kW, pero dejando a salvo la jurisdicción nacional sobre estos en los casos previstos en el artículo 6º.⁹⁵ También establece que los particulares podrán utilizar la respectiva energía hidroeléctrica, originada en las aguas de su propiedad, para su propio uso y aún podrán cederla a terceros, siempre que ello no revista el carácter de un servicio público. En pocas palabras, el uso de la fuente de energía de las aguas de los particulares de pequeña escala que no se vincule a un servicio público (generación aislada) no se encuentra alcanzada por la legislación nacional.

Llegados a este punto resulta conveniente resaltar la distinción conceptual que existe entre el recurso hídrico y la fuente de energía. Dicha distinción es recogida en el artículo 5º de la Ley 15.336, que establece que la energía de las caídas de agua y de otras fuentes hidráulicas, comprendidos los mares y los lagos, constituye una cosa jurídicamente distinta del agua y de las tierras que integran dichas fuentes. Dicha norma prevé también que el derecho de utilizar la energía hidráulica no implica el de modificar el uso y fines a que estén destinadas las aguas y tierras, salvo en la medida estrictamente indispensable que lo requieran la instalación y operación de los correspondientes sistemas.⁹⁶

Asimismo, en lo que respecta al uso del agua, la Ley 25.688 establece que se requerirá permiso de la autoridad competente para el estancamiento,

93. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 14.

94. El artículo 21 establece: "Los aprovechamientos de la energía hidroeléctrica y cualquier otra actividad de la industria eléctrica excluidos del régimen de concesiones y autorizaciones del artículo 14, pero comprendidos en el ámbito de la jurisdicción nacional, se ejercerán con sujeción a las reglamentaciones vigentes o a dictarse. En especial, podrán los particulares, individual o colectivamente, o agrupados en cooperativas, consorcios de usuarios y otras formas de asociación legítima, utilizar para las necesidades de sus propiedades o industrias la energía hidroeléctrica de cursos de agua pública, con la sola sujeción a dichas reglamentaciones y siempre que la potencia total instalada no exceda de quinientos kilovatios y no afecte a otros aprovechamientos, o los planes nacionales y locales de electrificación. Igualmente, los propietarios de cursos de agua privada a que se refieren los artículos 2.350 y 2.637 del Código Civil, podrán utilizar la respectiva energía hidroeléctrica para su propio uso y aun cederla a terceros, con tal que ello no revista el carácter de un servicio público".

95. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 6.

96. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 5.

modificación en el flujo o la profundización de las aguas superficiales y que en el caso de que los impactos ambientales del uso del agua en una jurisdicción afecten de manera significativa a otra, se requerirá la aprobación vinculante del Comité de Cuenca correspondiente (art. 5º y 6º de la Ley 25.688).⁹⁷

Se puede apreciar que concurren dos aspectos jurídicos distintos sobre el mismo fenómeno físico, por un lado, tenemos el aspecto hídrico y por otro, el energético. En consecuencia, estamos en presencia de una concurrencia de facultades que lleva consigo una necesaria coordinación de las provincias con el Estado nacional.

Siguiendo esa idea, Líber sostuvo que

[...] una explotación hidroeléctrica requerirá del titular demanial del agua una concesión de uso especial de agua para uso hidroeléctrico, que otorga la provincia, y del titular de la actividad, una concesión o licencia para la generación de energía hidroeléctrica, se la considere una actividad de interés general —como lo hacen las Leyes 15.336 y 24.065— o un servicio público —como lo hace la Ley 7.543 de Mendoza—, que otorgará el Estado Nacional o la provincia según el caso.⁹⁸

Sin embargo, los contratos de concesión no contaron como parte a las provincias ribereñas, cuestión que estas remarcaron durante el proceso de privatización de Hidronor.⁹⁹

Sobre este asunto algunos autores sostienen que, a partir de la reforma constitucional de 1994, que consagró el dominio originario de los recursos naturales a las provincias, la Ley 15.336 no se conforma al nuevo diseño constitucional y que las provincias deberían detentar la jurisdicción sobre las centrales hidroeléctricas ubicadas en su territorio.

97. República Argentina, Ley de Régimen de Gestión Ambiental..., arts. 5 y 6.

98. LIBER, “Títulos, competencias y regalías por generación...”.

99. “En octubre de 1992, tanto Río Negro como Neuquén comenzaron a exigir algunos reclamos específicos, como por ejemplo el desdoblamiento de la adjudicación de Hidronor de manera de reservar a las provincias la adjudicación de la concesión del recurso hídrico, mientras que la Nación adjudicaría las obras civiles”. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*, p. 163.

Por ejemplo, Sebastiano ha dicho que

[...] el hecho de que una ley del Congreso determine la jurisdicción nacional sobre las actividades del proceso electro-energético, derivando de ello la potestad concedente en cabeza del propio Estado nacional, no significa que tal jurisdicción sea incuestionable a la luz de las disposiciones constitucionales. Al contrario, se presenta como una norma estéril ante los cambios operados en el plano constitucional a partir del año 1994.¹⁰⁰

En el mismo sentido, la Secretaría de Estado de Planificación y Acción para el Desarrollo de la Provincia de Neuquén afirmó que

[...] la Ley 15.336 es anterior a la reforma constitucional de 1994 y si bien el asunto del dominio originario fue discutido y defendido por gran parte de la doctrina constitucionalista previo a dicha reforma, su consolidación en el texto constitucional vino a otorgar a los Estados federados un argumento de jerarquía para reclamar un mayor protagonismo en aquellos asuntos que, aun siendo estratégicos para la nación, involucran los recursos naturales pertenecientes a las provincias.¹⁰¹

Dicho esto, debemos dejar en claro que no coincidimos con la visión sobre que la reforma constitucional implicó un cambio sobre la regulación federal de las centrales hidroeléctricas o su propiedad.

Al respecto creemos que, si bien las provincias son las propietarias de los recursos naturales, en este caso el río y la fuente de energía, por esa sola razón no debe sustraerse la jurisdicción federal sobre este tipo de generación de energía cuando se dan las condiciones exigidas en la Constitución y en la ley, y que, por sí sola, la norma constitucional no implica una transferencia de propiedad a las provincias de un establecimiento de utilidad nacional propiedad del Estado nacional.

Nuestro parecer radica en que: 1º) la reforma del artículo 124 de la CN no eliminó la distinción conceptual entre dominio y jurisdicción en materia

100. SEBASTIANO RAMBEAUD, "La necesidad de una 'ley corta' ...".

101. COPADE, *Concesiones Hidroeléctricas. Aportes al debate político*.

de recursos naturales; 2º) las centrales de generación hidroeléctrica parte de un sistema integrado que afecten más de una jurisdicción y las que se conectan al SADI se encuentran alcanzadas por la jurisdicción federal, 3º) los complejos hidroeléctricos son establecimientos de utilidad nacional (y los aquí analizados son propiedad del Estado nacional).

Siguiendo nuestro primer argumento, podemos decir —en apretada síntesis— que la doctrina especializada en su mayoría identifica al dominio originario con el dominio eminente del Estado sobre su territorio,¹⁰² pero que ello no implica necesariamente que no puedan existir facultades concurrentes o federales sobre dicho dominio.

Nuestro país adopta como forma de organización política la de Estado federal, así lo dispone el artículo 1º de nuestra CN, esto significa que coexisten dentro del seno de la República Argentina un conjunto de Estados (provincias) integrantes de un Estado superior denominado federal (art. 31 y 128 de la CN). A partir de la reforma constitucional de 1994 se incorporó la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CABA) a la organización federal (art. 129) como “ciudad constitucional federada”.¹⁰³

Los poderes provinciales y de la CABA son no enumerados y amplios, fundamentalmente en su diseño institucional, pero aquellos poderes delegados a la Nación no pueden ser ejercidos por aquellas, esto es claro en la enumeración que realiza el artículo 126 de la CN. Ejemplos de las materias delegadas por las provincias son la de dictar el derecho “común” a todo el país (art. 75 inc. 12) y la de reglar el comercio interjurisdiccional (art. 75 inc. 13). A las potestades exclusivas de la nación y de las provincias se suman las concurrentes.¹⁰⁴

102. *Cfr.* SACRISTÁN, “Algunas reflexiones sobre los recursos naturales...”: “Se desprende, de la apretada reseña efectuada, una opinión doctrinaria mayoritaria, encabezada por Cassagne, a favor de la equiparación entre las dos expresiones que analizamos [Dominio eminente y originario]”.

103. CSJN, “Bazán, Fernando s/ amenazas”.

104. Sobre las competencias concurrentes la CSJN sentenció en el fallo “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación de actos administrativos y acción declarativa de certeza” que “[...] la Constitución Nacional prevé, mediante estándares de asignación de competencia de las jurisdicciones federal y provincial, las siguientes modalidades de colaboración: a) la “pluralidad no jerárquica de carácter sustantivo”, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencia para regular y controlar el tema o actividad concernido en paridad jerárquica, estableciéndose mecanismos de homo-

Sobre la distinción entre dominio y jurisdicción, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN) en 1929 expresó que

[...] no son conceptos equivalentes ni correlativos y que pueden existir uno sin la otra; así la jurisdicción sobre las playas y riberas que no importa el dominio nacional sobre ellas, así la que se ejerce sobre establecimientos nacionales ubicados en inmuebles no adquiridos y así el dominio privado del estado general en bienes situados en las provincias y sobre los cuales no ha fundado obras o establecimientos de utilidad nacional: en estos hay dominio y no jurisdicción.¹⁰⁵

Asimismo, la CSJN en 1979 consideró que al

[...] conferir al Poder Legislativo de la Nación la facultad de dictar el Código de Minería, la Constitución Nacional le otorgó la atribución de establecer en su integridad el régimen legal de las minas, entre las cuales se encuentran los hidrocarburos,¹⁰⁶

Reconoce, de este modo, la jurisdicción sobre la materia hidrocarburífera. Más recientemente, en 2011, la CSJN dejó claramente establecido, al

geneización y/o compatibilización para evitar duplicaciones y/o contradicciones. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75, inc. 18 de la Constitución Nacional (llamada “cláusula del progreso”); b) la “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva-adjetiva, conforme a la cual cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros), tiene competencias exclusivas para regular y controlar íntegramente un aspecto del tema o actividad concernido, estableciéndose una complementación forzosa entre ambas. Este tipo de colaboración es el previsto en el art. 75 inc. 12 de la Constitución Nacional con la previsión del dictado de códigos de fondo y procesales, respectivamente; y c) la “pluralidad jerárquica con complementación sustantiva”, en la que cada escala de decisión (Estado central y Estados miembros) tiene competencia para regular y controlar un sector o tramo específico del tema o actividad concernido, estableciéndose una jerarquía de intensidad entre los sectores o tramos aludidos (“nivel básico”-“nivel complementario”). Este tipo de complementación es el previsto en el art. 41 de la Constitución Nacional para la materia ambiental [...]”.

105. CSJN, “Marconetti, Boglione y Cía. c/ Municipalidad...”.

106. CSJN, “YPF c/ provincia de Mendoza y...”.

declarar inconstitucional una norma que desvirtuaba el régimen federal de regalías hidrocarburíferas, que

[...] el artículo 124, in fine, de la Constitución Nacional solo reconoce a las provincias el dominio originario de los recursos naturales ubicados en su territorio mas no la jurisdicción sobre ellos. Dicha conclusión no se ve alterada por la sanción de la Ley 26.197, desde que su artículo 2º, *in fine*, mantiene la responsabilidad sobre el diseño de la política energética en cabeza del Poder Ejecutivo Nacional.¹⁰⁷

En esta última sentencia nuestra Corte fue categórica sobre que la reforma no modificó la distinción entre dominio y jurisdicción.

Nuestro segundo argumento se basa en que la jurisdicción de la actividad hidroeléctrica recae en el Estado nacional en virtud de las cláusulas del comercio y del progreso de la CN (art. 75 inc. 13 y 18)¹⁰⁸ y en las estipulaciones de las Leyes 15.336¹⁰⁹ y 24.065¹¹⁰.

La jurisdicción federal sobre la generación hidroeléctrica fue un punto importante en el debate parlamentario de la Ley 15.336. Por ejemplo, el senador Weidmann¹¹¹ sostuvo que la jurisdicción federal era justificada por la cláusula

107. CSJN, “Chevron San Jorge SRL c/Neuquén...”.

108. República Argentina, Constitución Nacional, art. 75, incisos 13 y 18.

109. República Argentina, Ley de Energía y Combustible.

110. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica.

