

En busca de los contratos perdidos (facultades de la Secretaría de Energía en la Ley 24.065 y el artículo 9, Resolución SE 95/13)

In search of lost contracts (regulatory powers of the Secretary of Energy by Law 24,065 and section 9 of Resolution SE 95/13)

*Nicolás Eliashev**

Resumen

Este trabajo considera el alcance de las facultades de la Secretaría de Energía conferidas por los artículos 35 y 36 de la Ley 24.065 a la luz de la Resolución SE 95/2013. Se presta especial énfasis a la suspensión introducida por el artículo 9 de dicha resolución –denominada allí como transitoria– respecto del derecho de los generadores, distribuidores y grandes usuarios –previsto en la Ley 24.065– de ejecutar contratos en el Mercado a Término del Mercado Eléctrico Mayorista. Además, se destaca la extensión de tal suspensión por un plazo –que a la fecha de entrega de este trabajo– ya lleva más de diez años.

Palabras clave: electricidad – facultades – reglamentarias – regulación – mercado – eléctrico – mayorista – contratos

Abstract

This paper considers the scope of regulatory powers attributed to the Secretary of Energy by Law 24,065. It focuses on Resolution SE 95/2013, particularly in relation to its Section 9. This section provided for the suspension of the right of generators, distributors, and large users to enter into contracts in the electricity market. This

* Abogado (UBA, 2000), MSc Public Policy (London School of Economics, Universidad de Londres, 2003). Profesor en la Carrera de Abogacía del Departamento de Derecho de la Universidad de San Andrés (Derecho Administrativo desde 2012 y Derecho de la Regulación y de la Inversión desde 2019). Profesor de Derecho de la Energía en la Maestría Interdisciplinaria de Energía del Centro de Estudios de la Actividad Regulatoria de la Universidad de Buenos Aires desde el 2007. Docente en la Diplomatura de Energías Renovables de la Facultad de Ingeniería de la Universidad Austral desde 2018 y de la Diplomatura de Energías Renovables y Almacenamiento en la Universidad del CEMA desde 1916. Socio a cargo de los Departamentos de Energía y Derecho Administrativo en el Estudio Tavarone, Rovelli, Salim y Miani Abogados. E-mail: neliashev@udesa.edu.ar y nicolas.eliashev@trsym.com

Agradezco especialmente los muy buenos comentarios de mi colega Javier Constanzó a un borrador inicial de este documento, aunque huelga decir, las opiniones y eventuales inexactitudes contenidas en el presente son de mi exclusiva responsabilidad.

suspension, as of date, although was originally referred to as provisional, has extended more than ten years.

Key words: electricity – regulation – wholesale electricity market – contracts

I. Introducción: Alcance y objeto del presente trabajo

En este ensayo analizo el alcance de las facultades de la Secretaría de Energía de la Nación (“SE” o “Secretaría de Energía”) en el marco de los artículos 35 y 36 (que conciernen a la organización y despacho del mercado eléctrico) de la Ley Nro. 24.065.² En particular, con relación a una medida adoptada por la Secretaría de Energía, a saber, la suspensión de los contratos del mercado a término prevista en el artículo 9 de la Resolución SE 95/13.³

Al respecto, argumento que las facultades de la Secretaría de Energía están expresa y precisamente delimitadas por el claro texto de las previsiones legales mencionadas, pero también por la Constitución Nacional y por la Ley Nro. 24.065 en general. Bajo este encuadre, analizo el artículo 9 de la Resolución SE 95/2013 y señalo que, por las consideraciones que aquí se abordan, tal norma puede ser reputada contraria a la Constitución Nacional y al Régimen de Energía Eléctrica.

A los fines indicados en los párrafos precedentes, el plan de exposición para el presente ensayo es el siguiente: luego de esta breve introducción que constituye la sección I, en la sección II considero los artículos 35 y 36 de la Ley Nro. 24.065 y el marco constitucional y legal que debe ser tenido en cuenta a los efectos de la delimitación de la competencia de la Secretaría de Energía; en la sección III analizo la Resolución SE 95/13 y sus normas modificatorias; y en la sección IV ensayo una conclusión.

II. Los artículos 35 y 36 de la Ley Nro. 24.065 y el marco legal que delimita las funciones de la Secretaría de Energía

Esta sección se divide, a su vez, en tres subsecciones. La subsección A introduce la Ley Nro. 24.065 e identifica los aspectos más relevantes en cuanto interesan al análisis del presente trabajo. La subsección B se ocupa específicamente de los artículos 35 y 36 de la norma legal mencionada, y en la subsección C se encuadra la cuestión desde el punto de vista de la Constitución Nacional.

² Ley Nro. 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica, B. O. del 16/01/1992.

³ Resolución de la Secretaría de Energía 95/13, Agentes Generadores, Cogeneradores y Autogeneradores del Mercado Eléctrico Mayorista, B.O. 26/03/13.

A. La Ley Nro. 24.065

La Ley Nro. 24.065 introdujo una reforma integral⁴ del sector eléctrico argentino, ya que aprobó, por una parte, un nuevo marco regulatorio específico para la actividad, y modificó, sin derogar, la Ley Nro. 15.336.⁵ Esta es una norma de relevancia en cuanto a ciertas definiciones conceptuales sobre la energía eléctrica y en materia del deslinde de la jurisdicción federal y provincial.

