

PROBLEMAS JURISDICCIONALES QUE PLANTEAN EL TRANSPORTE Y LA DISTRIBUCIÓN ELÉCTRICA EN EL DERECHO NORTEAMERICANO Y ARGENTINO¹

Dr. Agustín Giménez Mathus
Dr. Edgardo A. Díaz Araujo

RESUMEN: Se analiza el problema, tanto en la legislación norteamericana como en la argentina, de los límites y adecuado balance que debe existir entre la jurisdicción local y federal, dada la similitud en la división político-administrativa (los dos son Estados Federales). Se ve como la Corte Suprema de Estados Unidos ha resuelto casos relevantes en la materia, en los que ha consagrado criterios para el comercio interestadual de energía eléctrica, y su aplicación por la Federal Energy Regulatory Commission. La jurisdicción de la FERC surge de las facultades del Congreso Federal para regular el comercio interestadual consagrado por la Constitución en su cláusula de comercio, facultades que se hacen efectivas en la Federal Power Act de 1935. Se examinan normas y antecedentes de esta ley y casos surgidos en torno a ella, como los casos Jersey Central y Florida. En una segunda parte se estudia el régimen argentino, conformado por las leyes 15.336 y 24.065, demarcadas por el Pacto Federal Eléctrico. Se observa a la luz de estas normas el servicio público de transporte, en cuanto a sus principios rectores y reglamentación, el transporte de alta tensión, el transporte local y provincial, la labor de distribución y el caso del transportista independiente.

PALABRAS CLAVE: Transporte y distribución de electricidad – Competencias federales y locales – Régimen en Argentina y Estados Unidos.

1. LA JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN NORTEAMERICANA

1.1 LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS:

Mantener un adecuado balance entre las jurisdicciones local y federal en la regulación del sector eléctrico ha sido un serio desafío judicial y legislativo en los Estados Unidos de Norteamérica.

Por una parte, desde su inicio, la regulación de los servicios públicos ha sido

considerada una de las más importantes funciones tradicionalmente asociadas al poder de policía de los Estados locales².

Por otro lado, la producción y transmisión de energía ha sido reputada como una actividad particularmente propensa a afectar más de un Estado y dicho efecto sobre el comercio interestadual es con frecuencia lo suficientemente significativo como para que una regulación incontrolada o ilimitada por parte de los Estados pueda interferir en forma patente sobre intereses nacionales de más vasto alcance³.

1 Ponencia presentada en las terceras Jornadas de Derecho Eléctrico, 2 y 3 de julio de 2003, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile.

2 Cf. el conocido fallo *Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877).

3 Cf., entre otros, *FERC v. Mississippi*, 456 U.S. 742 (1982); *New England Power Co. v. New Hampshire* 955 U.S. 331,339 (1982).

Este dilema respecto de los límites de la jurisdicción local y federal en materia de servicios públicos, llamó la atención de la Suprema Corte de los Estados Unidos desde los primeros años de este siglo, en una serie de casos que establecieron las restricciones que a criterio de la Corte impone la Cláusula de Comercio⁴ –como se sabe, fuente inspiradora de la disposición consagrada por la constitución argentina– a la regulación estadual en materia de venta de gas natural. La solución alcanzada por la Corte fue la de trazar una nítida línea que divida la regulación estadual permitida de la no permitida o reservada al Gobierno Federal⁵.

Dicho en términos simples, la doctrina establecida por la Corte en estos casos consistió en separar la venta minorista de gas por un lado, la cual se encontraba sujeta a la regulación estadual o local “aun en el supuesto del gas traído de otro Estado para su directa distribución por medios interestadales; tal el caso de la distribución local realizada por la compañía transportista o por compañías distribuidoras independientes”⁶, de la venta mayorista de gas en el comercio interestatal por el otro, la cual no está sujeta a regulación estadual o local, aunque dicho gas vendido haya sido producido dentro del mismo Estado. El fundamento de este criterio fue que el transporte de gas de un Estado a otro es comercio interestadual; y la venta y envío del mismo a las compañías distribuidoras locales es parte de dicho comercio, pero no obstante “con el envío de dicho gas a las distribuidoras locales, concluye el movimiento interestadual y el consiguiente efecto

sobre el comercio interestadual, de existir, debe considerarse indirecto e incidental”⁷.