111. El Senador Weidmann en su discurso dijo: “Muy brevemente me voy a referir a la regulación de la energía hidroeléctrica en los Estados Unidos, país de sistema federal muy similar al nuestro, gran democracia, de cuyo espíritu republicano nadie podrá dudar. No sin dificultades ha sido superado el criterio clásicamente localista, y es así como por obra de la doctrina, la jurisprudencia y la legislación, se abrió paso el criterio dinámico de la concepción racionalista del federalismo. Es que el desarrollo de las interconexiones en vastos sistemas de producción y distribución de energía ignora las barreras artificiales de los Estados y parece indicar la necesidad de un racional contralor federal. A través de la regulación de los ríos interprovinciales y de las grandes cuencas hidrográficas se logrará el aprovechamiento integral. Si nos circunscribimos, la producción de energía eléctrica resultaría sumamente costosa y antieconómica, a la par que retardaría u obstruiría nuestro progreso. En cambio, aprovechando el agua para consumo de las poblaciones, para las industrias, para la irrigación de los campos –dado que tenemos enormes superficies áridas por falta de agua–, para la navegación, para el desarrollo y el fomento del turismo y cuantos otros fines son conocidos dentro de la técnica moderna de lo que se ha dado

del progreso y en las profundas interconexiones que generan las grandes obras hidroeléctricas, en el mismo sentido se pronunció el diputado Liceaga¹¹² al

en llamar aprovechamiento integral de las cuencas hidrográficas, nosotros merced a este arbitrio de la federalización de esos recursos económicos, lograremos la meta que perseguimos en forma económica. Esto servirá en primer término, a las propias provincias marcadas por esos cursos de agua, que serán las directas e inmediatas beneficiarias de esta obra de progreso general. Íntimamente vinculado al desarrollo industrial se halla lo relativo a la energía eléctrica, tan relacionada al interés colectivo del campo como al de la ciudad, a la radicación de capitales, al arraigo del hombre al lugar (condiciones de vida comfortable), al desarrollo del comercio y la navegación, al mejoramiento de las condiciones sociales, etcétera. Resulta evidente que el interés general de la Nación debe anteponerse –por su carácter fundamental– a los intereses locales o regionales. Solo así se propenderá a una auténtica unidad nacional, real progreso económico y efectivo bienestar social, tal como lo desearon nuestros constituyentes y lo garantizaron a través del Preámbulo y del artículo 67, incisos 12, 16, 27 y 28, y de los artículos 25, 27, 31, 33 y concordantes de la Constitución Nacional. En nuestro derecho positivo, señor presidente, como lo he dicho con motivo del debate a que varias veces me he referido en esta exposición, tenemos el artículo 67 de la Constitución Nacional, en sus incisos 4, 9, 12 y 16, y en el Código Civil (artículos 2.642, 2.645 y 2.646) interesantísimos antecedentes. Ya me referí a ellos, señor presidente, cuando dije que era sumamente interesante cómo el Congreso Federal, que tiene la potestad de dictar el Código Civil sin que ese código altere las jurisdicciones locales, se consideró con poder en materia de legislación para prohibir a los ribereños sin concesión especial de la autoridad competente mudar el curso natural de las aguas, cavar el lecho de ellas o sacarlas de cualquier modo y en cualquier volumen para sus terrenos. Ese es el artículo 2.642. El artículo 2.645 es más riguroso todavía en el avance del ejercicio de esta potestad. Ni con licencia del Estado, provincia o municipalidad podrá ningún ribereño, sin consentimiento de los otros propietarios ribereños, represar las aguas de los ríos o arroyos, de manera que las alcen fuera de los límites de su propiedad, haciendo más profundo el río o arroyo en la parte superior, o que inunden las inferiores; ni detener las aguas de manera que los vecinos queden privados de ellas. Y el artículo 2.646 concluye: ni con la licencia del Estado, provincia o municipalidad podrá ningún ribereño extender sus diques de represa más allá del medio del río o arroyo. Lo que se ha dado en llamar un verdadero avance sobre la legislación local en materia de jurisdicción federal. Nunca, señor presidente, ningún tribunal de la República ha declarado la inconstitucionalidad de esta disposición del Código Civil, que es tan vieja como el mismo código”. HCDN, “Debate parlamentario de la Ley 15.336”.

112. El diputado Liceaga expuso que: “La Ley se ajusta a un objetivo preciso, la energía hidroeléctrica. El artículo 59 del despacho señala que la energía de las caídas de agua y de otras fuentes de energía constituyen una cosa jurídicamente considerada como distinta del agua y de las tierras que integran esa fuente. Esto explica que otros aprovechamientos de agua y de la fuerza eléctrica se reconocen dentro de la esfera de los poderes provinciales, siempre que la técnica y los hechos no determinen que su uso sea indivisible. La única excepción está indicada por la medida estrictamente indispensable para la instalación y operaciones de los correspondientes sistemas de obra de captación, conducción, generación, de acuerdo con las disposiciones particulares aplicables en cada caso. Esta

sostener que la jurisdicción federal sobre la generación hidroeléctrica no afectaría a las provincias.

Sobre el reparto constitucional de competencias en el sector eléctrico, resulta oportuno recordar el criterio establecido por el profesor Bidart Campos que en un señero trabajo escribió

[...] le cabe jurisdicción indudable al Estado federal en los siguientes casos: a) Para crear, organizar y prestar el servicio público eléctrico en lugares de jurisdicción federal exclusiva; b) Para organizar las etapas técnicas del proceso eléctrico que total o parcialmente se interprovincializan antes de la distribución, la cual, por acto provincial de adquisición de energía, va a abastecer a usuarios de una provincia mediante servicio público provincial; c) Para los fines de la red nacional de interconexión en cuanto a la interconexión misma.¹¹³

En mismo sentido, De la Colina afirmó que “[...] no cabe duda de que la planificación integral de la energía eléctrica encuadra en la competencia legislativa del Congreso Nacional [...]” y que

[...] si en principio la atención de los mercados eléctricos locales y la generación aislada (no conectada a la red nacional de interconexión) incumben a las Provincias, los aspectos del comercio

circunstancia trae tres consecuencias. Primero, la propiedad de la energía eléctrica no comporta para el titular ni la propiedad del agua, ni el dominio del suelo, ni tampoco el derecho y uso de uno u otro. Segundo, la jurisdicción sobre el aprovechamiento de la energía hidroeléctrica, no significa el desplazamiento de la jurisdicción local en lo que se refiere al régimen de las aguas o de las tierras. Tercero, se establece concordancia con el inciso 29 del artículo 15, cuando al hablar del requerimiento de las concesiones se refiere a ‘normas reglamentarias del uso del agua y en particular establecidas en su caso de acuerdo con la autoridad local’. También en el inciso citado se señalan las prioridades con referencia al uso doméstico del agua y al regadío. El artículo 10 dispone que el Poder Ejecutivo proveerá las grandes captaciones de energía. Para cumplir esta disposición median dos procedimientos: primero, la ejecución de las obras y su explotación por cuenta propia de los grandes aprovechamientos hidroeléctricos; segundo, la delegación en terceros de la ejecución de las obras y explotación de los grandes potenciales. Es necesario señalar cuál es el sentido de la Ley, cuál es el ordenamiento que tendrá la economía eléctrica”. HCDN, “Debate parlamentario de la Ley 15.336”.

113. BIDART CAMPOS, *Jurisdicción federal y jurisdicción provincial*.

eléctrico que en el sector local se interjurisdiccionalizan conforme a la cláusula comercial, caen bajo jurisdicción federal.¹¹⁴

La Ley 15.336 en el artículo 6^{o115} determina los casos en los que la generación de electricidad es alcanzada por la jurisdicción federal, destacándose cuando –cualquiera sea su fuente– se vincula al sistema interconectado y cuando se trate de un aprovechamiento hidroeléctrico o mareomotor que sea necesario interconectar entre sí o con otros de la misma o distinta fuente, para la racional y económica utilización de todos ellos.

En el artículo 7^{o116} de la ley antes mencionada se expresa con claridad la vocación del legislador de incluir dentro de la cláusula del progreso del actual artículo 75 de la CN la actividad de generación hidroeléctrica, al establecer que el Poder Ejecutivo proveerá lo conducente, dentro de las facultades que le otorga esa ley, para promover en cualquier lugar del país grandes captaciones de energía hidroeléctrica.

Por su parte, el artículo 8^{o117} de la ley establece que, en los casos de los aprovechamientos de las fuentes de energía hidroeléctrica, ya sean

114. DE LA COLINA, "Conflictos jurisdiccionales en la regulación de..."

115. El artículo 6 establece: "Declarase de jurisdicción nacional la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando: a) Se vinculen a la defensa nacional; b) Se destinen a servir el comercio de energía eléctrica entre la Capital Federal y una o más provincias o una provincia con otra o con el territorio de Tierra del Fuego, Antártida Argentina e Islas del Atlántico Sur; c) Correspondan a un lugar sometido a la legislación exclusiva del Congreso Nacional; d) Se trate de aprovechamiento hidroeléctrico o mareomotor que sea necesario interconectar entre sí o con otros de la misma o distinta fuente, para la racional y económica utilización de todos ellos; e) En cualquier punto del país integren la Red Nacional de Interconexión; f) Se vinculen con el comercio de energía eléctrica con una nación extranjera; g) Se trate de centrales de generación de energía eléctrica mediante la utilización o transformación de energía nuclear o atómica. Serán también de jurisdicción nacional los servicios públicos definidos en el primer párrafo del artículo 3 cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación".

116. El artículo 7 establece: "El Poder Ejecutivo proveerá lo conducente, dentro de las facultades que le otorga esta ley, para promover en cualquier lugar del país grandes captaciones de energía hidroeléctrica".

117. El artículo 8 establece: "Los aprovechamientos de las fuentes de energía hidroeléctrica promovidos por el gobierno federal o por una provincia, en los casos que los trabajos de capacitación de la fuerza comporten el trasvase del agua de una cuenca fluvial, lacustre o marítima a otra, afectando a más de una provincia, deberán ser autorizados por ley nacional".

promovidos por el gobierno federal o por una provincia, cuyos trabajos de captación de la fuerza comporten el trasvase del agua de una cuenca fluvial, lacustre o marítima a otra, afectando a más de una provincia, deberán ser autorizados por ley nacional.

Se destaca también que el artículo 21¹¹⁸ establece, para los aprovechamientos hidroeléctricos con potencia menor a 500 kW, excluidos del régimen de concesiones y autorizaciones del artículo 14, pero comprendidos en el ámbito de la jurisdicción nacional –interconectados–, que se ejercerán con sujeción a las reglamentaciones vigentes o a dictarse.

En el artículo 9^{o119} podemos encontrar una norma que hace las veces de síntesis de la reseña normativa que estamos realizando, al establecer que el gobierno federal podrá reglar las fuentes de energía en cualquier lugar del país en la medida requerida para los fines a su cargo. A su vez, en el artículo 98 de la Ley 24.065 se realiza una invitación a las provincias para adherirse, sin perjuicio de la aplicación de las normas de naturaleza federal contenidas en ella.

En consonancia con lo anterior la jurisprudencia de la CSJN tiene establecido de manera uniforme el carácter de comercio interjurisdiccional del régimen de energía eléctrica y su interconexión nacional, y sostuvo que

[...] las leyes orgánicas 15.336 y 24.065, sus modificatorias y complementarias, por las que se planifica, se establecen pautas generales y se ordena la política energética en un marco de regulación federal que descansa en normas de jerarquía superior (art. 75, incisos 13, 18 y 30 de la Constitución Nacional; doctrina de Fallos: 320:1302 y 336:1415).¹²⁰

De lo dicho hasta aquí se puede concluir que está alcanzada por la jurisdicción federal todo lo atinente al SADI y al MEM por revestir naturaleza de

118. El artículo 21 establece: “Los aprovechamientos de la energía hidroeléctrica y cualquier otra actividad de la industria eléctrica excluidos del régimen de concesiones y autorizaciones del artículo 14, pero comprendidos en el ámbito de la jurisdicción nacional, se ejercerán con sujeción a las reglamentaciones vigentes o a dictarse”.

119. El artículo 9 establece: “En cuanto se relacione con lo dispuesto en el artículo 6, el gobierno federal puede utilizar y reglar las fuentes de energía, en cualquier lugar del país, en la medida requerida para los fines a su cargo”.

120. CSJN, “Central Puerto SA c/ Buenos Aires...”.

comercio interjurisdiccional y que, asimismo, el régimen federal de energía eléctrica encuentra sustento dentro de lo estipulado por la cláusula del progreso de la CN.

Nuestro tercer argumento se sustenta en que las centrales hidroeléctricas nacionales son establecimientos de utilidad nacional (art. 75 inc. 30 de la CN). Los establecimientos de utilidad nacional son, según Manili, "[...] aquellos espacios ocupados por edificios, dependencias, instalaciones o dispositivos destinados a poner en ejercicio las competencias que la Constitución Nacional coloca en cabeza del gobierno federal".¹²¹ En estos espacios el Estado nacional emite la legislación necesaria para el cumplimiento de los fines específicos de esos establecimientos, sin perjuicio de los poderes de policía e imposición de los Estados provinciales y municipales, siempre que no interfieran con esos fines.

En ese sentido, la Ley 15.336 en su artículo 12 dispuso que las obras e instalaciones de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica de jurisdicción nacional y la energía generada o transportada en estas no pueden ser gravadas con impuestos y contribuciones, o sujetas a medidas de legislación local que restrinjan o dificulten su libre producción y circulación.¹²² No se comprende en esta exención las tasas retributivas por servicios y las contribuciones por mejoras de orden local.

Originalmente la norma constitucional preveía que esos espacios debían ser adquiridos por el Estado nacional, sin embargo, la reforma de 1994 eliminó ese requisito y pueden existir establecimientos de utilidad nacional que no sean propiedad del Estado nacional.

La CSJN reconoció el carácter de establecimientos de utilidad nacional a las centrales hidroeléctricas bajo análisis (las de la región del Comahue) hace décadas en la causa "Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia del Neuquén".¹²³

A la misma interpretación llegó el Poder Ejecutivo nacional en el Laudo del caso "Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento" (que no es propiedad del Estado nacional) en donde se discutía la aplicación de la Ley 23.879 al proyecto radicado en la provincia de Mendoza. Allí el Poder Ejecutivo sostuvo que

121. MANILI, *Establecimientos de utilidad nacional, Artículo 75...*

122. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 12.

123. CSJN, "Hidronor SA Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia...".

[...] la Procuración del Tesoro de la Nación (Dictámenes 306:494) determinó, en su oportunidad, que el proyecto Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento es una obra destinada a proveer energía eléctrica a más de una jurisdicción a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI), por lo que constituye un establecimiento de utilidad pública nacional que la Ley 15.336 somete a la jurisdicción federal,¹²⁴

por lo que consideró que debe aplicarse la ley nacional relativa a las evaluaciones de impacto ambiental.

Lo aquí expuesto no implica una posición centralista que avasalle los intereses provinciales. Nuestra CN propicia el federalismo de concertación, lo que significa una armoniosa coordinación de las distintas jurisdicciones procurando cumplir con los cometidos constitucionales. Este sistema institucional federal es de suma relevancia, como se verá más adelante, en materia de seguridad de presas y regulación de cuencas hidrográficas interjurisdiccionales.