La reforma integral del sector eléctrico aprobada por la Ley Nro. 24.065 incluyó, en síntesis, su desintegración vertical, su privatización, la liberalización en el sector de generación y comercialización, y la creación de un ente regulador especializado.⁶

La desintegración vertical de la industria eléctrica tiene su punto de partida es que las actividades que forman parte de ella (generación, transmisión y distribución) pueden ser separadas para que sean desempeñadas por distintas empresas. Tal separación de actividades implica, asimismo, un tratamiento regulatorio disímil para cada una de ellas, a partir de –entre otras cuestiones– diferenciar en qué casos es viable la competencia y en qué casos no lo es, por tratarse estos últimos de un monopolio natural.

En este sentido, bajo la reforma introducida por la Ley Nro. 24.065:

i. El transporte y la distribución de energía eléctrica son considerados monopolios naturales⁷ y, en consecuencia, están regulados como servicios públicos,⁸ con las siguientes características esenciales:

a. La prestación de los servicios está a cargo de, prioritariamente, personas jurídicas privadas en virtud de contratos de concesión de servicios públicos, en los que el Estado Nacional actúa como concedente y el prestador como concesionario.⁹

⁴ Sobre las reformas regulatorias en general y en especial del sector eléctrico puede verse, por ejemplo, Aguilar Valdez “Competencia y Regulación”; Bastos y Abdala, “Transformación del sector eléctrico”; Eliashev, “Los cargos tarifarios” y “Sector eléctrico”; FIEL, “La Regulación”; y Tawil “Avances regulatorios”. Debe destacarse que la Ley 24.065 se encuadró en una serie de reformas más amplias que surgieron a partir de la sanción de la Ley Nro. 23.696 (B.O. 23/08/89) y que incluyeron reformas en otros sectores, como en hidrocarburos y puertos, entre otros.

⁵ Ley Nro. 15.336, Energía y Combustible, B.O. del 22/09/60.

⁶ Sobre la Ley Nro. 24.065 puede verse, Barreiro, “Derecho de la Energía Eléctrica”; y Palacio, “Constitución y Energía Eléctrica”.

⁷ Ver, al respecto, Albertsen, “El monopolio”.

⁸ Ley Nro. 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica, B. O. del 16/01/1992, art. 1.º

⁹ Ley Nro. 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica, B. O. del 16/01/1992, art. 3.º

b. La remuneración de la actividad que los concesionarios de servicios públicos reciben como contraprestación por su labor está dada por una tarifa máxima aprobada por el ente regulador.¹⁰

c. Los concesionarios de transporte y distribución son monopólicos respecto de una determinada red (transmisión) y de un área de exclusividad específica (distribución¹¹). En función de ello, deben otorgar un acceso no discriminatorio a sus redes a generadores y usuarios (*open access*¹²), y proveer sus servicios con ciertos estándares de calidad fijados contractualmente.

ii. La generación no está regulada como un servicio público, sino como una actividad de interés general¹³ que recibe, como remuneración, un precio por la potencia puesta a disposición y un precio por la energía suministrada.¹⁴ En consecuencia, salvo en lo referido a la generación hidroeléctrica en lo concerniente al uso de agua (bajo jurisdicción del titular de dicho recurso), no se requiere una concesión para la prestación de la actividad sino una mera habilitación administrativa.

iii. El gran usuario de energía eléctrica (calificado como tal en función de un módulo de potencia definido por la reglamentación) tiene derecho a ejecutar contratos libremente pactados para adquirir la energía eléctrica directamente del generador y, en caso de que sea habilitado como autogenerador, a generar su propia energía y comercializar los excedentes.

iv. El resto de los usuarios adquiere la energía de los generadores, pero lo hace mediante los distribuidores que efectúan el *pass through* de los costos de adquisición de la energía generada en condiciones de competencia a dichos usuarios.

¹⁰ Ley N° 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica, B. O. del 16/01/1992, artículos 41 a 46.

¹¹ Sin embargo, también establecen los respectivos contratos de concesión —como una facultad del concedente— que esta exclusividad zonal puede dejarse sin efecto o modificarse el área dentro de la cual se ejerce, para el caso en que la innovación tecnológica permita que la actual condición de “monopolio natural” que reviste la prestación del servicio pueda ser remplazada por un ámbito donde puedan competir otras formas de prestación de dicho servicio (ver, a modo de ejemplo, artículo 3° del contrato de concesión de EDENOR o EDESUR).

¹² Ley N° 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica, B. O. del 16/01/1992, artículo 22. Ver al respecto, Constanzó, “Una nueva mirada”.

¹³ Ley N° 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica, B. O. del 16/01/1992, art. 1.°

¹⁴ Ley N° 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica, B. O. del 16/01/1992, art. 35 y 36.

La separación, así descrita, permitió abrir el segmento de la generación de energía eléctrica a un esquema de prestación competitiva.