La línea demarcatoria mayorista/minorista trazada originalmente en la industria del gas, fue trasladada al servicio público eléctrico en el llamado caso *Attleboro*⁸. Como resultado directo del caso *Attleboro* y sus predecesores, el Congreso decidió establecer la regulación federal sobre la mayor parte de las transacciones mayoristas entre las prestadoras de sectores del gas y la electricidad comprometidas en el comercio interestadual, creando la Federal Power Commission (en adelante, FPC), hoy la Federal Energy Regulatory Commission (en adelante, FERC) con el fin de ejecutar dicha tarea⁹.

El Congreso interpretó el caso *Attleboro* como una prohibición del control estadual de las tarifas mayoristas en el comercio interestadual para la reventa, atribuyendo por ley a la FPC dicho poder de control. Se trata pues, de un criterio jurisprudencial, que luego obtuvo sanción legislativa. Esta línea trazada por la ley, interpretó por su parte luego la misma Corte, es clara y completa. Separa limpia y nítidamente las ventas para la reventa de las ventas directas para consumo o usos consuntivos¹⁰.

En el caso *FPC v. Southern California Edison Co.*¹¹, la Corte sostuvo que, de acuerdo al “test *Attleboro*”, una *utility* de California que recibe parte de su energía de fuera de dicho Estado está sujeta a regulación federal respecto de sus ventas de electricidad a una compañía municipal de California que revende energía a otras compañías dentro del mismo Estado.

4 El artículo 1, sección 8 de la Constitución de los Estados Unidos enumera las facultades delegadas al Gobierno Federal por los Estados miembros. Desde el punto de vista de la regulación económica, la más importante es la llamada cláusula de comercio interestadual, la cual otorga al Congreso el poder de “regular el comercio... entre los distintos Estados” (Cf. Phillips, Charles F., *The Regulation of Public Utilities*, PUR, Arlington, Virginia, 1993, p. 84.)

5 Cf. *Missouri v. Kansas Gas Co.*, 265 U.S. 299, 305 (1924); también *Pensylvania Gas Co. v. Public Service Commission of New York*, 252 U.S. 23 (1920).

6 Cf. *Missouri v. Kansas Gas Co.*, supra, 309.

7 Cf. *State Corp. Commission v. Wichita Gas Co.*, 290 U.S. 561, 563-564 (1934).

8 Cf. *Public Utilities Commission of R.I. v. Attleboro Stern & Electric Co.*, 273 U.S. 83 (1927).

9 Cf. *Federal Power Act of 1935*, esp. Title II y la *Natural Gas Act of 1938*, 52 State 821.

10 Cf. *United States v. Public Utilities Commission of California*, 345 U.S. 295 (1953).

11 Cf. *FPC v. Southern California Edison Co.*, 379 U.S. 205 (1964)

Aun en ausencia de legislación nacional, el más Alto Tribunal consideró que “la Cláusula de Comercio contiene una limitación implícita respecto del poder de los Estados de interferir o imponer cargas al comercio interestadual”¹².

Sin embargo, esta línea mecánica o formalista trazada en *Attleboro* - basada en una supuestamente precisa división entre efectos “directos” e “indirectos” sobre el comercio interestadual difícilmente pueda compatibilizarse con la moderna tendencia jurisprudencial de la Corte norteamericana, según la cual debe observarse en cada caso particular “la naturaleza de la regulación estadual involucrada, el objetivo de dicho Estado, y el efecto de dicha regulación sobre el interés nacional en el comercio”¹³.

Esta moderna jurisprudencia ha otorgado usualmente, aunque no siempre, mayor latitud a la regulación estadual que la proporcionada por el más categórico criterio del cual *Attleboro* es un ejemplo. Aquel criterio, en todo caso, reconoce, a diferencia del establecido en *Attleboro*, que existe “una infinita variedad de casos, en los cuales la regulación de la materias locales pueden también operar como regulaciones del comercio interestatal, en la cual la reconciliación de los reclamos enfrentados de la poderes nacionales y locales debe ser obtenida sólo por medio de una

apreciación y acomodamiento de los intereses estadales y nacionales involucrados”¹⁴.

En años recientes, la Corte ha abandonado explícitamente una serie de distinciones formalistas (similares a la de *Attleboro*) que alguna vez definiera para delimitar los distintos aspectos de la doctrina relativa a la Cláusula de Comercio. En este sentido, el criterio *Attleboro* no es menos anacrónico que estos otros que la Corte rechazó desde mediados de los ‘70 a comienzos de los ‘80. Hoy puede decidirse que el criterio *Attleboro* es legal y no constitucional. Es decir: se trata de una interpretación de la Federal Power Act de 1935 y no de la cláusula de comercio de la Constitución, de la cual no se desprendería tal criterio formal¹⁵.