Sintetizando, podemos decir que las centrales hidroeléctricas son establecimientos de utilidad nacional cuando se instalan en cursos de agua pública y su potencia sea mayor a 500 kW y requieren una concesión nacional, además de los permisos provinciales. La concesión nacional no necesariamente se instrumenta en la práctica a través de un contrato de concesión, como es en el caso de las centrales bajo análisis. Para las centrales sin contrato de concesión la Secretaría de Energía emite resoluciones transitorias autorizando su funcionamiento.

Este último aspecto es importante, ya que para ser agente generador del MEM con este tipo de tecnología el Anexo 17 de Los Procedimientos exige la presentación de la copia certificada del contrato de concesión (punto 3.5.1.2).¹²⁵

En lo que respecta a las centrales bajo análisis son establecimientos de utilidad nacional propiedad del Estado nacional, cuestión que no fue modificada de pleno derecho por la reforma constitucional de 1994. La propiedad del Estado nacional se puso de manifiesto durante el proceso de privatización cuando las provincias tuvieron la opción de adquirir, a título

124. Poder Ejecutivo Nacional, “Laudo arbitral del presidente de la República...”.

125. ENRE, “Anexo 17: ingreso de nuevos agentes...”, punto 3.5.1.2.

oneroso, parte del paquete accionario de las sociedades titulares de los contratos de concesión de las centrales.

Ahora bien, por último, surge el interrogante de por qué estas centrales, sin perjuicio de ser establecimientos de utilidad nacional, no fueron transferidas a las provincias como los activos similares de AyEE. Desde nuestro punto de vista no existe una respuesta satisfactoria, estas centrales podrían haber seguido el mismo destino que aquellas de AyEE. Bastos y Abdala, sostuvieron al respecto que

[...] se podría especular que frente a estos conflictos Hidronor podía haber sido transferida totalmente a las provincias de Río Negro y Neuquén, como ocurrió con algunas instalaciones de AyE. Sin embargo, esto no era una salida viable por varios motivos. En primer lugar, no había garantías de que las provincias efectivamente fueran a privatizar Hidronor una vez transferidas. Hay que recordar que en las empresas que están a cargo de autoridades provinciales frecuentemente se añaden factores políticos que nada tiene que ver con la conducta que requiere una actividad empresarial de generación eléctrica. Dada la magnitud de la oferta eléctrica de la región del Comahue, esto torna este aspecto en algo crítico. Segundo, e igualmente importante, cabe también recordar que Hidronor se generó con fondos nacionales por lo que una transferencia gratuita de un negocio importante crearía cierta injusticia hacia los ciudadanos de todo el país con respecto a los de las provincias beneficiadas. Como se señalara anteriormente, y como medio de solucionar los planteos provinciales, parte de las acciones de las unidades de negocio surgidas de Hidronor (39 % de acciones clase B) serán transferidas a las provincias de Río Negro y Neuquén contra pago de bonos de regalía hidrocarburífera.¹²⁶

VI. LOS CONTRATOS DE CONCESIÓN

La necesidad de una concesión por parte del Estado nacional para explotar aprovechamientos hidroeléctricos de envergadura surge, como

126. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*, p. 193.

vimos, del inciso *a* punto 1 del artículo 14 de la Ley 15.336. Por su parte, el artículo 15¹²⁷ de la misma ley establece el contenido mínimo que deben tener los contratos. Cabe resaltar, como también se analizó, que los contratos fueron celebrados únicamente con la Secretaría de Energía, representando al Estado nacional, en su carácter de poder concedente, sin que formen parte las provincias ribereñas.

Actualmente los contratos de concesión son el instrumento más importante de la regulación de los aprovechamientos, concentrando los aspectos más importantes para su funcionamiento. Del estudio realizado del texto de los contratos de concesión vigentes surge que cuentan con una estructura similar. Están conformados por un cuerpo principal que contiene las siguientes cláusulas: 1) Definiciones: detalla el alcance conceptual de las principales expresiones plasmadas en el contrato; 2) Objeto de la concesión: es la generación hidráulica de electricidad; 3) Plazo de la concesión: generalmente se estipuló el plazo de 30 años; 4) Derechos de la concesionaria: derecho de uso de bienes de dominio público, de generar energía y comercializarla, de acceso a la red de transporte y transmisión; 5) Obligaciones de la concesionaria: estipula obligaciones generales y en

127. El artículo 15 establece que "En las concesiones para aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica de jurisdicción nacional (artículo 14, inciso a) 1), que podrán otorgarse por plazo fijo o por tiempo indeterminado, habrán de establecerse las condiciones y cláusulas siguientes: 1. El objeto principal de la utilización. 2. Las normas reglamentarias del uso del agua, y en particular, establecidas en su caso de acuerdo con la autoridad local: las que interesen a la navegación, a la protección contra inundaciones, a la salubridad pública, la bebida y los usos domésticos de las poblaciones ribereñas, a la irrigación, la conservación, y la libre circulación de los peces, la protección del paisaje y el desarrollo del turismo. En estas normas se deberá tener en cuenta el siguiente orden de prioridad para el uso del agua: la bebida y los usos domésticos de las poblaciones ribereñas, el riego y luego la producción de energía. 3. Las potencias características del aprovechamiento y la potencia máxima de la instalación. 4. El plazo de la ejecución de los trabajos determinados en la concesión. 5. El plazo de explotación de la concesión cuando esta sea a término, el que no podrá exceder de sesenta años. 6. Las condiciones bajo las cuales al término de la concesión podrán transferirse al Estado los bienes y las instalaciones. 7. Las condiciones y causales de caducidad por inobservancia de las obligaciones impuestas en las concesiones a término. 8. La antelación con que deberá notificarse a los interesados la revocación o la extinción de la concesión, y la forma, tiempo y condiciones en que se realizarán las transferencias de los bienes, cuando la concesión fuese por tiempo indeterminado. 9. El canon que deberá abonar el concesionario en concepto de regalía por el uso de la fuente, que ingresará al Fondo Nacional de la Energía Eléctrica".

materia de uso, seguridad, mantenimiento del complejo hidroeléctrico, manejo de agua y de protección ambiental; 6) Derechos del concedente: percepción de un canon y a exigir el cumplimiento de las obligaciones asumidas por la concesionaria; 7) Obligaciones del concedente: asegurar la participación de la concesionaria en el MEM y mantener a la concesionaria en el uso y goce de los bienes cedidos; 8) Canon, regalías y tributos: en este punto cada uno de los contratos establecen diferentes porcentajes que deberán abonar en concepto de canon al Estado Nacional. Asimismo establecen el pago de regalías a la/s provincia/s correspondientes y el pago de todos los impuestos, tasas y contribuciones nacionales, provinciales y municipales; 9) Seguros: se estipulan los seguros que deben contratar cada una de las concesionarias; 10) Garantía: menciona la garantía a la que deben dar cumplimiento las concesionarias, la instrumentación y devolución de la misma; 11) Cesión del contrato: prevé la prohibición de la cesión del contrato sin previa autorización del concedente; 12) Incumplimientos del concedente y la concesionaria: establece las causales de incumplimiento y el procedimiento ante estos; 13) Penalidades: prevé los casos en los que incurriría en incumplimientos la concesionaria y las multas que podrían aplicarse ante tales incumplimientos; 14) Resolución del contrato sin culpa de las partes: caso fortuito, fuerza mayor o hechos de un tercero; 15) Extinción del contrato por vencimiento del plazo: describe el procedimiento que deberá llevarse a cabo con anterioridad y al momento de producirse el vencimiento respectivo; 16) Transferencia de bienes al concedente y período de transición: estipula la reversión de los bienes cedidos, la transferencia del personal y de los equipos de la concesionaria, etc.; 17) Ley aplicable. Jurisdicción. Domicilios.

Luego del cuerpo principal, los contratos cuentan con una serie de subanexos que detallan aspectos importantes de la regulación de las concesiones; los principales son: Subanexo I: Perímetro. Subanexo II: Inventario. Subanexo III: Seguridad de Presas. Subanexo IV: Normas de manejo de aguas. Subanexo V: Guardias permanentes. Subanexo VI: Protección del ambiente. Subanexo VII: Seguros. Subanexo VIII: Obras y trabajos obligatorios. Subanexo IX: Información hidrometeorológica.

En el Capítulo I, se definen términos clave relacionados con los contratos. El Capítulo II especifica que el objeto del contrato es la concesión para generar energía eléctrica a partir de los complejos hidroeléctricos previamente descriptos y establece los objetivos prioritarios en la operación de la central, como la seguridad de las personas y bienes en la Cuenca,

control de crecidas y disponibilidad de agua para uso consuntivo. Las concesionarias asumen la operación bajo su propio riesgo y conforme a las leyes.

El Capítulo IV define los plazos de las concesiones, generalmente 30 años, y se describen los derechos de las concesionarias, como el uso de bienes del dominio público y elementos necesarios para la operación de las presas. También se detalla el derecho a generar y comercializar energía eléctrica según las regulaciones aplicables. Se aborda la modificación de normas y procedimientos, indicando condiciones para reclamar compensaciones.

En los Capítulos V a VII, se detallan las obligaciones de las concesionarias. Esto incluye el uso, la seguridad y el mantenimiento de los complejos hidroeléctricos, así como la preservación de los bienes. Se establece la obligación de mantener la integridad física y funcional de los complejos, incluyendo el control de la estabilidad de las presas. También se mencionan obligaciones en el manejo de aguas y la protección ambiental. Las concesionarias deben cumplir con leyes y regulaciones, informar a las autoridades y colaborar en inspecciones. Además, deben realizar obras y trabajos obligatorios, respaldados por una garantía. Las mejoras realizadas quedan para el beneficio del concedente.

El Capítulo IX detalla los derechos del concedente. El concedente tiene el derecho de recibir un canon por parte de las concesionarias y de exigirles el cumplimiento de las obligaciones contractuales. Si las concesionarias incumplen, el concedente puede optar por ejecutar las obligaciones por sí mismo o a través de terceros, costeados por las concesionarias.

El Capítulo IX también aborda las obligaciones del concedente. Estas incluyen garantizar la participación de las concesionarias en el MEM y mantenerlas en el uso de los bienes cedidos siempre que cumplan con las disposiciones contractuales.

El Capítulo X se enfoca en las obligaciones financieras. Las concesionarias deben pagar un canon mensual al concedente, calculado como un porcentaje de la regalía establecida. Además, deben abonar regalías a las provincias titulares del derecho, conforme a regulaciones específicas. Las concesionarias también deben cumplir con impuestos, tasas y contribuciones, y en caso de incumplimiento, el concedente debe ser eximido de responsabilidad frente a las jurisdicciones locales.

El Capítulo XI establece la distribución de responsabilidades. Las concesionarias son responsables por daños causados por su culpa o negligencia, así como por los daños que sus bienes cedidos puedan causar.

El concedente está exento de responsabilidad por daños en el complejo hidroeléctrico y la generación de energía. Se especifica que el concedente debe mantener indemne a las concesionarias ante reclamos previos a la toma de posesión.

El Capítulo XII trata sobre seguros. Las concesionarias deben contratar seguros sobre sus bienes, responsabilidad civil hacia terceros y accidentes de trabajo. Las aseguradoras deben estar reaseguradas y las concesionarias deben acreditarlo. Además, las concesionarias deben asumir las franquicias y otros gastos no cubiertos por los seguros. Deben mantener los seguros durante la concesión y aplicar indemnizaciones solo para reparar daños asegurados.

El Capítulo XIII aborda el tema de las garantías en los contratos de concesión. Se requiere que las concesionarias constituyan una garantía de cumplimiento para asegurar el cumplimiento puntual de las obligaciones contractuales. La garantía inicial es de dos millones de dólares estadounidenses y debe mantenerse vigente y actualizarse según el índice de precios Producer Price Index publicado por el Bureau of Labor Statistics del Departamento de Trabajo de los Estados Unidos. Las renovaciones de la garantía deben ser aprobadas por la Secretaría de Energía y documentadas con antelación.

Las modalidades de constitución de la garantía incluyen dinero en efectivo, fianza bancaria, depósito en el Banco de la Nación Argentina de Bonos Externos de la República Argentina (BONEX) y carta de crédito *stand by* irrevocable e incondicionada.

En caso de incumplimiento por parte de las concesionarias, la Secretaría de Energía puede afectar una porción de la garantía para cubrir las obligaciones incumplidas y los daños, incluidos los intereses por mora. Las concesionarias tienen un plazo de 30 días para reconstituir la garantía después de ser afectada. Si la concesión se extingue por culpa o negligencia de las concesionarias, la garantía se ejecutará y se sumarán compensaciones por daños y perjuicios.

El Capítulo XIV prohíbe la cesión de derechos u obligaciones derivados del contrato sin previa autorización del concedente, y esta autorización no exonera a las concesionarias de sus responsabilidades previas a la cesión.

Los Capítulos XV y XVI abordan incumplimientos contractuales y la extinción del contrato por culpa de las partes. Si el concedente incumple, las concesionarias pueden solicitar rectificaciones y, si estas no se realizan en un

plazo determinado, las concesionarias pueden declarar la resolución del contrato por culpa del concedente. En caso de incumplimiento de las concesionarias, se pueden aplicar multas basadas en un porcentaje de su facturación bruta. También se establecen condiciones para la caducidad de las concesiones en caso de incumplimiento reiterado de obligaciones contractuales o causales específicas. En estas circunstancias, las concesionarias deben transferir bienes y personal y compensar los daños sufridos por el concedente.

En ambos casos de incumplimiento, se prevé la posibilidad de crear una nueva sociedad anónima titular de la concesión y convocar a un concurso público internacional para la venta de sus acciones.