En tal sentido, la idea que inspiró la separación era aprovechar los beneficios económicos de la competencia en aquellos sectores en los que ella era posible desde el punto de vista de su viabilidad técnica y económica. En consecuencia, la promoción de un mercado eléctrico competitivo es un objetivo central de la Ley Nro. 24.065.

En tal sentido, el artículo 2 de la Ley Nro. 24.065 enumera dentro de sus objetivos, como inciso b), el referido a promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad; como así también alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo. Como inciso f), se propone el objetivo de alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible.

En este contexto, resulta evidente que el derecho de contratar la compraventa y/o suministro de energía eléctrica a partir de condiciones libremente pactadas es un aspecto esencial para una actividad de generación competitiva. Por lo contrario, la imposibilidad de ejercer tal derecho impide la competencia o, como mínimo, la limita severamente.

En este marco, el artículo 6 de la Ley Nro. 24.065 les reconoce a los generadores la posibilidad de celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios, y el derecho a que dichos contratos sean libremente negociados entre las partes. Por su parte, el artículo 10 define al gran usuario como quien contrata, en forma independiente y para consumo propio, su abastecimiento de energía eléctrica con el generador y/o el distribuidor.

Asimismo, debe tenerse presente lo previsto en la Ley Nro. 15.336 en cuanto prevé que:

- i. La energía eléctrica, cualquiera sea su fuente y las personas de carácter público o privado a quienes pertenezca, se considerará una cosa jurídica susceptible de comercio por los medios y formas que autorizan los códigos y leyes comunes en cuanto no se opongan a la Ley Nro. 15.336.¹⁵
- ii. Las operaciones de compra o venta de la electricidad de una central con el ente administrativo o con el concesionario que en su caso presta el servicio público, se

¹⁵ Ley Nro. 15.336, Energía y Combustible, B.O. del 22/09/60, art. 2.º

reputarán actos comerciales de carácter privado en cuanto no comporten desmedro a las disposiciones de la Ley Nro. 15.336.¹⁶

De esta forma, las Leyes Nro. 15.336 y 24.065 han determinado con gran claridad y precisión las pautas a las que debe ceñirse la actividad reglamentaria de la Secretaría de Energía al ejercer las facultades que le encomiendan los artículos 35 y 36, pero también el ejercicio de sus restantes competencias de tipo reglamentaria o regulatoria.

Dentro de estas pautas, la Ley Nro. 24.065 le ha dado a los generadores y a los grandes usuarios el derecho de ejecutar contratos libremente pactados y le ha indicado a la Secretaría de Energía que la normativa que dicte debe permitir la ejecución de tales contratos.

En este marco, la entonces Secretaría de Energía Eléctrica emitió, en 1992, la Resolución 61/92 que, junto con sus modificatorias y complementarias, aprobó Los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios (conocidos como “Los Procedimientos”).¹⁷ Dicho cuerpo normativo contiene reglamentaciones técnicas que hacen a la operación del mercado eléctrico en su conjunto.

En el capítulo 4 de Los Procedimientos se regula en detalle lo referido al llamado mercado a término del Mercado Eléctrico Mayorista, en el que se deben ejecutar los contratos entre Generadores, Grandes Usuarios, Distribuidores y Comercializadores.¹⁸ En esta norma se reafirma la libertad en la negociación para la ejecución de esos contratos¹⁹ a la vez que se establecen requisitos de información²⁰ y técnicos²¹ para que tales contratos puedan ser objeto de transacción en el Mercado Eléctrico Mayorista.

El modelo de la Ley Nro. 24.065 funcionó en términos puros hasta el año 2002 cuando, a partir de la sanción de la Ley Nro. 25.561 (Ley de Emergencia Pública), el esquema originariamente previsto fue progresivamente alterado y modificado. En la mayor parte de las ocasiones, por vía de reglamentaciones sin el rango legal exigible para

¹⁶ Ley Nro. 15.336, Energía y Combustible, B.O. del 22/09/60, art. 4.º

¹⁷ Resolución SEE 61/92, B.O. 13/5/1992

¹⁸ Incorporados por el Decreto 186/95, B. O. del 27/7/1995 que modificó al Decreto 1398/92, B. O. del 11/08/1992.

¹⁹ Resolución SEE 61/92, B.O. 13/5/1992, Capítulo 4, Sección 4.1.2.

²⁰ Resolución SEE 61/92, B.O. 13/5/1992, Capítulo 4, Sección 4.1.3.

²¹ Resolución SEE 61/92, B.O. 13/5/1992, Capítulo 4, Sección 4.1.1.

su validez y, a menudo, en dudoso cumplimiento de normas constitucionales y legales de jerarquía superior a esas normas reglamentarias.²²

En 2015, con la emisión del Decreto 134/15 que declaró la emergencia del sector eléctrico nacional con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2017, se adoptó la política de retomar la senda fijada por la Ley Nro. 24.065. En tal sentido se instruyó al Ministerio de Energía y Minería (MEyM) para que

elabore, ponga en vigencia, e implemente un programa de acciones que sean necesarias en relación con los segmentos de generación, transporte y distribución de energía eléctrica de jurisdicción nacional, con el fin de adecuar la calidad y seguridad del suministro eléctrico y garantizar la prestación de los servicios públicos de electricidad en condiciones técnicas y económicas adecuadas.²³