1.2 ANÁLISIS LEGAL DE LA JURISDICCIÓN DE LA FERC SOBRE EL COMERCIO INTERESTATAL¹⁶

La jurisdicción de la FERC sobre el comercio interestadual de energía eléctrica surge, entonces, de las facultades del Congreso Federal para regular el comercio interjurisdiccional consagradas por la Constitución Nacional en la llamada cláusula de comercio, que, como ya se dijo, es la fuente inspiradora de la cláusula

12 Cf. *Western & Southern Life Insurance Co. v. Board of Equalization*, 451 U.S. 648, 652 (1981).

13 Doctrina establecida en el caso *Pike v. Bruce Church Inc.*, 397 U.S. 137, 142 (1970) en donde se falló que “si una norma que regula equitativamente está destinada a proteger un interés público local legítimo, y sus efectos en el comercio interestadual son sólo incidentales, deberá ser confirmada a menos que la carga que imponga sobre tal comercio resulte claramente excesiva en relación con los beneficios que persigue proteger dicha norma”.

14 Cf. *Southern Pacific Co. v. Arizona ex re Sullivan*, 325 U.S. 761 (1945); *Minnesota v. Clover Leaf Creamery Co.*, 449 U.S. 456 (1981); y *Pike*, supra.

15 Cf. *Arkansas Elec. Coop. V. Ark. Public serv. Comm’n*, 461 U.S. 375 (1983), donde la Corte llega a decir que “*Attleboro* y sus predecesoras son “barbaridades judiciales”, plenamente erróneas en el momento mismo en que fueron adoptadas”, para fallar luego que “En el caso, no media, a criterio de la Corte, proteccionismo económico y la regulación local de las tarifas mayoristas cuestionadas por el apelante se encuentra dentro del ámbito de “los legítimos intereses públicos locales”, particularmente si se considera que a pesar de encontrarse el apelante conectado a una red interestadual, su operación básica consiste en la provisión de energía desde plantas generadoras ubicadas dentro del Estado hacia cooperativas, las cuales también se encuentran localizadas dentro del mismo Estado. A pesar de que la regulación del Ente Regulador local sobre las tarifas mayoristas del apelante tendría un efecto incidental sobre el comercio interestadual, “la carga impuesta en dicho comercio no es excesiva en relación a los intereses locales protegidos”.

16 En este análisis se sigue, básicamente, documento “Legal Analysis of Commission Jurisdiction Over Rates, Terms and Conditions of Unbundled Retail Transmission In Interstate Commerce”, FERC Documentation Index 1996, Appendix G, en <http://www.powerquote.com/fercindex.html>

consagrada por nuestra Constitución Nacional. Estas facultades atribuidas al Congreso se hicieron efectivas en materia de comercio de energía mediante la sanción de la ya citada Federal Power Act de 1935 (en adelante, FPA). Cuando el Congreso sancionó la FPA, dio a la entonces Federal Power Commission exclusiva jurisdicción sobre las tarifas, términos y condiciones de transmisión en el comercio interestadual realizado por las *public utilities*.

1.2.1 DISPOSICIONES RELEVANTES DE LA FEDERAL POWER ACT

La sección 201(b) (1) de la FPA establece que:

“Las disposiciones de este Título serán aplicables a la transmisión de electricidad en el comercio interestadual y a la venta de energía eléctrica al por mayor en el comercio interestadual (...) La Comisión tendrá jurisdicción sobre todas las instalaciones de tal transmisión o venta de energía eléctrica, pero no tendrá jurisdicción (...) sobre las instalaciones utilizadas en la distribución local o sólo para la transmisión de energía eléctrica en el comercio intraestatal, o sobre las instalaciones para la transmisión de energía eléctrica consumida totalmente por el transmitente” (el subrayado es nuestro).

Por su parte, la Sección 201(c) y (d) define el significado de los términos “transmisiones de energía eléctrica en el comercio interestadual” y de “venta de energía eléctrica al por mayor en el comercio interestadual”.

Así, dispone la sección 201(c):

“A los fines de este Título, la energía eléctrica será considerada como transmitida en el comercio interestadual, si es transmitida desde un Estado determinado y consumida en cualquier punto fuera de dicho Estado, siempre que dicha transmisión ocurra dentro de los Estados Unidos”.

Por su parte, la sección 201(d) define al término “venta de energía eléctrica al por mayor” como la venta de energía eléctrica a cualquier persona para su reventa.