El Capítulo XVII trata sobre la extinción del contrato debido a eventos imprevisibles, fuerza mayor o acciones de terceros. En caso de que la ejecución del contrato se vuelva permanentemente imposible debido a un hecho fortuito, causa de fuerza mayor o acción de un tercero, y no exista culpa por parte de ninguna de las partes ni de sus subcontratistas, el contrato se extinguirá. Sin embargo, ninguna de las partes tendrá derecho a compensaciones o indemnizaciones mutuas, excepto el pago de créditos pendientes, incluyendo intereses y multas.

VI.A. Reversión de bienes al concedente

El Capítulo XVIII aborda la extinción de la concesión por el vencimiento del plazo. En los casos de extinción del contrato, el dominio y la posesión de los equipos de la concesionaria se transferirán automáticamente al concedente sin ningún pago o contraprestación. Esto se denomina reversión de los bienes concesionados.

Podríamos decir que la reversión es la figura jurídica debido a la cual los bienes pertenecientes al concedente, juntamente con los del concesionario afectados a la concesión, vuelven a manos del primero cuando por cualquier causa esta llega a su fin, siendo considerada una consecuencia natural del contrato de concesión, a través de la cual el Estado puede garantizar la continuidad en la prestación de los servicios concesionados.

En ese sentido, Garrido Falla ha señalado respecto a los bienes reversibles que son aquellos

...bienes que están de tal manera afectos a la concesión, que forman parte sustancial de ella de tal forma[...] de asegurar la continuidad

del servicio, bien a cargo de la Administración (mediante explotación directa) o de nuevo concesionario.¹²⁸

De lo expuesto, surge que lo que revierte al Estado son todos los bienes que provean la capacidad de administrar los aprovechamientos.

Sobre los bienes cedidos, cabe decir que conforme lo estipulado en el artículo 65 de los contratos, revertirán al concedente todos los bienes cedidos a la concesionaria por el contrato, y es obligación de la concesionaria desalojar el complejo hidroeléctrico y hacer entrega de este al personal que designe la Secretaría de Energía, en el momento en que esta se lo indique.

El concedente, a través de la Secretaría de Energía, queda legitimado para requerir judicialmente el inmediato desalojo del complejo por la vía sumarísima, sirviendo el contrato de formal convenio de desocupación, mediante el cual las concesionarias han renunciado a ejercer derecho de retención alguno y a oponer excepciones en el proceso de desalojo.

En caso de incumplimiento de esta obligación el concedente podrá reclamar a la concesionaria el pago de los daños y perjuicios que su mora le ocasione y aplicarle una multa equivalente al 1 % de la facturación bruta anual de la concesionaria por cada día de demora en la desocupación, a cuyos fines se tomará como base de cálculo la facturación bruta de los 12 meses inmediatos anteriores a la extinción del contrato.

Cada contrato cuenta con un Anexo titulado Inventario, en el cual se detallan los bienes cedidos. Al respecto, cabe resaltar que el artículo 12 de los contratos establece que la concesionaria se obliga a usar los bienes cedidos preservándolos de cualquier menoscabo, salvo el que pueda producirse por su uso normal y el mero paso del tiempo y a no alterar la naturaleza, el destino y la afectación de los bienes integrantes del complejo. Asimismo, se establece la prohibición a la concesionaria de constituir gravámenes sobre estos bienes, cederlos o darlos a embargo, localarlos, entregar su tenencia o consentir hechos o acciones de terceros que pudieran afectarlos o disminuir su valor.

El artículo 66 establece respecto del personal afectado al funcionamiento del complejo que, en caso de extinción de la concesión por cualquier causa o a la finalización del plazo mencionado en el artículo 67.1, la concesionaria deberá adoptar, a su costo, todas las medidas que efectivicen

128. GARRIDA FALLA, "Efectos económicos de la caducidad de...".

de inmediato, la disolución del vínculo jurídico que mantenga con el personal bajo relación de dependencia o contratado a quien el concedente proponga continuar en sus funciones con el objeto de no discontinuar la normal y segura operación del complejo hidroeléctrico. Al respecto, debe tenerse presente que las concesionarias han asumido mantener indemne al concedente por reclamos laborales, administrativos o judiciales, aun luego de la finalización de la concesión, por cualquier causa, conforme lo establecido en el artículo 43 de los contratos.

Por otra parte, el dominio y la posesión de los equipos de la concesionaria existentes a la fecha de la extinción del contrato, que en todos los casos deberán ser aptos y suficientes para asegurar la aptitud funcional del complejo hidroeléctrico, se transferirán de pleno derecho al concedente sin que este deba abonar a la concesionaria precio o contraprestación de ninguna índole, salvo en los casos y las condiciones expresamente previstos en el contrato.

Como ya se dijo, la transferencia operará a las cero (0) horas del día siguiente a aquel en que se opere la extinción de la concesión y la tradición se considerará efectivizada por la mera presencia dentro del perímetro en la fecha y hora antes indicadas de un representante autorizado a tal efecto por el concedente. Será a costa de la concesionaria el levantamiento de cualquier prenda, gravamen o medida cautelar trabada o constituida sobre tales bienes.

La concesionaria deberá suscribir toda la documentación y llevar a cabo todos los actos necesarios para la transferencia de los bienes y del personal. La firma del contrato implica el otorgamiento por parte de la concesionaria de un mandato irrevocable en favor del concedente para ejecutar en su representación los referidos actos en caso de ser necesario.

A fin de preservar la seguridad de las personas y los bienes ubicados en la cuenca, declarada la resolución del contrato por cualquier causa, excepto la que refiere a la culpa de la concesionaria, el artículo 67 estipula que la concesionaria deberá continuar a cargo del complejo hidroeléctrico y cumplir con todas sus obligaciones derivadas del contrato durante el plazo que fije la Secretaría de Energía, hasta un máximo de 12 meses contados a partir de la fecha de la resolución.

La Secretaría de Energía podrá designar un veedor a fin de que controle las actividades de la concesionaria durante dicho período. El veedor tendrá derecho de asistir a todas las reuniones de asamblea y de directorio de la concesionaria, para las cuales deberá ser formalmente citado, como así también examinar sus libros, archivos y documentación, solicitar informes

a cualquiera de los órganos y gerencias de la sociedad, designar colaboradores y delegar funciones y atribuciones y, en general, realizar todos los actos convenientes para el mejor desempeño de su cometido. La extinción del contrato y la designación del veedor no eximen a la concesionaria de dar cumplimiento a todas las obligaciones asumidas en el contrato durante el período de transición.

Como ya se deslizó, el vencimiento del plazo de los contratos de concesión, con la consecuente reversión de los bienes de los aprovechamientos al Estado nacional, generó un intenso debate sobre su destino. Las provincias ribereñas, como hicieron al momento de las privatizaciones, reclamaron la participación en la nueva gestión de los aprovechamientos y sus eventuales beneficios.

Sin perjuicio de ello, la Secretaría de Energía instruyó a ENARSA para que adopte las medidas necesarias para encontrarse en condiciones de asumir transitoriamente la actividad de generación de energía eléctrica ante la proximidad del vencimiento de las concesiones. Como fundamento de dicha decisión manifestó que por

[...] la necesidad de garantizar la seguridad pública y la continuidad en el abastecimiento de energía eléctrica que requiere el sistema [...] resulta pertinente disponer que, una vez extinguidos los plazos de las concesiones y revertidos los bienes al ESTADO NACIONAL, el desarrollo de la actividad de generación de energía eléctrica a cargo de los concesionarios de los Complejos Hidroeléctricos: EL CHO-CÓN-ARROYITO, ALICURÁ, PLANICIE BANDERITA y PIE-DRA DEL ÁGUILA, quedará asignada oportunamente y conforme los instrumentos legales que correspondan, a ENARSA a fin de asegurar la continuidad de los servicios, el correcto funcionamiento de las instalaciones y la plena operatividad de las centrales.¹²⁹

Posteriormente, mediante la Resolución 574/2023 del 10 de julio de 2023 la Secretaría de Energía decidió utilizar lo establecido en el artículo

129. En el mismo sentido de otorgar la administración de los complejos a ENARSA existen proyectos de ley con estado parlamentario, por ejemplo, el S3091_22PL; S-3091/2022. En este proyecto, se prevé la participación de las provincias en la gestión de los aprovechamientos y la posibilidad de que también participe el sector privado.

67.1 de los contratos y dispuso que las concesionarias deberán continuar a cargo del complejo hidroeléctrico correspondiente y cumplir con todas sus obligaciones derivadas del contrato durante sesenta (60) días corridos, prorrogables por sesenta (60) días corridos más. Asimismo, estableció que ENARSA será veedor durante los plazos previstos y que las provincias ribereñas (Neuquén y Río Negro) podrán designar un representante cada una a tal fin.¹³⁰

Por último, cabe decir que la reversión de los aprovechamientos al Estado nacional, tal cual está prevista hasta ahora, genera algunas dudas sobre las inversiones requeridas en esta nueva etapa, ya que, en virtud de lo establecido en la Ley 24.065, las empresas generadoras de electricidad del Estado no pueden acumular excedentes y los mismos están destinados al fondo unificado del artículo 37.¹³¹ Por ejemplo, en el caso de las centrales térmicas que administra ENARSA en la actualidad, el artículo 2º del Decreto de Necesidad y Urgencia 389/2021 estableció una excepción al artículo 37 de la Ley 24.065 y asignó los excedentes de esas centrales a inversiones de infraestructura energética.¹³²

VII. LAS INSTITUCIONES CON COMPETENCIA SOBRE LA GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA NACIONAL

En este apartado se realizará una descripción de los órganos y organismos administrativos con atribuciones regulatorias sobre diversos aspectos vinculados a los aprovechamientos hidroeléctricos. Se analizarán las competencias de la Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro (AIC), el Organismo Regulador de Seguridad de Presas (ORSEP) y la Fundación del Fondo de Reparaciones (FFR), y lo correspondiente del Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), la Secretaría de Energía (SE) y la CAMMESA.

130. Secretaría de Energía, Resolución 574/2023.

131. Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 37.

132. Poder Ejecutivo Nacional, DNU 389/2021.

VII.A. La AIC

En el ámbito de la regulación de cuencas hidrográficas interjurisdiccionales, el federalismo de concertación encuentra expresión a través de la formación de las diversas autoridades de cuencas. En este contexto, es relevante destacar la posición de la CSJN, que en una sentencia relacionada con la cuenca de la laguna La Picasa,¹³³ subrayó que el federalismo es un sistema de convivencia en el que las partes no operan de manera aislada y que las competencias constitucionalmente asignadas deben ser ejercidas de manera coordinada, sin que ello implique subordinación de los estados particulares al gobierno central, sino colaboración para el bien común, basada en la lealtad federal.

En ese sentido, la Ley 25.688 prevé en su artículo 4º la creación de comités para los casos de las cuencas interjurisdiccionales, que tienen la misión de asesorar a la autoridad competente en materia de recursos hídricos y contribuir a la gestión sustentable de las cuencas.¹³⁴ En la actualidad existen varias autoridades de cuencas interjurisdiccionales,¹³⁵ muchas de ellas constituidas antes de la entrada en vigor de dicha ley.

No obstante, la falta de coordinación entre estas instituciones ha dado lugar a superposición de funciones, dilución de responsabilidades y conflictos intersectoriales, especialmente entre usos como el riego y la generación hidroeléctrica.¹³⁶

En el mismo sentido, Líber y Justo sostuvieron que la disputa por los ríos interjurisdiccionales se ha incrementado exponencialmente en el presente siglo, ya sea por exceso, escasez o contaminación de las cuencas o cursos de agua, con o sin enfoque ambiental o de derechos humanos, asumiendo la función dirimente de la CSJN un rol trascendente en la gestión de los recursos hídricos.¹³⁷

Sin perjuicio de lo expuesto, debe tenerse presente la existencia del Consejo Hídrico Federal (COHIFE) que se constituyó en 2003¹³⁸ como una

133. CSJN, “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa ...”.

134. República Argentina, Ley de Régimen de Gestión Ambiental, art. 4.

135. Por ejemplo, se pueden mencionar al Comité de Cuencas del Río Desaguadero, Salado y Lagunas del Oeste (CODESAL), Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO), Comité Regional del Río Bermejo (COREBE), entre otros.

136. PCHAT, *Entidades de gestión del agua a...*

137. LIBER & JUSTO, “Aguas Internacionales en la Corte Suprema...”.

138. COHIFE, *Documentos fundacionales*.

persona jurídica de derecho público y una instancia federal para la concertación y coordinación de la política hídrica federal y la compatibilización de las políticas, las legislaciones y la gestión de las aguas de las respectivas jurisdicciones, respetando el dominio originario que sobre sus recursos hídricos les corresponden a las provincias (art. 2° de la Ley 26.438).¹³⁹ Actualmente forman de este organismo todas las jurisdicciones del país.

En dicho marco se proyectó el Reglamento para la Solución Amistosa de Controversias sobre Aguas Interjurisdiccionales cuya finalidad es generar un espacio voluntario de conciliación y mediación para dirimir conflictos que se generen por el manejo y administración de aguas interjurisdiccionales.

Sobre la AIC podemos decir que es un organismo que tiene por objeto entender en todo lo relativo a la administración, el control, el uso y la preservación de las cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro. Se crea el 16 de diciembre 1985 por acuerdo de las provincias de Neuquén, Río Negro y Buenos Aires y del Estado nacional, pero su actividad se potencia a partir de 1993, al designarse a la AIC como autoridad de aplicación de los contratos de concesión, en materia de manejo de aguas, protección del ambiente y protección civil (subanexos IV y VI de los contratos).¹⁴⁰

El artículo 5° del estatuto de la autoridad establece sus competencias en relación con la gestión del recurso hídrico.¹⁴¹ Estas atribuciones abarcan diversos aspectos clave para la regulación y distribución eficiente de este recurso en la región, entre ellas podemos destacar que se encarga de realizar investigaciones integrales con el objetivo de evaluar el recurso hídrico en su conjunto.