Así, las resoluciones MEyM 6/16 y SEE 20/17, entre otras, sucesivamente aprobaron valores para el precio estacional de la energía eléctrica, orientados al cumplimiento gradual de la manda legal que indica que el precio de la energía debe reflejar el costo económico del sistema.²⁴

En el marco de Decreto 134/15, se emitieron diversas normas, entre las que se destaca la ya mencionada Resolución MEyM 6/16 que señaló en sus considerandos que “los sistemas de remuneración establecidos en el MERCADO ELÉCTRICO MAYORISTA (“MEM”) a partir del año 2003 implicaron la progresiva adopción de decisiones regulatorias ajenas al criterio subyacente en la Ley Nro. 24.065”.²⁵

En ese contexto, se inició una senda gradual de normalización de las concesiones²⁶ de transporte de energía eléctrica, así como las correspondientes a la distribución bajo jurisdicción nacional. También se designó al directorio del ENRE mediante la realización del concurso público que exige la Ley.²⁷

No obstante, a pesar de ello, no se introdujo norma alguna referida al restablecimiento del derecho a ejecutar contratos en el MEM. Por lo que la suspensión introducida por la Resolución SE 95/13 se mantuvo vigente, sin que se brindara argumento alguno para la continuidad de esa medida.

²² Ver, al respecto, Durand, “El marco regulatorio”.

²³ Decreto 134/15, B. O. del 17/12/2015, artículo 2.

²⁴ Resolución MEyM 6/16, B.O. 27/01/16; Resolución SEE 20/17, B.O. 1/02/17.

²⁵ Resolución MEyM 6/16, B. O. 27/01/2016, considerando 2.

²⁶ Ver Resoluciones MEyM 7/16, B. O. 18/01/16 y 196/16, B. O. 28/09/16.

²⁷ Decreto 84/18, B. O. del 30/01/18.

Por lo demás, en 2019 se sancionó una nueva Ley de Emergencia –la Ley Nro. 27.741–²⁸ que, en lo que aquí interesa, volvió congelar las tarifas eléctricas y facultó al Poder Ejecutivo a intervenir el ENRE. Esto efectivamente se llevó a cabo mediante el Decreto 277/20.²⁹

B. Los artículos 35 y 36 de la Ley Nro. 24.065

Las Leyes Nro. 15.336 y 24.065 han conferido el carácter de autoridad de aplicación de tales normas a la Secretaría de Energía.³⁰ En ese marco, las leyes mencionadas han establecido ciertas competencias específicas en favor de la Secretaría de Energía. En lo que aquí interesa, los artículos 35 y 36 de la Ley Nro. 24.065 conciernen a la competencia de la SE para el dictado de normas reglamentarias referidas a la organización y despacho del mercado eléctrico.

El artículo 35 establece que

la Secretaría de Energía determinará las normas a las que se ajustará el despacho nacional de cargas para el cumplimiento de sus funciones, las que deberán garantizar la transparencia y equidad de las decisiones, atendiendo a los siguientes principios: a) Permitir la ejecución de los contratos libremente pactados entre las partes, entendiendo por tales a los generadores (con excepción de aquellos comprendidos en el artículo 1º de la Ley 23.696 y la parte argentina de los entes binacionales), grandes usuarios y distribuidores (mercado a término); b) Despachar la demanda requerida, en base al reconocimiento de precios de energía y potencia que se establecen en el artículo siguiente, que deberán comprometerse explícitamente a aceptar los actores del mercado, para tener derecho a suministrar o recibir electricidad no pactada libremente entre las partes.

El artículo 36, por su parte, dispone que la

Secretaría de Energía dictará una resolución con las normas de despacho económico para las transacciones de energía y potencia contempladas en el inciso b) del artículo precedente que aplicará el Despacho Nacional de Cargas. La norma referida dispondrá que los generadores perciban por la energía vendida una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega que fije el DNDC, basada en el costo económico del sistema. Para su estimación deberá tenerse en cuenta el costo que represente para la comunidad la energía no suministrada.

²⁸ Ley Nro. 27.741, B.O. 23/12/19. Ver al respecto, Eliashev, “Aspectos referidos a la energía en la Ley 27.541”.

²⁹ Decreto 277/20, B.O. 16/03/20. Respecto a la importancia de la designación de autoridades en los entes reguladores conforme a la ley, ver, Eliashev, “En Defensa de la Ley”. En forma tardía y luego de que la intervención fuera prorrogada varias veces, la Secretaría de Energía emitió su Resolución SE 607/23, B. O. 31/07/23, convocando a nuevo concurso para la designación de autoridades del ENRE.

³⁰ Ley Nro. 15.336 de Energía Eléctrica, B. O. del 22/09/1960, artículo 37 y Ley Nro. 24.065 del Régimen de la Energía Eléctrica, B. O. del 16/01/1992, artículo 85.

Asimismo, determinará que los demandantes (distribuidores) paguen una tarifa uniforme, estabilizada cada noventa (90) días, medida en los puntos de recepción, que incluirá lo que perciben los generadores por los conceptos señalados en el párrafo precedente, y los costos de transporte entre los puntos de suministro y recepción.