Otras disposiciones relevantes a nuestros propósitos son las secciones 205 y 206, las cuales otorgan a la Federal Power Commission (FPC) jurisdicción sobre las tarifas, términos y condiciones de la transmisión en el comercio interestadual, y sobre las ventas al por mayor en el comercio interestadual realizadas por *public utilities*.

1.2.2 ANTECEDENTES PARLAMENTARIOS Y JURISPRUDENCIALES DE LA FEDERAL POWER ACT

Gran parte de los antecedentes parlamentarios de la FPA indican que la intención del Congreso fue la de extender la jurisdicción de la Comisión sólo a las materias que el fallo de la Suprema Corte conocido como “Attleboro”, del que hablamos en el punto anterior, había colocado más allá del alcance de los poderes de los Estados. En este sentido, el informe que acompañaba al proyecto del Senado establecía que la Sub-Sección (b) “dejaba a los Estados la facultad de fijar las tarifas locales minoristas aun en los casos en que la energía eléctrica era traída desde otro Estado”. En otras palabras, los Estados retenían el poder de regular las tarifas destinadas a usuarios finales. Este informe también establecía que “las facultades tarifarias de la Comisión estarán limitadas a aquellas transacciones mayoristas que fueron consideradas fuera del alcance de los Estados por la Corte Suprema en el caso Attleboro”.

Por otra parte, se decía que la Comisión federal también posee jurisdicción sobre todas las líneas de transmisión interestadual, exista o no venta de energía eléctrica transportada por dichas líneas y sobre las plantas e instalaciones de generación que produzcan energía eléctrica para la transmisión y venta interestadual¹⁷.

17 Cf. Senate Report N° 621, 74th Cong., 1st Sess., 48 (1935), citado en “Legal Analysis of Commission Jurisdiction Over Rates, Terms and Conditions of Unbundled Retail Transmission In Interstate Commerce”, FERC Documentation Index 1996, Appendix G, en <http://www.powerquote.com/fercindex.html>

Estas disposiciones de la Sección 201 de la FPA que reservan ciertas facultades regulatorias a los Estados han sido interpretadas restrictivamente por la Suprema Corte.

A su vez, la Corte ha interpretado el concepto de transmisión en el comercio interestadual en términos amplios. Esta expresión no se refiere a si el recorrido de una determinada venta de energía transmitida cruza las fronteras estatales, sino que se refiere al flujo físico de electricidad (se trata de un hecho físico más que jurídico). Debido a la naturaleza altamente integrada del sistema eléctrico, ese criterio implica que la mayor parte de la transmisión de energía eléctrica sea realizada "en el comercio interestadual".

Uno de los primeros casos que establecieron la jurisdicción de la Comisión sobre la transmisión fue en el llamado caso Jersey Central¹⁸. En este caso, la Comisión afirmó su jurisdicción sobre una *public utility* de New Jersey mostrando que ésta poseía instalaciones de transmisión que eran utilizadas indirectamente para transmitir energía eléctrica en el comercio interestadual.

La Corte concluyó que la definición de energía eléctrica transmitida en el comercio interestadual proporcionada por la Sección 201(c), no puede ser entendida como si dicha jurisdicción se aplicara solo a la energía eléctrica en el instante en que cruza la frontera estatal y en consecuencia sólo a las instalaciones que cruzan dicha frontera y sólo a la empresa propietaria de dichas instalaciones.

La Corte también aplicó el test Jersey Central en el caso Federal Power Commission v. Florida Power & Light Co., 404 U.S. 453(1972) (caso Florida), confirmando una resolución de la Comisión que establecía la jurisdicción federal sobre una *utility* de Florida. La Comisión demostró que ésta transmitía energía eléctrica a otra *utility* de Florida y que esa energía eléctrica era simultáneamente transferida desde ese "bus" a una

utility de Georgia. La Corte confirmó la resolución de la Comisión según la cual la energía eléctrica de las dos *utilities* de Florida se mezclaba y de esa forma era transmitida en el comercio interestadual.

Sin embargo, hay dos limitaciones importantes a la autoridad de la Comisión. Primero, como ya se dijo, la FPA no otorga a la Comisión jurisdicción sobre las ventas de energía eléctrica minorista. Tales ventas han sido históricamente "*bundled sales*" (esto es: suministro de energía más transporte o transmisión) y los tribunales y la Comisión han respetado la jurisdicción estadual sobre estas "*bundled sales*" de energía eléctrica. En segundo lugar, de acuerdo a lo establecido en la Sección 201(b) (1) de la FPA, la Comisión no tiene jurisdicción sobre las instalaciones utilizadas en la distribución local. En el caso CL&P, la Corte estableció que la distribución local está exceptuada de la jurisdicción federal aun en el caso en que dichas instalaciones "llevaran sólo energía originaria de otros Estados"¹⁹.