Además, la autoridad tiene la tarea de diseñar y establecer un programa que determine cómo se aprovechará y distribuirá el recurso hídrico, respetando el principio de uso racional y múltiple, garantizando una distribución equitativa que atienda a las necesidades de las distintas áreas regionales. Para ello, también supervisa el cumplimiento de los acuerdos establecidos entre las partes signatarias y evalúa tanto el funcionamiento como los efectos de las obras y los aprovechamientos ya implementados en la cuenca.

139. República Argentina, Ley de Constitución del Consejo Hídrico..., art. 2.

140. AIC, *Estatuto de la Autoridad Interjurisdiccional de...*

141. AIC, *Estatuto de la Autoridad Interjurisdiccional de...*, art. 5.

El artículo también establece que la autoridad desempeñará un papel fundamental en la evaluación y autorización de proyectos hidráulicos en la cuenca, emitiendo su opinión previa sobre estos emprendimientos. Además, se encargará de realizar estudios sobre los ecosistemas presentes en la cuenca, así como de prevenir, detectar y corregir la contaminación del recurso hídrico a través de investigaciones, proyectos y propuestas de normativas.

La AIC también juega un rol en la navegación y la definición de normas técnicas para la delimitación de los cursos de agua, así como en la preservación de las márgenes de los ríos. Asimismo, tiene la responsabilidad de recopilar, gestionar y proporcionar información relevante sobre el recurso hídrico a diferentes niveles de gobierno y administrar los fondos financieros provenientes de contribuciones. En conjunto, estas atribuciones le permiten cumplir una función integral en la gestión sostenible y equitativa de los recursos hídricos en la región.

La autoridad, además, tiene la atribución —sin obligación de compensar— de utilizar los recursos hídricos de manera tal que puede afectar adversamente el rendimiento de las centrales. Por ejemplo, cuando el nivel de agua de los embalses llega a cierto punto la concesionaria está obligada a verter agua a fin de permitir la regulación de los flujos corriente abajo. Asimismo, ante niveles hídricos críticamente bajos, la AIC fija los caudales de agua de acuerdo con sus normas de control de caudales, lo que da por resultado una reducción sustancial de la generación.

Al respecto, sin perjuicio de que el caso fue en otra cuenca, en el fallo “Hidroeléctrica Tucumán”¹⁴² la CSJN resolvió una causa, donde se discutía sobre las atribuciones de manejo de agua en los complejos El Cadillal, Pueblo Viejo y Escaba, rechazando la demanda de daños y perjuicios que inició la concesionaria dejando en claro que las modificaciones en los caudales que tienen en mira el interés general son no compensables, siempre que hayan sido previstas en el contrato.

En lo que refiere al financiamiento de la autoridad, el artículo 20 del estatuto establece que los gastos de funcionamiento serán aportados por el Estado nacional en un 50 % y el resto en partes iguales por las provincias de Río Negro, Neuquén y Buenos Aires.¹⁴³ Sin embargo, a partir del

142. CSJN, “Hidroeléctrica Tucumán SA c/ Estado Nacional...”.

143. AIC, *Estatuto de la Autoridad Interjurisdiccional de...*, art. 20.

Decreto 239/99,¹⁴⁴ parte del financiamiento de la AIC se realiza con un porcentaje del canon que tienen la obligación de abonar las concesionarias, que se calcula sobre la base de la venta de energía de las empresas concesionarias según los contratos de concesión.¹⁴⁵

Los contratos de concesión prevén disposiciones respecto del canon y la regalía que deben abonar las concesionarias. En lo referente al canon, los contratos de concesión disponen que se debe abonar mensualmente al concedente, es decir, al Estado nacional, que asignó esos recursos al financiamiento de la AIC y el ORSEP. Respecto de las regalías, los contratos disponen que las mismas deben ser abonadas por las concesionarias a las provincias con derecho a percíbilas, y en la forma dispuesta por la reglamentación, como se verá más adelante. En resumen, los recursos recaudados a través de ambos institutos reconocen diferente destino, los primeros (emergentes del art. 15 de la Ley 15.336)¹⁴⁶ pertenecen a la Nación (poder concedente), y los segundos (emergentes del art. 43 de la Ley 15.336)¹⁴⁷ son percibidos por las provincias.

El cálculo del canon se realiza de manera similar al de las regalías hidroeléctricas, por lo que se encuentra alcanzada por la misma problemática debido a las modificaciones regulatorias que se realizaron sobre la remuneración de la generación en el MEM.

Por otro lado, vinculado a la cuestión ambiental de las cuencas hidrográficas podemos mencionar la Ley 23.879, cuyo objetivo principal es analizar el impacto ambiental de los complejos hidroeléctricos y preservar la salud y calidad de vida de la población.¹⁴⁸

Según dicha norma, el Poder Ejecutivo nacional llevará a cabo una evaluación de las represas construidas, en construcción y/o planificadas, sean estas nacionales o extranjeras, en términos de su impacto ambiental, tomando en cuenta diversas áreas como sismología, geología, hidrología y ecología. Esta evaluación se realizará siguiendo normas establecidas en un manual de gestión ambiental para obras

144. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Creación del Organismo Regulador...

145. En cuanto al porcentaje del canon, varía en cada uno de los complejos hidroeléctricos. Hidroeléctrica Piedra del Águila debe abonar el 2,5 %, Hidroeléctrica Alicurá el 1,5 %, Hidroeléctrica Cerros Colorados el 0,5 % y la Hidroeléctrica el Chocón el 0,5%.

146. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 15.

147. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 43.

148. República Argentina, Ley de Consecuencias Ambientales de las...

hidráulicas con aprovechamiento energético, resoluciones 475/87¹⁴⁹ y 718/87 de la Secretaría de Energía,¹⁵⁰ o las disposiciones técnicas que lo reemplacen.

Dicha ley abarca a todo el territorio argentino y el relevamiento comprende a cada una de las represas ya construidas o que se encuentren en construcción o en proceso de planificación. En cuanto al procedimiento, se establece que la factibilidad de las obras planificadas debe ser aprobada por los órganos nacionales con la competencia pertinente juntamente con sus similares de las provincias afectadas.

Asimismo, el procedimiento prevé un mecanismo de participación ciudadana a través de audiencias públicas en las cuales se debe someter a aprobación el estudio de impacto ambiental. Estas audiencias deben celebrarse dentro del ámbito del Congreso Nacional. A pesar de que el resultado de dichas audiencias públicas no tiene carácter vinculante, el hecho de omitir su realización deviene en causal de nulidad del acto que se produzca en consecuencia, aspecto que implica la necesidad de su realización.

La importancia de la Ley 23.879 fue resaltada por la CSJN en los casos "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental"¹⁵¹ y "Fundación Banco de Bosques para el manejo sustentable de los recursos naturales c/ Santa Cruz, Provincia y otros s/ medida cautelar"¹⁵² cuando determinó su aplicación en los aprovechamientos de la provincia de Santa Cruz Presidente Kirchner y Gobernador Cepernik, y otorgó medidas cautelares de suspensión de las obras hasta que fuese aprobado el impacto ambiental y realizadas las audiencias.

VII.B. EL ORSEP y la FFR

El primer objetivo prioritario establecido en los contratos de concesión es el aseguramiento de la seguridad de las personas y de los bienes en la cuenca. Por dicha razón, los principales organismos de regulación y

149. Secretaría de Energía, Resolución 475/87.

150. Secretaría de Energía, Resolución 718/87.

151. CSJN, "Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de...".

152. CSJN, "Fundación Banco de Bosques para el...".

control en materia de presas¹⁵³ son los que se encargan de la seguridad de las presas y de su eventual reparación.

La seguridad de presas como política nacional específica surgió como tal a partir de la concesión de los complejos hidroeléctricos, ya que, hasta entonces, no había una diferenciación entre el operador y el regulador. Sin perjuicio de ello, a 30 años de las privatizaciones, la regulación de la seguridad de presas se desarrolla mediante la aplicación discrecional de un disperso, fragmentario y limitado marco normativo, con aplicación variable y se encuentra sometida a la disponibilidad de capacidad técnica del Estado nacional y de las provincias.¹⁵⁴

Los contratos de concesión se han convertido en la principal referencia nacional para la seguridad de las presas, lo que significa que las presas que no están cubiertas por estos contratos carecen, en principio, de regulación específica en materia de seguridad. Esto ha generado una indeterminación normativa¹⁵⁵ en materia de seguridad para muchas presas ubicadas en las provincias argentinas que no hayan celebrado acuerdos con el ORSEP.

En general, los contratos establecen que la responsabilidad de garantizar la seguridad de las presas recae en los concesionarios, tanto para las obras ya construidas como para las que se construyan en el futuro. Esto implica que las empresas concesionarias son las responsables de mantener y operar de manera segura las presas.

El ORSEP, creado por el Decreto 239/99,¹⁵⁶ es un organismo descentralizado dependiente actualmente del Ministerio de Obras Públicas de la Nación, que tiene como misión fiscalizar el cumplimiento de las normas sobre seguridad de presas establecidas en los contratos de concesión de aprovechamientos hidroeléctricos bajo su jurisdicción y de aquellas que, siendo de Estados provinciales o de terceros, sean puestas bajo su jurisdicción por convenios específicos, para lograr que estas y

153. El ORSEP ha conseguido reunir datos técnicos de 172 presas (incluyendo 9 cierres laterales) y 143 azudes. Además, en virtud de la información provista por la Secretaría de Política Minera (2018), ha identificado la existencia de al menos una docena de explotaciones mineras que cuentan con presas de relave y aproximadamente 400 balsas (cierres de almacenamiento fuera de cauce), también denominadas presas arroceras o agrícolas (ORSEP, *Inventario de Presas Argentinas*).

154. JUNCAL, "Aspectos constitucionales que plantea la ley..."

155. El ORSEP ha impulsado una ley que busca constituir un régimen federal de seguridad de presas que impliquen un cierto grado de peligro para la seguridad pública.

156. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Creación del Organismo Regulador...

sus obras auxiliares alcancen y se mantengan en los mejores niveles de seguridad compatibles con el más avanzado estado del arte en la materia.

La dirección del ORSEP está a cargo de un consejo técnico encabezado por un presidente y compuesto por directores regionales. El presidente tiene funciones de representación legal y administración, y el consejo técnico toma decisiones sobre el funcionamiento del organismo.

Entre sus principales atribuciones se encuentran la aplicación y vigilancia del cumplimiento de las leyes y normativas relacionadas con la seguridad de presas, embalses y obras auxiliares en su ámbito de aplicación. Además, fiscaliza el cumplimiento de las normas de seguridad establecidas en los contratos de concesión de proyectos hidroeléctricos bajo su jurisdicción, y tiene la facultad de imponer sanciones en caso de violaciones a estas normativas. El ORSEP también desempeña un papel importante en investigaciones de incidentes o colapsos de presas, colaborando en procedimientos judiciales o administrativos destinados a determinar las posibles causas de estos eventos.

La entidad tiene un papel activo en la formulación y emisión de normas técnicas y directrices relacionadas con la seguridad de presas, embalses y obras auxiliares, contribuyendo así a la promoción de buenas prácticas en el diseño y operación de estas estructuras. Asimismo, puede intervenir de inmediato cuando considere que algún acto o proceder de una concesionaria bajo su jurisdicción contraviene normativas de seguridad, ordenando la corrección inmediata de las condiciones o acciones que representen riesgos para la seguridad de presas.

Además, proporciona asesoramiento y asistencia técnica a órganos u organismos del Estado nacional y entes provinciales que lo soliciten, y compila información relevante sobre las presas construidas en el país. Emite certificados de aprobación para la documentación técnica y la aptitud de las obras relevantes.

En resumen, el ORSEP es una entidad fundamental en la supervisión y regulación de la seguridad en presas en la Argentina, con un conjunto diverso de funciones destinadas a proteger la seguridad pública y los recursos naturales en esta área crítica de infraestructura.

Ahora bien, existe otra institución muy importante que tiene implicancias sobre la seguridad de las presas, la Fundación del Fondo de Reparaciones. El Decreto 287/93 de privatización de Hidronor en su artículo 31 le otorgó a la Secretaría de Energía la facultad de establecer una fundación

encargada de administrar el Fondo de Reparaciones.¹⁵⁷ Este fondo tiene el propósito de garantizar la seguridad y mantenimiento de los aprovechamientos dados en concesión.

El decreto determinó que esta fundación estaría integrada por todas las sociedades titulares de concesiones para la generación de energía hidroeléctrica que surgieran durante el proceso de privatización de Hidronor y de AyEE. Esto implicaba que todas las nuevas empresas creadas en el marco de la privatización serían parte de esta fundación.

En cuanto a los recursos financieros, se estableció que el Fondo de Reparaciones se formaría mediante aportes realizados por los concesionarios mencionados anteriormente. El propósito fundamental de este fondo es financiar trabajos, obras y reparaciones necesarios para preservar o restituir las condiciones de seguridad de las instalaciones hidroeléctricas en situaciones donde los riesgos o eventos no estuvieran cubiertos por el seguro obligatorio.

Para garantizar la transparencia y legalidad de la fundación, el artículo 32 del decreto estableció la obligación de inscribir el acta constitutiva y los estatutos de la fundación ante la Inspección General de Justicia y otros registros públicos pertinentes.¹⁵⁸

Los contratos de concesión incluyeron disposiciones detalladas relacionadas con el Fondo de Reparaciones en su artículo 18. Se estableció que las concesionarias debían integrar, como cofundadoras, la FFR, que sería la propietaria y administradora del Fondo de Reparaciones. Este fondo estaba destinado a financiar trabajos, obras o reparaciones que fueran necesarios para mantener o restituir la seguridad de los complejos hidroeléctricos cuando dichas condiciones se vieran amenazadas por eventos imprevistos no cubiertos por las obligaciones de seguro.¹⁵⁹

El uso del Fondo está sujeto a varias restricciones y procedimientos específicos y solo se activaría cuando el costo total de los trabajos excediera los cinco millones de dólares estadounidenses. La estimación de estos costos se basaría en cotizaciones de al menos dos empresas especializadas en la ejecución de obras similares, aceptadas por el Consejo de Administración de la fundación. Las concesionarias tienen la obligación de realizar aportes periódicos para reconstituir el capital del Fondo de

157. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, art. 31.

158. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, art. 32.

159. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, art. 18.

Reparaciones, los cuales se calculan en función de la facturación bruta de cada empresa.

VII.C. EL ENRE, LA SE Y LA CMMESA

El ENRE, la SE y la CMMESA son el centro de gravitación institucional del sistema eléctrico argentino. Estas instituciones poseen facultades de regulación y control sobre los agentes del MEM y cumplen funciones específicas sobre la regulación de las concesiones hidroeléctricas nacionales.

La Ley 24.065 creó el ENRE,¹⁶⁰ que es el organismo encargado de llevar a cabo todas las medidas necesarias para cumplir los objetivos de dicha ley, entre los que se encuentran proteger adecuadamente los derechos de los usuarios y promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad.

El ENRE goza de autarquía y plena capacidad jurídica para actuar en los ámbitos del derecho público y privado, y su patrimonio está constituido por los bienes que se le transfieran y por los que adquiera en el futuro por cualquier título.¹⁶¹ Según la ley el ENRE será dirigido y administrado por un directorio integrado por cinco miembros, de los cuales uno será su presidente, otro su vicepresidente y los restantes vocales. La realidad de nuestro país nos indica que el ente estuvo intervenido por el Poder Ejecutivo nacional por largos períodos.

El marco regulatorio le otorga al ENRE un amplio conjunto de facultades reglamentarias en materias de seguridad, procedimientos técnicos, medición y facturación de los consumos de los servicios públicos de transporte y distribución, fija las tarifas y determina el régimen de calidad de los servicios y el de audiencias públicas. Asimismo, se trata de una instancia especializada, a la cual deben someterse, de modo obligatorio, todas las controversias que se susciten entre los agentes del MEM.

En lo que respecta a la regulación de las concesiones hidroeléctricas nacionales el Decreto 570/96 dispuso la transferencia al ENRE de las atribuciones y responsabilidades de autoridad de aplicación de las concesiones de los aprovechamientos hidroeléctricos, otorgadas y a otorgarse en el

160. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 54.

161. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, art. 55.

marco del proceso de privatización de Hidronor y AyEE, y la administración de los respectivos contratos.¹⁶² Lo dispuesto no afecta las atribuciones y responsabilidades reconocidas en cada contrato de concesión en lo relativo al manejo de aguas y protección del ambiente y al ORSEP en lo relativo a la seguridad de presas, embalses y obras auxiliares.

En ese sentido, el ENRE es quién debe llevar adelante el control sobre el cumplimiento de las normas contractuales, aplicar las multas y demás sanciones y realizar la memoria administrativa del contrato. Sin embargo, el decreto establece que la Secretaría de Energía continuará ejerciendo en los aludidos contratos la representación del concedente, por lo que puede interpretarse que las decisiones como la declaración de caducidad y otros mecanismos de extinción quedan en manos de la Secretaría de Energía.¹⁶³

En lo que respecta a la Secretaría de Energía, debemos mencionar que mediante el artículo 37 de la ley 15.336 se delegaron en dicho órgano todas las funciones y atribuciones de gobierno, inspección y policía en materia de generación y asimismo le fue asignado el rol de asesorar al Poder Ejecutivo con relación al otorgamiento de las concesiones y autorizaciones para la utilización de las fuentes de energía eléctrica y para la instalación de centrales y redes de jurisdicción nacional.¹⁶⁴ Asimismo, muchas leyes sectoriales, especialmente en materia de generación de energía eléctrica y de hidrocarburos, atribuyen el carácter de autoridad de aplicación a la Secretaría de Energía, que actualmente se encuentra en la órbita del Ministerio de Economía.

La Secretaría de Energía es la encargada de elaborar y ejecutar las políticas energéticas nacionales. En ese sentido, debe tenerse presente que, a pesar de haberse eliminado, por los artículos 82 y 97 de la Ley 24.065,¹⁶⁵ los instrumentos de inversión pública que se destinaban al desarrollo de grandes obras hidroeléctricas (por ejemplo, la Ley 19.287 del Fondo de Grandes Obras Eléctricas¹⁶⁶ y los fondos específicos para el financiamiento de los aprovechamientos) la Secretaría de Energía dictó la Resolución 762/2009 que creó el Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas.¹⁶⁷

162. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transferencia de Atribuciones al..., art. 1.

163. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Transferencia de Atribuciones al..., art. 3.

164. República Argentina, Ley de Energía y Combustible, art. 37.

165. República Argentina, Ley del Régimen de la Energía Eléctrica, arts. 82 y 97.

166. República Argentina, Ley de Creación del Fondo Nacional...

167. Secretaría de Energía, Resolución 762/2009, art. 1.

El Programa tiene el objetivo de incentivar y sostener la construcción de centrales hidroeléctricas en el país.¹⁶⁸ La Secretaría de Energía establece las condiciones y criterios bajo los cuales se calificarán las obras hidroeléctricas que formen parte del Programa. Esto se hace considerando principios económicos, equidad y beneficios para el sistema eléctrico en su conjunto.¹⁶⁹

La resolución surge en el marco del Plan Energético Nacional para fomentar la infraestructura energética y asegurar un suministro adecuado de energía para el desarrollo económico del país. A tal fin, se habilita la realización de contratos de abastecimiento en el MEM entre la CAMMESA y los agentes generadores. Estos contratos tienen una vigencia máxima de quince años, con posibilidad de extensión y su objetivo principal es reparar las inversiones y el financiamiento utilizados en la construcción de las obras. También se crea el Grupo de Asesoramiento Técnico para Aprovechamiento Hidroeléctricos en la Secretaría de Energía, cuya función principal es asesorar en la gestión de los contratos y las obras.

El Decreto 1192/92 dispuso la constitución de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima¹⁷⁰ y aprobó su estatuto social.¹⁷¹ La sociedad carece de fines de lucro y su capital está dividido en cinco clases de acciones. Las acciones de la clase A pertenecen al Estado nacional y las B, C, D y E a los distintos agentes miembros del MEM agrupados en asociaciones civiles.¹⁷² Las acciones de clase A y la presidencia de la sociedad están a cargo del titular de la Secretaría de Energía con derecho a veto en las decisiones del Directorio.

El artículo 3° del Estatuto Social establece el objeto de CAMMESA, destacándose amplias atribuciones, entre las que se encuentran ser el OED del SADI por lo que programa la operación, realiza el despacho y calcula los precios, tiene funciones de planificación y prospectiva, supervisión del

168. Secretaría de Energía, Resolución 762/2009, art. 1.

169. Secretaría de Energía, Resolución 762/2009, art. 5.

170. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 1.

171. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 2.

172. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 3. Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGEERA), la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina (ADEERA), la Asociación de Transportistas de Energía Eléctrica de la República Argentina (ATEERA) y la Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA).

mercado a término, ser agente comercializador de la importación y exportación de energía, funciones de consultoría y puede ser representante y mandatario de los distintos agentes del MEM. También funciona como *clearing house* o cámara de compensación de las operaciones que se realizan en el MEM.¹⁷³

Expresamente dicho artículo deja establecido el principio de vinculación positiva para la compañía, al decir que puede llevar adelante todos los actos no prohibidos por las leyes asegurando, de este modo, una clara distinción con el sector público.

El artículo 8° del Decreto arriba mencionado establece la inaplicabilidad del Derecho Administrativo en el funcionamiento de la sociedad y expresamente dispone que no tendrá prerrogativas de Derecho Público en los contratos donde sea parte.¹⁷⁴

Por otro lado, los artículos 10, 11 y 12 fijan el tratamiento fiscal de la sociedad, gozando la misma de varias exenciones,¹⁷⁵ y según el artículo 13 las actividades que hacen al cumplimiento del objeto social de la CAMMESA son de interés nacional.¹⁷⁶

Abdala y Bastos han sostenido que es una sociedad anónima un tanto híbrida ya que es una empresa de gestión privada, pero con propósito público cuya estructura con participación de los agentes fue deliberadamente construida con el objetivo de que de ese modo sean institucionalizadas las influencias de los agentes del sector.¹⁷⁷ Es decir,

[...] es un poco como no tener que gastar más tiempo en *lobby*, no tener que gastar más tiempo en recorrer los pasillos viendo a amigos, porque ahora, los que pugnan van a estar sentados en su mesa de Directorio. Ahí van a haber consumidores que van a querer que la tarifa sea menor, distribuidores que van a querer que sea estable con mucha rentabilidad y generadores que van a querer una tarifa bien alta...¹⁷⁸

173. CAMMESA, “Estatuto”, art. 1.

174. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 8.

175. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, arts. 10, 11 y 12.

176. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto 1192/92, art. 13.

177. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*, p 148.

178. BASTOS & ABDALA, *La transformación del sector eléctrico argentino*, p 149.

Sobre la naturaleza de CAMMESA, Nielsen Enemark sostuvo que, sin perjuicio del ropaje jurídico con que la Ley 24.065 instituyó al OED en un intento de dotarlo de independencia funcional y celeridad en la gestión, la realidad normativa subsiguiente impuso que CAMMESA se comporte como un ente autárquico con escasa independencia, siendo, en la práctica, un apéndice de la Secretaría de Energía.¹⁷⁹

En ese sentido, se destaca la Resolución 2.022/2005 de la Secretaría de Energía que determinó que CAMMESA actuará de acuerdo con las "instrucciones regulatorias", a los "mandatos regulatorios" y a las "instrucciones por cuenta y orden" que les ordene la Secretaría de Energía.¹⁸⁰ Estas órdenes se distinguen unas de otras debido al destinatario que tuvieran. Esto llevó a CAMMESA a volverse un instrumento vital para la realización de políticas públicas en el sector eléctrico, siendo contraparte de la mayoría de los nuevos contratos de abastecimiento y la que centraliza la gestión de combustibles de todo el sistema.

VIII. DESCRIPCIÓN DE LA PROBLEMÁTICA DEL CÁLCULO DE LA REGALÍA HIDROELÉCTRICA

El presente apartado tiene el objetivo de introducir al lector en la problemática de las regalías hidroeléctricas correspondientes a los aprovechamientos nacionales aquí analizados. A tal efecto, se revisarán las normas involucradas y los conflictos existentes sobre su cálculo.

El artículo 43 de la Ley 15.336 (modificada por la Ley 23.164 del 30 de septiembre de 1984) establece que las provincias en cuyos territorios se encuentren las fuentes hidroeléctricas percibirán mensualmente el 12 % del importe que resulte de aplicar a la energía vendida a los centros de consumo, la tarifa correspondiente a la venta en bloque determinada según los mecanismos establecidos en el artículo 39.¹⁸¹ En el caso de que las fuentes hidroeléctricas se encuentren en ríos limítrofes entre provincias, o

179. NIELSEN ENEMARK, "La naturaleza jurídica de la compañía".

180. Secretaría de Energía, Resolución 2022/2005, art. 1.

181. El artículo 90 de la Ley 24.065 derogó varios artículos de la Ley 15.336, entre ellos el artículo 39, que fue incorporado por la Ley 23.164 y está referido en el texto actual del artículo 43 de la Ley 15.336.

que atraviesen a más de una de ellas, este porcentaje del 12 % se distribuirá equitativamente y racionalmente entre ellas.

Sobre este último asunto, se suscitó una controversia jurídica que originó dos teorías sobre la distribución de las regalías, la teoría de la “fuente” y la del “río”. La primera sostiene que solo tienen derecho a percibir la regalía las provincias en las que se encuentre la fuente hidroeléctrica, es decir el “salto aprovechable”. En cambio, la segunda afirma que todas las provincias ribereñas, río arriba y río abajo del aprovechamiento, deben percibir la regalía.

Actualmente, la discusión pareciera definida en favor de la teoría de la fuente. Así lo resolvió la CSJN en la causa “Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional s/ acción declarativa”¹⁸² de 2003 al sostener que desprende que

[...] el criterio utilizado en el Decreto 141/95 por el Poder Ejecutivo Nacional para distribuir las regalías, basado en la ubicación de las fuentes hidroeléctricas, se funda en una razonable interpretación reglamentaria del régimen federal en la materia toda vez que no altera sus fines y el sentido que le fue acordado por lo que la impugnación de la actora y de los litisconsortes que coadyuvan en su postura carece de fundamento.

La Procuración del Tesoro de la Nación adoptó el mismo criterio en un dictamen del 6 de julio de 2015 (PTN 294:059),¹⁸³ al reconocer el reclamo de la Provincia de Mendoza sobre el Decreto 1560/73, que establecía la teoría del río para el caso del aprovechamiento Los Nihuales, recomendando su sustitución.

El Decreto 1.398/92 aprobó la reglamentación de la Ley 24.065 y de los artículos 18 y 43 de la Ley 15.336.¹⁸⁴ Con relación a este último, se estableció que la base de cálculo de la regalía hidroeléctrica se calcula valorizando la energía generada con el precio Spot. Por su parte, el Decreto 287/93 incluyó en el artículo 33 la opción de las provincias de percibir las regalías en especie, y establece que el pago a estas deberá realizarse dentro del mismo plazo de pago que se define para las transacciones en el MEM.¹⁸⁵

182. CSJN, “Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional...”.

183. PTN, Dictamen 269:059.

184. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Reglamentario de la Ley 24.065...

185. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, art. 33.