En síntesis, en virtud de los artículos 35 y 36 de la Ley Nro. 24.065 se le otorgaron a la Secretaría de Energía las siguientes facultades:

- i. Determinar las normas a las que se ajustará el despacho nacional de cargas para el cumplimiento de sus funciones.
- ii. Dictar una resolución con las normas de despacho económico.

Las facultades antedichas están condicionadas por el mandato legal que ordena que las normas a ser dictadas por la Secretaría de Energía atiendan a los siguientes principios:

- i. Garanticen la transparencia y equidad de las decisiones.
- ii. Permitan la ejecución de los contratos libremente pactados entre generadores, grandes usuarios y distribuidores.
- iii. Determinen el despacho de la demanda requerida, en base al reconocimiento a los generadores de un precio de energía y potencia uniforme para todos en cada lugar de entrega que se fije, basado en el costo económico del sistema. Debiéndose, para su estimación, tener en cuenta el costo que represente para la comunidad la energía no suministrada. Los distribuidores deberán abonar un precio uniforme, estabilizado cada noventa (90) días, medido en los puntos de recepción. Este precio incluirá lo que perciben los generadores por los conceptos señalados precedentemente, y los costos de transporte entre los puntos de suministro y recepción.

C. Encuadre constitucional

Al analizar el ejercicio de las facultades reglamentarias del Poder Ejecutivo Nacional y/o de cualquiera de sus órganos, deben tenerse en cuenta ciertos principios de jerarquía constitucional. Aunque parezcan de aplicación evidente, no lo son tanto, a poco que se examine la realidad observable a la fecha en cuanto a las normas reglamentarias dictadas por el Poder Ejecutivo respecto a la Ley Nro. 24.065.

Así, el artículo 31 de la Constitución Nacional consagra la supremacía de la ley al estipular que “esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación”. De modo concordante, el inciso 2° del artículo 99 estipula que el Poder

Ejecutivo, al expedir las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación, no debe alterar su espíritu con excepciones reglamentarias. Ello es también corolario de uno de los principios cardinales de nuestra Constitución, que es el principio de legalidad consagrado en el artículo 19 (“ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”), expresión central, a su vez, de la forma republicana de gobierno y, más aún, de nuestra forma de vida.

Por lo demás, en 1994, con la introducción del actual artículo 42 en la Constitución Nacional, se incorporó la tutela constitucional de “la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados”.³¹

A su vez, el principio de razonabilidad exige que los derechos no podrán ser alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio, y está consagrado en el artículo 28 de la Constitución Nacional. Este también constituye un principio rector al cual debe sujetarse el accionar de la Administración Pública en general. Debe agregarse un adecuado balance entre los fines perseguidos y la adopción de los medios a tal efecto.

Finalmente, deben tenerse presentes el respeto a los derechos constitucionales emergentes de los artículos 14 y 17 de la Carta Magna, sin que, se reitera, su reglamentación pueda alterar su sustancia, conforme lo previsto en el artículo 28.

En estas condiciones, las normas dictadas por la Secretaría de Energía, en ejercicio de las facultades previstas en los artículos 35 y 36 de la Ley Nro. 24.065, deben sujetarse no solo a los mandatos y principios específicos allí contenidos, sino también a dicha norma en general, a la Ley Nro. 15.336 y a la Constitución Nacional.

III. La Resolución SE 95/13 y sus modificatorias

La Resolución SE 95/13, entre otros aspectos, definió la remuneración de los generadores según diversos conceptos que se apartan de la uniformidad ordenada por el artículo 36 y que, en lugar de remunerar por precio, remuneran por costo, ya sea fijo o variable, con muchas diferencias según la tecnología y escala. Sin embargo, no es objeto de este trabajo el análisis en detalle del cambio que dicha norma supuso respecto a la remuneración y al modo en que ello era realizado con anterioridad a esta resolución.

³¹ Ver, al respecto, Ernesto Cionfrini, ““La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional”.

A su vez, la norma analizada impuso a los grandes usuarios la obligación de adquirir la energía eléctrica que consumen en CAMMESA, centralizando en dicho órgano encargado del despacho la gestión del combustible para la generación térmica. Tampoco se aborda en detalle esta cuestión, que no es objeto del trabajo.

En lo que específicamente concierne al presente, en su artículo 9, la Resolución 95/13 dispuso la “suspensión transitoria” de “la incorporación de nuevos contratos en el Mercado a Término del MEM para su administración por parte del Organismo Encargado del Despacho” y la “obligación de los Grandes Usuarios del MEM adquirir su demanda de energía eléctrica al Organismo Encargado del Despacho conforme las condiciones que establezca esta SECRETARIA DE ENERGIA [sic] a tal efecto”.

En los considerandos de la resolución en comentario no se expresa motivo alguno para la adopción de tal proceder, únicamente se señala que

a partir de la entrada en vigencia del nuevo régimen remuneratorio implementado por el presente acto, los Grandes Usuarios del MEM deberán adquirir su demanda de energía eléctrica al Organismo Encargado del Despacho, quedando suspendida transitoriamente la incorporación de nuevos contratos de compra de energía eléctrica en bloque celebrados con los Agentes Generadores afectados por las disposiciones de presente norma, hasta tanto se instrumenten las medidas reglamentarias que resulten convenientes en aras de alcanzar los objetivos antes aludidos.