1.2.3 LOS CASOS JERSEY CENTRAL Y FLORIDA: LA CORTE AMPLÍA LA JURISDICCIÓN FEDERAL:

Jersey Central fue el primero de los grandes casos jurisdiccionales de la FPC en los cuales intervino la Suprema Corte. El caso se trataba de la adquisición por la New Jersey Power and Light Company (New Jersey Power) de ciertas *securities* de la Jersey Central Power and Light Company (Jersey Central) sin la aprobación de la Comisión Federal (FPC). La cuestión ante la Corte fue determinar si Jersey Central era una "*public utility*" en los términos de la Sección 201 (e) de la FPA y se encontraba por tanto bajo su jurisdicción, de tal modo que la aprobación previa de la Comisión de tal adquisición se encontraba incluida por la Sección 203 de la FPA.

Jersey Central poseía instalaciones de transmisión que se conectaban con instalaciones

18 Cf. Jersey Central Power & Light Co. v. FPC, 319 U.S. 61 (1943).

19 Cf. 324 U.S. 531.

de la Public Service Electric & Gas Company (Public Service). La intervención de dichas instalaciones estaban en Nueva Jersey. A su vez, la instalaciones de Public Service se conectaban con las de Staten Island Edison Corp. (Staten Island), una compañía de Nueva York. Jersey Central enviaban energía eléctrica y recibían energía eléctrica hacia y desde Public Service por contrato. Por su parte, Public Service enviaba energía eléctrica y recibía energía desde y hacia Staten Island también por contrato.

La Corte consideró que, a pesar de que Jersey Central generaba y recibía energía eléctrica sólo en Nueva Jersey, una parte de la energía eléctrica despachada hacia Public Service “era instantáneamente transmitida a Nueva York”. La Corte sostuvo que “esta evidencia provee una base sustancial para la conclusiones de la Comisión según las cuales las instalaciones de Jersey Central eran utilizadas para la transmisión de energía eléctrica a través de las fronteras estatales”. Por lo que la Corte consideró que Jersey Central era una *public utility* en los términos de la Sección 201 (e) y por tanto sujeta a jurisdicción federal.

La Corte citó el caso *Attleboro*, en el cual había determinado que la venta de energía eléctrica producida localmente para ser usada en otro Estado resultaba transmisión de energía eléctrica en el comercio interestatal, aun cuando el título era transmitido dentro de las fronteras del Estado. En *Jersey Central*, la Corte explicó la *ratio* de la jurisdicción federal de este modo:

“La Sección 201(c) de la FPA] define a la energía eléctrica en el comercio interestatal como aquella energía eléctrica transmitida desde un Estado y consumida en cualquier otro punto fuera de dicho

Estado. No hubo cambios en esta definición en los distintos borradores del proyecto. La definición que utilizaba para otorgar precisión al alcance de la ley. Es imposible para esta Corte concluir que dicha definición significa menos de lo que dice ...El propósito de la ley fue básicamente el de regular las tarifas de la energía eléctrica interestatal”.

La Corte interpretó que la FPA ubicaba dentro de la regulación federal las ventas de energía mayorista que, de algún modo, fluía en el comercio interestatal. La jurisdicción de la Comisión no estaba basada en el hecho de si había una venta, sino en la existencia de un flujo de energía eléctrica ya sea hacia fuera o hacia adentro de un Estado, en la medida en que la energía cruzaba las fronteras estatales.

C.L. & P.²⁰, dos años después de *Jersey Central*, es el *leading case* en la interpretación de la Sección 201(b) sobre distribución local. El sistema de C.L. & P. abarcaba un área ubicada enteramente dentro del Estado de Connecticut y no se encontraba interconectado con ninguna otra compañía que operara fuera de dicho Estado. Sin embargo, C.L. & P. compraba energía eléctrica a compañías que, a su vez, compraban energía eléctrica originaria de Massachusetts. Además C.L. & P. vendía energía eléctrica a una isla localizada en el Estado de Nueva York. La Comisión pretendió basar su jurisdicción sobre C.L. & P. en estas transacciones. La Corte de Apelaciones confirmó la decisión de la Comisión. Pero la Suprema Corte revirtió esta decisión, sosteniendo que la Sección 201 (b) constituía una limitación sobre la jurisdicción de la Comisión, que ésta debe observar²¹. La Corte estableció que el hecho de que un sistema de distribución local

20 *Connecticut Light & Power v. FPC*, 324 U.S. 515 (1945).