Luego, la Resolución 8/94 de la Secretaría de Energía precisó el procedimiento a aplicar para cumplir lo dispuesto en el Decreto 1.398/92, estableciendo que la cantidad de energía generada por la fuente hidroeléctrica, a los efectos del cálculo de la regalía será la energía neta teniendo en cuenta exclusivamente los consumos internos de la central generadora y que para determinar la base de cálculo de la regalía mensual deberá utilizarse el precio monómico de la energía producida por la fuente hidroeléctrica en el MEM que resulta de efectuar la sumatoria del monto resultante de valorizar la energía generada en el mes al precio horario sancionado en el MEM para el nodo correspondiente y del monto que le correspondería recibir por potencia puesta a disposición en el Mercado Spot durante el mes de comercializar toda la energía en ese mercado, procediendo a dividir tal sumatoria por la energía total generada en tal mes.¹⁸⁶

Debe recordarse que, respecto de la citada Resolución 8/94, la CSJN sostuvo en “Hidroeléctrica Alicurá SA c/ Estado Nacional y otros”¹⁸⁷ de 2007 que es

[...] impropio el planteo de nulidad del art. 2 de la Resolución 8/94 de la Secretaría de Energía de la Nación, en tanto dispone que para establecer la base de cálculo de la regalía mensual deberá utilizarse el precio monómico de la energía producida por la fuente hidroeléctrica en el Mercado Eléctrico Mayorista para el nodo correspondiente y del monto que correspondiera recibir por potencia puesta a disposición en el mercado *spot*, pues la valorización de la energía a que alude el Decreto 1.398/92 (Adla, LII-C, 3077) admite también una interpretación compatible con la inclusión de la potencia en dicha base, ya que —entre otros factores— la energía generada se valoriza con la potencia puesta a disposición en el sistema.

Ahora bien, a partir de la Resolución 95/2013 de la Secretaría de Energía se implementó un nuevo esquema remuneratorio de la energía generada y la potencia ofertada por los agentes generadores, cogeneradores y

186. Secretaría de Energía Eléctrica, Resolución 8/94.

187. CSJN, “Hidroeléctrica Alicurá SA c/ Estado Nacional...”.

autogeneradores del MEM,¹⁸⁸ que sustituyó al régimen remuneratorio anterior, al que estaba referido el artículo 2 de la Resolución 8/94.¹⁸⁹

En esas resoluciones se definieron conceptos a remunerar vinculados a la potencia y energía, se le asignaron precios variables según tecnología y escala, y se estableció la metodología de cálculo de la remuneración para cada uno de ellos. En lo que aquí nos interesa, el artículo 11 excluyó la base de cálculo de las regalías de los alcances de la norma,¹⁹⁰ cuestión que no era necesaria porque las regalías deben calcularse sobre la base de lo dispuesto en el Decreto 1.398/92¹⁹¹ y la Resolución 8/94, que establecen como la base de cálculo al precio Spot en el nodo de la central hidroeléctrica.

La utilización del precio en el Mercado Spot para valorizar la energía y potencia generadas por la fuente hidroeléctrica para constituir la base de cálculo de las regalías era consistente con los paradigmas vigentes en el origen del MEM en la década de 1990. En esos años se entendía que el MEM evolucionaría completamente hacia un mercado a término, con contratos de abastecimiento con cantidades, precios y condiciones pactadas libremente entre las partes vendedoras y compradoras, cuya referencia sería el precio Spot.

La retribución horaria en el Mercado Spot estaba constituida por el costo marginal –la energía suministrada valorizada con el precio ofertado por la unidad marginal– y la remuneración por la potencia puesta a disposición, entendida como la anualidad del costo de reposición de las instalaciones. En caso de tener contratos con demandantes, los generadores percibían las sumas acordadas en ellos, y la energía remanente se le retribuía con el precio horario de la energía y potencia del Mercado Spot. Si la energía generada resultaba menor que la contratada, el generador debía adquirir el faltante en el Mercado Spot a efectos de cumplir lo establecido en el contrato.

La base de cálculo de las regalías hidroeléctricas era igual al ingreso del generador en concepto de energía y potencia, asumiendo que este vendía la totalidad de su producción en el Mercado Spot (la energía y potencia transadas en contratos también se valorizaban a precio Spot en la base de cálculo de las regalías).

188. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013, art. 3.

189. Secretaría de Energía Eléctrica, Resolución 8/94, art. 8.

190. Secretaría de Energía, Resolución 95/2013, art. 11.

191. Poder Ejecutivo Nacional, Decreto Reglamentario de la Ley 24.065...

Como se mencionó más arriba, a partir del dictado de la Resolución 95/2013 rige un nuevo esquema de remuneración a los generadores, que desvinculó la remuneración a los generadores de los precios que se sancionarían en el Mercado Spot, pero en su artículo 11 ratificó el procedimiento establecido en la Resolución 8/94 para el cálculo de las regalías hidroeléctricas, que continúan vinculadas a los precios del Mercado Spot que se comenzó a fijar administrativamente.

Hasta ese cambio de criterio, el valor de la base de cálculo de las regalías hidroeléctricas era similar a la suma de lo percibido por los generadores en concepto de potencia disponible y energía suministrada. La única discrepancia era la diferencia entre lo percibido por la venta de una fracción de la energía y potencia en el marco de los contratos y el monto resultante de aplicar a esa fracción los precios del Mercado Spot.

De acuerdo con lo expuesto, con el transcurso del tiempo, se ha producido un desacople entre los montos con los que se remunera a los agentes generadores obligados al pago de las regalías por la energía que producen y la base de cálculo de las regalías al no actualizarse el precio Spot, con la consecuente afectación de la regalía hidroeléctrica y el canon que deben pagar los generadores.

En virtud de la problemática antes descripta las provincias de Neuquén, Río Negro y Chubut iniciaron reclamos contra el Estado nacional por las diferencias de las regalías hidroeléctricas efectivamente percibidas y las que corresponden según sus estimaciones, más intereses.

IX. CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo repasamos la gran mayoría de las normas aplicables a los aprovechamientos hidroeléctricos nacionales y, como puede advertir el lector, existe una gran dispersión normativa y una alta complejidad en las distintas dimensiones que atraviesan su funcionamiento.

También vimos lo importante que es para el sistema eléctrico y para el desarrollo económico en general este tipo de tecnología en el contexto actual de transición energética, lucha contra el cambio climático y los conflictos geopolíticos.

El vencimiento del plazo de los contratos es la oportunidad perfecta para ordenar el marco jurídico aplicable a los aprovechamientos y adaptar la regulación existente a la actualidad, otorgando un horizonte seguro que

permita el desarrollo de las inversiones que se necesitan para renovar las instalaciones existentes y la construcción de nuevas infraestructuras. Al mismo tiempo pueden generarse los acuerdos políticos necesarios para armonizar las relaciones entre las distintas jurisdicciones del país.

Todo ello es independiente de si los aprovechamientos vuelven a ser administrados por el Estado o vuelven a concesionarse. Cualquiera sea el caso, los contratos de concesión deben adaptarse y deben sancionarse las normas regulatorias que permitan solucionar los conflictos existentes sobre manejo de aguas, seguridad de presas, canon y regalías que permitan un funcionamiento adecuado de los aprovechamientos.

En ese sentido será necesario en el nuevo esquema de concesiones que las provincias otorguen los permisos correspondientes para el uso del recurso hídrico, ya sea a través de la emisión de los actos administrativos correspondientes o suscribiendo los nuevos contratos de concesión que se celebren.

Con respecto a la propiedad de los aprovechamientos, que como vimos son establecimientos de utilidad nacional propiedad del Estado nacional, estamos ante la oportunidad de que las provincias que aún no forman parte del capital de las sociedades concesionarias puedan integrarse a ellas, ofertando por las acciones correspondientes y de ese modo no generar un menoscabo al resto de las provincias que, de alguna manera, también financiaron su construcción.

También será necesario establecer un nuevo régimen de regalías hidroeléctricas donde se garantice a las provincias que la base de cálculo de estas sea lo que efectivamente perciba la concesionaria de los aprovechamientos, dado que actualmente la base de cálculo se fue alejando de la remuneración que las sucesivas resoluciones asignaron a la energía generada y a la potencia disponible.

Por otro lado, la seguridad de las presas enfrenta desafíos importantes debido a la falta de regulación uniforme y la discrecionalidad en su aplicación. Por lo tanto, resulta de suma importancia el dictado de una ley que establezca un régimen federal de seguridad de presas que establezca los estándares mínimos de seguridad para todo el país.

Además, a pesar de existir distintos organismos a nivel federal, existe una falta de enfoque general en la gestión hídrica integral a nivel de cuencas. Por ello, resultaría conveniente fortalecer los espacios como el COHIFE para llevar adelante con eficacia los planes hídricos nacionales y disminuir los conflictos en el manejo de las aguas interjurisdiccionales. En

lo que respecta a la cuenca del Comahue, resulta necesario modificar los anexos de los contratos de conexión en lo importa al manejo de aguas, ya que el cambio climático alteró el comportamiento de los caudales de los ríos, volviendo más común los fenómenos extremos.

Sobre el destino de los aprovechamientos creemos que es correcto que estos vuelvan a ser administrados por el Estado nacional en asociación con los Estados provinciales, en línea con los principales complejos latinoamericanos. Al mismo tiempo deberían generarse los instrumentos financieros que permitan que los excedentes que genere la explotación de aquellos sean canalizados a la inversión en nueva infraestructura o en mejorar la existente.

El Poder Ejecutivo Nacional, en el proyecto de ley de presupuesto nacional para 2024, incorporó en el artículo 78, que la administración, operación y explotación de cada uno de los aprovechamientos hidroeléctricos otorgados oportunamente en concesión será asumida por una sociedad subsidiaria de ENARSA. El artículo nada dice de la participación de las provincias y tampoco se instruye a la celebración de nuevos contratos de concesión o la constitución de fondos que permitan nuevas inversiones, perdiéndose una oportunidad en ese sentido.

BIBLIOGRAFÍA

- Agencia Internacional de la Energía (AIE), *Hydropower Special Market Report. Analysis and forecast to 2030*, URL <https://www.iea.org/reports/hydropower-special-market-report>, consultado el 22/08/2024.
- ARIAS RODRÍGUEZ, Carmen, “Lineamientos para el marco jurídico de integración hidroeléctrica del Mercosur” en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, N.º 26, 10/2020, pp. 141-256.
- Autoridad Interjurisdiccional de Cuencas (AIC), *Estatuto de la Autoridad Interjurisdiccional de las cuencas de los ríos Limay, Neuquén y Negro*, URL <http://www.aic.gov.ar/sitio/estatico/estatuto.pdf>, consultado el 22/08/2024.
- BASTOS, Carlos M. & ABDALA, Manuel Á., *La transformación del sector eléctrico argentino*, Editorial Antártica SA, 1993, Santiago de Chile.
- BELKAID, Akram, “La revolución de los hidrocarburos” en *Le Monde Diplomatique*, N.º 274, 04/2022, URL <https://www.eldiplo.org/274-la-nueva-amenaza-nuclear/revolucion-en-los-hidrocarburos/>, consultado el 20/08/2024.

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Jurisdicción federal y jurisdicción provincial en materia electroenergética*, Asociación del Personal Jerárquico DEBA, 1974, La Plata.
- BUTELER, Alfonso, “Régimen de aguas en la República Argentina” en *Revista de Derecho Ambiental*, N.º 61, 03/2020, pp. 251-269.
- Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMESA), “Estatuto”, URL <https://cammesaweb.cammesa.com/empresa/>, consultado el 01/09/2024.
- , “Informe anual 2021”, 05/2022, URL <https://cammesaweb.cammesa.com/informe-anual/>, consultado el 20/08/2024.
- Consejo Hídrico Federal (Cohife), *Documentos fundacionales*, URL <https://www.cohife.org.ar/documentos-fundacionales/>, consultado el 22/08/2024.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación, “Asociación Argentina de Abogados Ambientalistas de la Patagonia c/ Santa Cruz, Provincia de y otro s/ amparo ambiental”, 21/12/2016, *Fallos*: 339:1732.
- , “Hidronor SA Hidroeléctrica Norpatagónica c/ Provincia del Neuquén”, 04/12/1980, *Fallos*: 302:1461.
- , “Bazán, Fernando s/ amenazas”, 04/04/2019, *Fallos* 342:509.
- , “Buenos Aires, Provincia de c/ Santa Fe, Provincia de s/ sumarísimo —derivación de aguas—”, 03/12/2019, *Fallos*: 342:2136.
- , “Central Puerto SA c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, 06/05/2021, *Fallos*: 344:936.
- , “Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional s/ acción declarativa”, 16/09/2003, *Fallos*: 326:3521.
- , “Chevron San Jorge SRL c/Neuquén, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad (regalías sobre gas)”, 01/11/2011, *Fallos* 334:1162.
- , “Fundación Banco de Bosques para el manejo sustentable de los recursos naturales c/ Santa Cruz, Provincia de s/ medida cautelar”, 21/12/2016.
- , “Hidroeléctrica Alicurá SA c./ Estado Nacional y otros”, 3/07/2007, *Nro. Interno: H191XXXI*.
- , “Hidroeléctrica Tucumán S.A. c/ Estado Nacional y Provincia de Tucumán s/ daños y perjuicios”, 07/06/2005, *Nro. Interno H. 61. XXXVI*.
- , “Marconetti, Boglione y Cía c/ Municipalidad de Santa Fe”, 29/05/1929, *Fallos* 154:312.
- , “Neuquén, Provincia del c/ Estado Nacional Ministerio de Desarrollo Social Instituto Nacional de Asuntos Indígenas) s/ impugnación