De esta forma, en los considerandos de la norma, que es el lugar en el que debería expresarse el fundamento a la decisión adoptada –en función del principio republicano de gobierno y al elemento esencial de la motivación que, en sustancial síntesis, requiere que las autoridades den cuenta de las razones tenidas para su accionar y el para qué de sus actos–, no se ofrece sustento alguno a tal fin. Únicamente se describe la propia norma adoptada y la consiguiente imposición de una obligación a los grandes usuarios (adquirir la energía eléctrica a CAMMESA) en lugar del derecho que la Ley Nro. 24.065 les reconoce (contratar su propio suministro libremente).

Por lo demás, la Secretaría de Energía invoca, para su dictado, las facultades emergentes de los artículos 35 y 36 de la Ley Nro. 24.065, sin hacerse cargo de que tales normas contienen principios opuestos a la norma dictada.

En consecuencia, el artículo 9 de la Resolución careció de toda motivación, contrariamente a lo exigible por el inciso e) del artículo 7 de la Ley Nro. 19.549.³² En efecto, dentro de los considerandos de la Resolución solamente se refiere que

los Grandes Usuarios del MEM deberán adquirir su demanda de energía eléctrica al Organismo Encargado del Despacho, quedando suspendida transitoriamente la incorporación de nuevos contratos de compra de energía eléctrica en bloque celebrados con los Agentes Generadores afectados por las disposiciones de presente norma, hasta tanto se instrumenten las medidas reglamentarias que resulten convenientes en aras de alcanzar los objetivos antes aludidos.

Es decir, el considerando se limita a indicar el contenido de la norma sin dar ningún fundamento para su dictado.

La contradicción del artículo 9 de la Resolución 95/13 con la Ley Nro. 24.065, que expresamente otorga el derecho a la ejecución de contratos libremente pactados y ordena a la Secretaría de Energía tener en cuenta tal posibilidad en el dictado de las normas que le competen, pretendió ser salvada con la apelación a la transitoriedad de la medida adoptada. Pero, como en muchos otros casos de nuestra historia jurídica³³, la transitoriedad se extendió en el tiempo y –a la fecha de entrega de este trabajo– ya lleva casi once años.

En tal lapso, han transcurrido tres mandatos presidenciales, y en dichos períodos la suspensión del derecho a ejecutar contratos libremente fue mantenida por sucesivas resoluciones que fueron modificando la Resolución SE 95/13, sin incluir estipulación alguna respecto a la suspensión de los contratos del sector eléctrico que, por ende, continuó vigente.

Así, bajo la presidencia de Cristina Fernández de Kirchner, además de la inicial Resolución 95/13, la Secretaría de Energía dictó las Resoluciones 529/14 y 482/2015.³⁴ Luego, en la presidencia de Mauricio Macri, la entonces Secretaría de Energía Eléctrica dictó las resoluciones 22/2016 y 19/2017, además, la entonces Secretaría de Recursos Renovables y Mercado Eléctrico dictó la Resolución 1/2019.³⁵ Finalmente, bajo la

³² Ley Nro. 19.549, Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, B.O. 27/04/72. Ver, al respecto, Eliashev, “Quién se queda con qué cómo, cuándo”.

³³ Así, por ejemplo, la Ley Nro. 25.561 estaba destinada a perder su vigencia en un plazo menor a los dos años contados desde su publicación y terminó por estar vigente durante un plazo de casi quince años (ver, Ley Nro. 27.200 de Emergencia Pública, B. O. del 04/11/2015).

³⁴ Resolución SE 529/14, B.O. 23/05/2014; Resolución SE 482/2015, B.O. 17/07/2015

³⁵ Resolución SE 22/2016, B.O. 31/03/2016; Resolución SE 19/2017, B.O. 2/02/2017; Resolución Secretaría de Recursos Renovables y Mercado Eléctrico 1/2019, B.O. 1/03/2019

presidencia de Alberto Fernández, la Secretaría de Energía ha dictado, a la fecha, las Resoluciones 31/2020, 440/2021, 238/2022, 826/2022 y 750/2023.³⁶

De nuevo, todas las normas citadas modificaron ciertos aspectos de la Resolución SE 95/13, pero ninguna de ellas modificó el artículo 9 que había suspendido transitoriamente el derecho a ejecutar nuevos contratos. Más aún, ninguna de dichas normas hizo referencia a la continuidad de esa suspensión transitoria y mucho menos se proveyó fundamento para ello.

Como se expuso con anterioridad, a partir de la emisión del Decreto 134/15, entre los años 2015 y 2019, el Poder Ejecutivo Nacional procuró volver a la aplicación de la Ley Nro. 24.065. A pesar de ello, como también fuera ya expresado, la suspensión del derecho a ejecutar contratos en el mercado a término que fuera introducida por la Resolución SE 95/13 se mantuvo sin cambios y sin que se expresara el motivo de esa continuidad.