21 Dijo además la Corte: “Jamás ha sido puesto en cuestión el hecho de que tecnológicamente, la generación, transmisión, distribución y consumo de energía eléctrica son tan unidas e interdependientes que la totalidad de la industria se encuentra dentro del alcance de las facultades de regulación del comercio del Congreso, ya sea por tratarse de comercio interestatal o por afectar al mismo, si en algún punto atraviesa los límites de un Estado”. Por lo que, como ya se dijera *ut supra*, la Corte entiende que las limitaciones a la regulación local en materia de energía eléctrica surgen de la ley (esto es: de la Federal Power Act) y no de la Constitución. Esta tesis ha permanecido inalterada en todos los fallos analizados y es incluso ratificada por el voto en disidencia del Juez Douglas en el asunto *FPC v. Florida Power & Light Co.* (404 U.S. 453, 1972) que luego se analizará, quien dijo que “si se pretende dejar avanzar a la jurisdicción federal, el Congreso es quien debe tomar dicha decisión, por tratarse de una *pre-emptible area*” (esto es: de un área de competencias en donde la legislación federal desplaza a la estatal en virtud de la cláusula constitucional de supremacía. Para una ampliación de la doctrina judicial de la *pre-emption* puede verse 312 U.S. 52; 350 U.S. 497, en otros).

acarrear o no energía eléctrica proveniente de otro Estado era irrelevante. Cualquiera sea el origen de la energía eléctrica que estos sistemas portaran, si estaba destinada a la distribución local, estaba excluida de la jurisdicción federal.

Analizaremos ahora con cierto detenimiento el ya citado caso Florida²².

La Federal Power Commission (FPC) determinó que la transmisión de energía desde Florida Power & Light Co. (FP&L) a una *utility* "bus" de Florida (línea de transporte) y la simultánea transferencia de energía desde este "bus" a una compañía eléctrica de Georgia le otorga jurisdicción a la FPC sobre FP&L, basado en la Sección 201(b) de la Federal Power Act (FPA), la cual establece la jurisdicción federal sobre la "transmisión de energía eléctrica en el comercio interestadual ... y la venta de energía eléctrica mayorista en el comercio interestatal, aunque ... no sobre ninguna otra venta de energía eléctrica". La FPC sostuvo que la energía transmitida por FP&L se había confundido (*conmigled*) con la de la otra *utility* de Florida y de ese modo había sido transmitida en el comercio interestatal. Por lo que la FPC sostuvo que FP&L se encontraba sujeta a la jurisdicción federal.

La situación de hecho era la siguiente: todas las instalaciones de FP&L, incluidas sus líneas de transmisión, se encontraban confinadas a Florida y ninguna de estas líneas se conectaba directamente con otras pertenecientes a compañías ubicadas fuera del Estado de Florida. Sin embargo, FP&L estaba conectada indirectamente con esas compañías. En cuanto miembro del Florida Pool, estaba interconectada con el Florida Power Corp. (Corp) y otras *utilities*. Estas empresas interconectadas coordinaban sus actividades e intercambiaban energía cuando las circunstancias lo requerían. Corp se encontraba a su vez interconectado con Georgia Power Co. (Georgia), ubicada en el Estado de Georgia, con quien intercambiaba energía regularmente.

El Florida Pool (conformado por FP&L, Corp. y otros) participan como miembros del Grupo de Sistemas Inerconectados (GSI), un sistema de empresas que automáticamente provee energía en casos de emergencias. Sin embargo, FP&L no ha utilizado nunca esta energía de emergencia del GSI.

La pregunta que se hace la Corte es qué pasa cuando FP&L le da energía a Corp y Corp, que a su vez le da energía a Georgia (o viceversa) ¿Se mezcla o confunde la energía provista por FP&L con la suministrada por Corp a Georgia?

Si FP&L intercambia energía directamente con Georgia, no habría ninguna duda acerca de la jurisdicción federal. La transferencia directa de energía desde una empresa en Rhode Island a otra ubicada en Massachusetts es comercio interestadual²³.

No hay dudas de que la Sección 201 es resultado directo del caso Attleboro con la finalidad de llenar el llamado "vacío Attleboro", otorgándole jurisdicción a la FPC sobre los intercambios interestadales directos²⁴.