- de actos administrativos y acción declarativa de certeza”, 11/09/2018, *Fallos*: 341:1148.
- , “YPF c/ provincia de Mendoza y Mina Cacheuta SRL s/ nulidad de concesión minera”, 03/05/1979, *Fallos* 301:341.
- DE LA COLINA, Elisa B., “Conflictos jurisdiccionales en la regulación de servicios públicos (con especial referencia al sistema regulatorio eléctrico)”, en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXV, N.º 303, 12/2003, pp. 19-38.
- Energía para el Futuro, blog del Banco Interamericano de Desarrollo, “La generación hidroeléctrica y la transición energética de América Latina y el Caribe”, ALARCÓN, Arturo, 13/02/2023, URL <https://blogs.iadb.org/energia/es/la-generacion-hidroelectrica-y-la-transicion-energetica-de-america-latina-y-el-caribe/>, consultado el 21/08/2024.
- Ente Nacional Regulador de la Electricidad, “Anexo 17: ingreso de nuevos agentes al mercado eléctrico mayorista”, URL <https://www.enre.gov.ar/web/bibliotd.nsf/58d19f48e1cdebd503256759004e862f/50f829799c23b1fa03256930006f51be?OpenDocument>, consultado el 01/09/2024.
- GARRIDA FALLA, Fernando, “Efectos económicos de la caducidad de las concesiones administrativas” en *Revista de administración pública*, N.º 45, 1964, pp. 231-244.
- GONZÁLEZ, Joaquín V., *Manual de la Constitución Argentina*, La Ley, 2001, actualizado por QUIROGA LAVIÉ, Humberto.
- Honorable Cámara de Diputados de la Nación, “Debate Parlamentario de la Ley 15.336”, URL https://www2.hcdn.gob.ar/secparl/dgral_info_parlamentaria/dip/debates/leyes_10001_20000.html, consultado el 01/09/2024.
- JUNCAL, Sebastián M., “La regulación y el control de la seguridad de presas en la Argentina”, en *Estado Abierto. Revista sobre el Estado, la administración y las políticas públicas*, Vol. 3, N.º 2, diciembre 2018 – marzo 2019, pp. 117-151.
- LÍBER, Martín & JUSTO, Juan, “Aguas interjurisdiccionales en la Corte Suprema argentina. Escenario e interrogantes (parte II)” en *Diario Administrativo*, *Diario DPI*, N.º 297, 28/10/2020, URL <https://dpcuatico.com/sitio/wp-content/uploads/2020/10/Doctrina-Administrativo-28-10-20.-Mart%C3%ADn-y-Justo-Parte-II.pdf>, consultado el 22/08/2024.
- LÍBER, Martín, “Títulos, competencias y regalías por generación hidroeléctrica en el régimen federal argentino” en *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, Año XXXII, N.º 384, 2010, pp. 21-46.

- MALINOW, Guillermo V., *Potencial y desarrollo hidroeléctrico argentino*, Instituto Argentino de la Energía, 2013, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- MANILI, Pablo L., *Establecimientos de utilidad nacional, Artículo 75 inc. 30 de la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, 2004, Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
- Ministerio de Energía y Minería de la Nación, Resolución 281/2017, 18/08/2017, *BORA 22/08/2017*.
- NIELSEN ENEMARK, Carlos, “La naturaleza jurídica de la compañía administradora del Mercado Eléctrico Mayorista (CMMESA)”, en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, N.º 10, agosto-octubre 2016, pp. 163-179.
- Organismo Regulador de Seguridad de Presas (ORSEP), *Inventario de Presas Argentinas*, 2020, URL <https://drive.google.com/file/d/1Pi0AIAiBjFMTXD9SmtZfOXhPwQX30RD2/view>, consultado el 21/08/2024.
- , *Registro de Presas Fiscalizadas*, URL <https://www.argentina.gob.ar/orsep/registro-de-presas-fiscalizadas>, consultado el 21/08/2024.
- Poder Ejecutivo Nacional, Decreto N.º 3.967/47, 05/03/1947.
- , Decreto 3.907/77 de Transformación de Agua y Energía Eléctrica, 28/12/1977, *BORA 03/01/1978*.
- , Decreto 258/80, 31/01/1980, *BORA 13/02/1980*
- , Decreto 634/91 de Reconversión del Sector Eléctrico, 12/04/1991, *BORA 17/04/1991*.
- , Decreto 856/91 de Modificación del Decreto 634/91, 02/05/1991, *BORA 09/05/1991*.
- , Decreto 1.192/92 de Constitución de la Sociedad Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico Sociedad Anónima (CAMMESA), 10/07/1992, *BORA 21/07/1992*.
- , Decreto 1.398/92 Reglamentario de la Ley 24.065 y la Ley 15.336 sobre el Régimen de la Energía Eléctrica, 6/08/1992, *BORA 11/08/1992*.
- , Decreto 287/93 de Constitución de Sociedades Hidroeléctricas, 22/02/1993, *BORA 10/03/1993*.
- , Decreto 408/93, 12/03/1993, *BORA 16/03/1993*.
- , Decreto 1.661/93, 09/08/1993, *BORA 12/08/1993*.
- , Decreto 2.259/93 de Ratificación de un acta entre el Estado Nacional y Mendoza sobre la Privatización de Los Nihuales, 27/10/1993, *BORA 16/11/1993*.
- , Decreto 2.665/93, 28/12/1993, *BORA 31/12/1993*.

- , Decreto 369/94 de Constitución de Hidroeléctrica Ameghino Sociedad Anónima, 10/03/1994, *BORA 16/03/1994*.
- , Decreto 1.394/94, 11/08/1994, *BORA 18/08/1994*.
- , Decreto 1.694/94 de Transmisión de Acciones de Hidroeléctrica Diamante Sociedad Anónima a Inversora Diamante Sociedad Anónima, 23/09/1994, *BORA 06/10/1994*.
- , Decreto 1.807/94 de Constitución de Futaleufú Sociedad Anónima, 13/10/1994, *BORA 20/10/1994*.
- , Decreto 1.903/94, 27/10/1994, *BORA 02/11/1994*.
- , Decreto 2.219/94 de Transmisión de Acciones de Hidroeléctrica Rio Hondo Sociedad Anónima, 15/12/1994, *BORA 22/12/1994*.
- , Decreto 463/95, 12/09/1995, *BORA 18/09/1995*.
- , Decreto 570/96 de Transferencia de Atribuciones al Ente Nacional Regulador de la Electricidad, 30/05/1996, *BORA 04/06/1996*.
- , Decreto 657/96, 24/06/1996, *BORA 26/06/1996*.
- , Decreto 616/97 de Comercialización de Energía Eléctrica, 07/07/1997, *BORA 14/07/1997*.
- , Decreto 239/99 de Creación del Organismo Regulador de Seguridad de Presas, 17/03/1999, *BORA 23/03/1999*.
- , Decreto 882/17, 31/10/2017, *BORA 01/11/2017*.
- , Decreto de Necesidad y Urgencia 389/2021, 10/07/2023, *BORA 11/07/2023*.
- POCHAT, Víctor, *Entidades de gestión del agua a nivel de cuencas: experiencia de Argentina*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe, Organización de las Naciones Unidas, 2005, Santiago de Chile, URL <https://archivo.cepal.org/pdfs/Watguide/LC12375S.PDF>, consultado el 21/08/2024.
- Procuración del Tesoro de la Nación, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Dictamen 294:059, 06/07/2015.
- RADOVICH, Juan C., BALAZOTE, Alejandro & PICCININI, Daniel, "Desarrollo de represas hidroeléctricas en la Argentina de la Posconvertibilidad", en *Avá, Revista de Antropología*, N.º 21, 06/2012, pp. 1-19, URL <https://www.ava.unam.edu.ar/imagenes/21/pdf/n21a02.pdf>, consultado el 22/08/2024.
- República Argentina, Código Civil, Ley 340, 29/09/1869.
- , Código Civil y Comercial de la Nación.
- , Constitución Nacional.
- , Ley 11.672 Complementaria Permanente de Presupuesto según texto ordenado por el Decreto N.º 740/2014, 21/05/2014, *BORA 23/05/2014*.

- , Ley 13.213 de Aprobación del Convenio Internacional del Aprovechamiento del Salto Grande, 12/07/1948, *BORA 16/07/1948*.
- , Ley 15.336 de Energía y Combustible, 20/09/1960, *BORA 22/09/1960*.
- , Ley 17.004 de Energía y Combustibles, 31/10/1966, *BORA 8/11/1966*.
- , Ley 17.318 de Régimen de Sociedades Anónimas en las que el Estado es parte mayoritaria, 19/06/1967, *BORA 27/06/1967*.
- , Ley 18.586 de Organismos Nacionales, 26/02/1970, *BORA 26/02/1970*.
- , Ley 19.199, 30/08/1971, *BORA 31/08/1971*.
- , Ley 19.287 de Creación del Fondo Nacional de Grandes Obras Eléctricas, 05/10/1971, *BORA 14/10/1971*.
- , Ley 19.550 de Sociedades Comerciales, 03/04/1972, *BORA 25/04/1972*.
- , Ley 20.646 Aprobación del Tratado de Yacyretá suscripto con la República del Paraguay, 22/02/1974, *BORA 26/03/1974*.
- , Ley 23.164 de modificación del artículo 43 de la Ley 15.336, 23/10/1984, *BORA 06/11/1984*.
- , Ley 23.411 de Declaración de interés nacional de los estudios, proyectos, trabajos y obras correspondientes al Complejo Hidroeléctrico Limay Medio, 01/10/1986, *BORA 30/01/1987*.
- , Ley 23.696 de Reforma del Estado, 18/08/1989, *BORA 23/08/1989*.
- , Ley 23.879 de Consecuencias Ambientales de las Obras Hidráulicas, 28/09/1990, *BORA 01/11/1990*.
- , Ley 23.968 de Espacios Marítimos, 14/08/1991, *BORA 05/12/1991*.
- , Ley 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica 25/02/1992, *BORA 16/01/1992*.
- , Ley 24.543, 13/09/1995, *BORA 25/10/1995*.
- , Ley 25.688 de Régimen de Gestión Ambiental de Aguas, 28/11/2002, *BORA 3/01/2003*.
- , Ley 25.943 de Creación de Energía Argentina Sociedad Anónima, 20/10/2004, *BORA 03/11/2004*.
- , Ley 26.190 de Energía Eléctrica, 27/12/2006, *BORA 02/01/2007*.
- , Ley 26.438 de Constitución del Consejo Hídrico Federal, 03/12/2009, *BORA 15/01/2009*.
- , "Ley de Glaciares", Ley 26.639 de Preservación de los Glaciares y del Ambiente Periglacial, 30/09/2010, *BORA 28/10/2010*.

- ROSELLI, Olga, “La privatización de Hidronor”, ponencia en la mesa de *Resistencias al proceso de embate neoliberal en Argentina abordados desde la historia oral* de las XII Jornadas Interescuelas/Departamentos de Historia, Facultad de Humanidades y Centro Regional Universitario Bariloche, Universidad Nacional del Comahue, San Carlos de Bariloche, 28 al 31 de octubre de 2009, URL <https://cdsa.academica.org/000-008/1235>, consultado el 22/08/2024.
- SACRISTÁN, Estela B., “Algunas reflexiones sobre los recursos naturales en la Constitución Nacional”, en GELLI, María A. (directora), *A 25 años de la reforma constitucional, Suplemento Especial*, La Ley, 2019, pp. 373-393, URL [https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/2019 %20Algunas %20reflexiones %20sobre %20los %20recursos %20naturales %20en %20la %20CN.pdf](https://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones/2019%20Algunas%20reflexiones%20sobre%20los%20recursos%20naturales%20en%20la%20CN.pdf), consultado el 22/08/2024.
- SEBASTIANO RAMBEAUD, María J., “La necesidad de una ‘ley corta’ en materia de concesiones hidroeléctricas”, en *La Ley*, TR LALEY AR/DOC/9953/2012.
- Secretaría de Energía, Ministerio de Obras y Servicios Públicos de la Nación, Resolución 475/87, 04/09/1987.
- , Resolución 718/87, 29/12/1987.
- Secretaría de Energía Eléctrica, Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, Resolución 61/92 de Organización del Sistema Físico del Mercado Eléctrico Mayorista, 29/04/1992, *BORA 13/05/1992*.
- , Resolución 137/92 de Reglamentación del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica, 30/11/1992, *BORA 15/01/1993*.
- , Resolución 8/94, 10/01/1994, *BORA 20/01/1994*.
- , Resolución 888/94, 25/07/1994, *BORA 29/09/1994*.
- Secretaría de Energía, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, Resolución 2.022/2005, 22/12/2005, *BORA 28/12/2005*.
- , Resolución 762/2009, 05/11/2009, *BORA 11/11/2009*.
- , Resolución 95/2013, 22/03/2013, *BORA 26/03/2013*.
- , Resolución 529/2014, 20/05/2014, *BORA 23/05/2014*.
- Secretaría de Energía, Ministerio de Economía de la Nación, Resolución 13/2022, 14/01/2022, *BORA 19/01/2022*.
- , Resolución 130/2022, 08/03/2022, *BORA 10/03/2022*.
- , Resolución 574/2023, 10/07/2023, *BORA 11/07/2023*.
- Secretaría de Energía, Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios de la Nación, *Pequeños aprovechamientos*

hidroeléctricos. Energías renovables, 2008, URL https://aulavirtual.fio.unam.edu.ar/pluginfile.php/286702/mod_resource/content/1/Libro_peque%C3%B1os%20aprovechamientos%20hidroel%C3%A9ctricos%20%28PAH%29.pdf, consultado el 22/08/2024.

Secretaría de Estado de Planificación y Acción para el Desarrollo de Neuquén (COPADE), *Concesiones hidroeléctricas. Aportes al debate político y jurídico. A propósito de la finalización de las concesiones*, 2022, URL <https://www.copade.gob.ar/wp-content/uploads/2022/07/CONCESIONES-HIDROELECTRICAS.pdf>, consultado el 22/08/2024.

WALSH, Juan R. “El caso de las represas hidroeléctricas sobre el río Santa Cruz en la Patagonia austral: una compleja convergencia de agendas jurídicas, ambientales, energéticas y diplomáticas frente a la justicia” en *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, N.º 18, agosto-octubre de 2018, pp. 153-180.