En tal sentido, las Resoluciones SEE 22/16 y 19/17, así como la Resolución SRRME 1/19, que modificaron ciertos aspectos menores de la Resolución SE 95/13, mantuvieron, en cambio, la suspensión llamada transitoria del derecho a ejecutar contratos. Sin decir nada al respecto y sin tampoco proporcionar ningún fundamento para el mantenimiento de esa situación ilegal, de nuevo, contrariamente a lo exigible por el inciso e) del artículo 7 de la Ley Nro. 19.549.

Así las cosas, nos encontramos con una norma –la Resolución SE 95/13– que en 2013 suspendió con alegado carácter transitorio el derecho de ejecutar contratos en el mercado a término, sin que se proveyera motivación alguna para justificar tal proceder. Y tenemos también que tal suspensión aparentemente transitoria de derechos se ha extendido por un período de casi once años, sin que tampoco se proporcione fundamento alguno para la extensión *sine die* de tal situación.

La suspensión se ha tornado hace ya tiempo en impedimento. En efecto, la norma dictada por la Secretaría ha impedido la realización de nuevos contratos en el mercado eléctrico, con excepción de la energía eléctrica de fuentes renovables, respecto de la que fue necesario que una Ley del Congreso declare la inaplicabilidad de la Resolución SE 95/13.

³⁶ Resolución SE 31/2020, B.O. 27/02/2020; Resolución SE 440/2021, B.O. 21/05/2021; Resolución SE 238/2022, B.O. 21/04/2022; Resolución SE 826/2022, B.O. 14/12/2022; Resolución SE 750/2023, B.O. 8/09/23

De hecho, la Ley Nro. 27.191 –que modifica la Ley Nro. 26.190 de Régimen de Fomento Nacional para el uso de Fuentes Renovables de Energía destinada a la Producción de Energía Eléctrica– establece objetivos de consumo de energía eléctrica de fuente renovables en cabeza de ciertos grandes usuarios. Estipula, en su artículo 9, que dichos grandes usuarios

a tales efectos, podrán autogenerar o contratar la compra de energía proveniente de diferentes fuentes renovables de generación a fin de cumplir con lo prescripto en este artículo. La compra podrá efectuarse al propio generador, a través de una distribuidora que la adquiera en su nombre a un generador, de un comercializador o comprarla directamente a CAMMESA bajo las estipulaciones que, para ello, establezca la Autoridad de Aplicación.

Al respecto, el artículo 10 de la Ley Nro. 27.191 establece que

[a] los efectos de lo establecido en el artículo anterior no son aplicables a los Grandes Usuarios y a las Grandes Demandas comprendidos en el mismo ni a los generadores que utilicen las fuentes renovables de energía, ninguna norma vigente al momento de la entrada en vigencia de la presente ley o que se dicte en el futuro, que de cualquier manera limite, restrinja, impida o prohíba, transitoria o permanentemente, la celebración de los contratos de suministro previstos en el artículo 6° de la ley 24.065.³⁷

Por lo demás, la norma antes citada resulta una demostración adicional que explica algo evidente: la Resolución SE 95/13 ha impedido la operatoria de mecanismos de contratación previstos en el artículo 6 de la Ley Nro. 24.065, a pesar de lo previsto en el propio artículo 6. Más aún, el artículo 36 de dicha ley establece que la normativa de la Secretaría de Energía debe permitir la ejecución de los contratos libremente pactados.

Y tal impedimento no solamente vulnera los artículos 6, 10 y 36 de la Ley Nro. 24.065, sino que también afecta la competitividad de los mercados, y contraría los objetivos legales expuestos en su artículo 2, incisos b) y f). De todo ello se sigue la inconstitucionalidad del artículo 9 de la Resolución, por contrariar normas de mayor jerarquía (artículos 31 y 99, inciso 2, CN), razonabilidad (artículo 28, CN), el principio

³⁷ La Ley Nro. 27.191 de Energía Eléctrica, B. O. del 21/10/2015, junto con su decreto reglamentario Decreto 531/16, B. O. del 31/03/16 y la Resolución MEyM 281/17, B. O. 22/08/17, permitieron el desarrollo de un mercado a término renovable, el MATER, que ya cuenta con una dinámica propia y ha viabilizado cuantiosas inversiones. Dicho marco regulatorio no prevé la obligatoriedad de ejecutar contratos, siendo dicha vía una de las tres modalidades disponibles para cumplir con los porcentajes de consumo de energía eléctrica establecidos en la Ley Nro. 27.191. La exitosa experiencia del MATER demuestra que un vigoroso mercado entre privados puede convivir sin inconvenientes con un mercado de licitaciones con comprador centralizado (Programa RenovAr) que abastece de energía eléctrica a quienes no compran energía eléctrica directamente, ya sea porque no pueden hacerlo por restricciones legales o económicas o simplemente porque prefieren no hacerlo.

de legalidad (artículos 14 y 19, CN) y afectar los derechos de propiedad y comerciar de generadores y grandes usuarios (artículos 14 y 17, CN), lo que imposibilita el funcionamiento de un mercado en competencia (artículo 42, CN).