Tampoco cabrían dudas acerca de la jurisdicción de la FPC si la compañía interpuesta entre FP&L y Georgia no cumpliera más que con el rol de simple embudo (*funnel*), como ocurría en el ya citado caso Jersey Central. En este caso, la FPC demostró a través de muestreos realizados en las líneas de transmisión de las empresas relevantes, que al menos en una docena de ocasiones cada vez que S.I.E., una *utility* de Nueva York, tomó energía de la línea de transmisión interestadual, sólo Jersey Central estaba proveyendo energía al "bus". Por lo que la presencia de PSE&G (la compañía de Nueva Jersey que compraba la energía a Jersey Central) resultó ser, en estas circunstancias un "factor nulo" o simple "embudo", por lo que se estableció que la energía de Jersey Central era efectivamente intercambiada en el comercio interestadual.

22 FPC v. Florida Power & Light Co. , 404 U.S. 453 (1972).

23 Así lo determinó la Corte en el ya citado *Public Utilities Commission v. Attleboro Steam & Electric Co. , 273 U.S. 83 (1927)*.

24 Cf. *Connecticut Light & Power Co. v. FPC, 324 U.S. 515 (1945)*.

Sin embargo, en el caso Florida que estamos analizando, Corp no operaba como "factor nulo" o simple "túnel", por lo que el test del caso Jersey no le es directamente aplicable.

Para afirmar la jurisdicción federal, la FPC sostuvo dos argumentos, ambos técnicos:

1. En primer lugar, la llamada "unidad de respuesta electromagnética de los sistemas eléctricos interconectados", cuyos corolarios pueden resumirse de la siguiente manera:

- a. Ningún sistema interconectado tiene control sobre las transferencias actuales de energía en cada punto de interconexión debido a las características de libre flujo de las redes eléctricas.
- b. Un sistema eléctrico de una compañía como FP&L es esencialmente un sistema electromecánico en el cual todos los generadores de la red interconectada se encuentran entrelazados electromagnéticamente. Por lo que si una ama de casa en Atlanta (ubicada en el sistema eléctrico del Estado de Georgia) prende la luz, cada generador de Florida casi instantáneamente producirá una cantidad adicional determinada de energía de manera de mantener el equilibrio en el sistema interconectado entre generación y carga. Si dispusiéramos de instrumentos de medición suficientemente sensibles, alegó la FPC, este incremento en la generación podría ser medido y cuantificado.
- c. Esta unidad electromagnética de respuesta de los sistemas eléctricos interconectados descrita constituye de por sí transmisión eléctrica interestatal, por lo que la jurisdicción federal se extiende a todas las *public utilities* interconectadas interestadualmente, ya sea en forma directa o indirecta.

2.- El segundo argumento, también técnico, formulado por la FPC, que llamaremos teoría de la confusión o del embalse, sostiene que la energía provista a un "bus" (línea de

transmisión) desde diferentes fuentes se funde en un determinado punto entremezclándose de la misma forma en que las moléculas del agua de diferentes fuentes se confunden en un embalse. De este modo, a los fines de la determinación de su jurisdicción, la FPC sólo necesitaría demostrar:

- a. Que FP&L ha ingresado energía en el "bus"; y,
- b. Que al mismo tiempo, energía de dicho "bus" es recibida en destinos fuera del Estado de Florida, configurando por tanto "comercio interestadual".

Las objeciones formuladas por FP&L a estos argumentos "técnicos" de la FPC fueron las siguientes:

1) El primer argumento de la FPC (esto es, la unidad electromagnética de los sistemas interconectados) no demuestra que la energía de FP&L fluya en el comercio interestadual, sino solamente que de algún modo indirecto e incidental afecta el comercio interestatal. El Congreso, sin embargo, en la Sección 201 de la FPA, no otorgó jurisdicción a la FPC sobre actividades que simplemente afecten el comercio interestadual de energía.

2) El segundo argumento de la FPC es, sostiene FP&L, inadecuado desde el punto de vista tecnológico. La energía, al contrario de lo que sostienen los técnicos de la FPC, ingresa al "bus" y recorre la línea de transmisión por medio de puntos discriminables e identificables. Un "bus" no es un punto, sino por el contrario una línea de tensión física y tangible. La energía transmitida no se comporta como agua de diferentes fuentes que se confunde en un embalse. Por el contrario, la energía de cualquier fuente no fluirá en la línea de tensión más allá de lo que le permita la presencia de cargas cuantitativamente equivalentes a las de esa fuente.