Esta vulneración es evidente, notoria y de pleno derecho, ya que surge de cotejar leyes formales que consagran un derecho indudable a ejecutar contratos con normas emitidas con un rango inferior al de leyes formales (resoluciones de la Secretaría de Energía). Contrariamente a lo previsto por los artículos 14, 17, 19, 42, 31 y 99, inciso 2), en los hechos ha prevalecido el acto administrativo de una autoridad de aplicación por sobre una Ley del Congreso de la Nación. La inconstitucionalidad resultante es manifiesta y me exime de dar más fundamentos, que serían sobreabundantes.

Por lo demás, ni al momento de su adopción, ni en ningún momento durante sus casi once años de continuidad, se ha provisto de motivación alguna que permita visibilizar el fundamento de la decisión de impedir la celebración de contratos. Es decir, no se ha expresado fundamento alguno respecto a la imposibilidad de celebrar contratos o al menos respecto a la oportunidad, mérito y conveniencia de proceder a su suspensión.

Por todo lo expuesto en el presente, el artículo 9 de la Resolución SE 95/13 es, entonces, de nuevo, una norma cuya inconstitucionalidad e ilegalidad resultan evidentes y manifiestas.

IV. Conclusión

Al momento de entrega de este ensayo, la República Argentina se encuentra en los primeros días de mandato de un nuevo titular del Poder Ejecutivo Nacional, luego de la realización de las elecciones presidenciales generales del 23 de octubre de 2023 y de la segunda vuelta ocurrida el 19 de noviembre de 2023. Se ha verificado el cumplimiento de un período presidencial de gobierno constitucional y el consecuente inicio de uno nuevo, el pasado 10 de diciembre de 2023.

Se trata de un momento propicio para considerar la suspensión vigente a la fecha en esta materia y preguntarse sobre su suerte futura.

Considerando lo expuesto en el presente, es de esperar que, en la nueva gestión de gobierno, junto con la bienvenida rigurosa observancia de los contratos y compromisos vigentes que ya se ha anunciado, la Secretaría de Energía sencillamente derogue el artículo 9 de la Ley Nro. 24.065, sin más.

Dicho paso no requiere de consideraciones adicionales ni prejuzga sobre el destino de otras cuestiones de política pública energética que le tocará examinar a la nueva Administración.

Será una señal importante y sencilla a la vez, se tratará nada más y nada menos que de la aplicación de la ley.

Bibliografía

- Aguilar Valdez, Oscar. “Competencia y Regulación Económica - Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”. En Universidad Austral (coord.) *Servicio Público, Policía y Fomento*. Buenos Aires: RAP, 2004.
- Albertsen, Jorge. “El monopolio como dato esencial del servicio público”. En Universidad Austral (coord.) *Servicio Público, Policía y Fomento*. Buenos Aires: RAP, 2004.
- Barreiro, Rubén A. *Derecho de la Energía Eléctrica*. Buenos Aires: Ábaco, 2002.
- Bastos, Carlos y Abdala, Manuel. *Transformación del sector eléctrico argentino*. Santiago de Chile: Editorial Antártica, 1994.
- Cionfrini, Ernesto. “La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional”, TR LALEY AR/DOC/19013/2001.
- Constanzó, Javier. “Una nueva mirada al principio del acceso abierto a la luz de la prioridad de despacho adoptada en recientes regulaciones”, *Revista Argentina de Derecho de la Energía, Hidrocarburos y Minería*, nro. 17 (2018), pp. 135-159
- Durand, Julio. “El marco regulatorio, después de una década en emergencia”, *Revista de Derecho Público*, (2013).
- Eliashev, Nicolás. “Aspectos referidos a la energía en la Ley 27.541. Un comentario preliminar”. En *Comentarios a la Ley de Solidaridad Social y Reactivación Productiva en el Marco de la Emergencia Pública*, Buenos Aires: Thomson Reuters, 2020.
- Eliashev, Nicolás. “En Defensa de la Ley”, *La Ley, Suplemento de Derecho Administrativo*. (2010): pp. 72-81

- Eliashev, Nicolás. “Los cargos tarifarios para obras en gas y electricidad. Una etapa más en una demolición oculta,” *JA, Suplemento de Derecho Administrativo*, nro. II (2006): pp. 17-24.
- Eliashev, Nicolás. “Quién se queda con qué, cuándo, cómo”. *Res Publica Argentina* 1 (2006), pp. 11-17
- Eliashev, Nicolás. “Sector eléctrico: Crisis y después. Presupuestos y propuestas para una contribución regulatoria a la superación de la crisis”. *Res Publica Argentina* 2 (2007): pp. 39-49
- Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL). *La regulación de la competencia y de los servicios públicos: Teoría y experiencia Argentina reciente*. Buenos Aires, FIEL: 1998.
- Palacios, Mariano. “Constitución y energía eléctrica. Evolución de la regulación del sector eléctrico (1850’s-1980’s)”, *RADEHM* 1, (2014): 133-193.
- Palacios, Mariano. “Constitución y energía eléctrica. Evolución de la regulación del sector eléctrico (1990’s-2010’s)”, *RADEHM* 2, (2014): pp. 53-133.
- Tawil, Guido S. (2000): “Avances regulatorios en América Latina. Un avance necesario”, *El Derecho Administrativo*, (2000/2001): pp. 380-404