El test realizado por la FPC demuestra, se nos dice, que la energía provista por FP&L se consume totalmente en las líneas de carga de Corp antes de que Georgia intervenga. Lo que en realidad sucede es un efecto de desplazamiento: la energía de

FP&L va hacia Corp y la energía salida de los generadores de Corp es desplazada hacia Georgia.

La Corte dice no aprobar ni desaprobar el argumento de la unidad electromagnética de respuesta: simplemente no se pronuncia al respecto. A criterio del voto mayoritario del Tribunal, la idea de que la energía se confunde en el bus es suficiente para sustentar la jurisdicción federal (segundo argumento).

Para la Corte, la jurisdicción federal no debe alcanzar a las "instalaciones utilizadas en la distribución local de energía". De esta forma, se nos dice, la jurisdicción estadual se encuentra claramente demarcada y preservada, citando a lo fallado en el asunto ya citado C.L.&P.²⁵

Por otra parte, se nos dice, si aplicáramos el test de Jersey Central, esto podría alentar el desarrollo de interconexiones complicadas, innecesarias y antieconómicas con el propósito de eludir la jurisdicción federal. Mas aún: la tendencia a la proliferación de interconexiones puede complicar más aun las dificultades para determinar la jurisdicción (de persistir con el test de Jersey).

1.2.4 CRÍTICAS A LA TESIS DEL CASO FLORIDA:

El voto en disidencia del Juez Douglas es por demás interesante, por lo que rescataremos algunos aspectos. En primer lugar, dice el Juez Douglas, no debe olvidarse el criterio sustentado en el caso Jersey Central, según el cual "la mera conexión no significa nada". Por lo tanto la teoría de la unidad electromagnética de respuesta no puede ser de ningún modo convalidada por esta Corte, así como tampoco la teoría de la confusión.

No obstante, el voto mayoritario convalida el criterio de la "confusión" (argumento del embalse), a pesar de que en el caso C.L. & P., este criterio había sido rechazado por la misma FPC.

El método utilizado por la FPC en Florida, argumenta el Juez Douglas, no se sustenta en la medición de flujos reales de energía eléctrica, sino que estos flujos fueron hipotetizados utilizando un

modelo de ingeniería que de por sí presupone el hecho en discusión (esto es: la confusión de la energía). El método convencional utilizado con anterioridad en Jersey Central y en C.L.&P. arroja un resultado completamente diferente: de aplicar este test, llegaríamos a la conclusión de que no hubo flujo interestadual de energía.

Para el juez Douglas, el criterio de la "confusión" implica, en última instancia, que cada instalación privada que se encuentre directa o indirectamente interconectada en una red interestadual estará bajo la jurisdicción del FPC. La aplicación completa de este criterio implica que cualquier incremento momentáneo en la salida de un generador ubicado en cualquier punto de la red interconectada enviará una oleada de energía a través de toda la red. Si este criterio es aprobado, es difícil de percibir qué queda de la proposición formulada por la Corte en Jersey Central según la cual "la mera conexión no significa nada".

Una compañía que transmite energía eléctrica en el comercio interestatal está sujeta a regulación federal respecto de sus tarifas mayoristas. Pero en este caso nadie afirma que exista una venta mayorista. Por ello la FPC no ha pretendido establecer aquí tarifas sobre la minúscula e incidental cantidad de energía considerada "interestatal". Por el contrario, lo que la FPC pretende es que FP&L se adecue al Sistema Uniforme de Contabilidad de la FPC.

Al fundamentar la Federal Power Act, nos recuerda el Juez Douglas, el Informe del Senado expresaba: "La decisión de la Corte en Attleboro colocó las transacciones mayoristas interestatales de energía completamente fuera del alcance de los Estados" (Senate Rep. N° 62, 74th Cong. 1st Sess, 17.3). "Este proyecto revisado impondrá la jurisdicción federal solo sobre las materias que no puedan ser efectivamente controladas por los Estados. La limitación impuesta a la jurisdicción de la FPC constituye un esfuerzo para prevenir la expansión de la autoridad federal sobre las materias propias de los Estados" (Id., at 18).

En consecuencia, concluye, la FPC debe fundamentar debidamente por qué razón la función

que pretende arrogarse sería mejor desempeñada por una agencia federal que por una local²⁶.

Por lo que el Juez Douglas concluye que no debe imponerse la regulación federal a la local en supuestos que, como el de Florida, se trate de transmisiones mínimas no realizadas por medio de acuerdos previos o que no se trate de transacciones mayoristas. En Jersey Central, se aseguró la jurisdicción federal en casos en que la energía transmitida era menor. Pero no cuando esta era accidental o incidental o *de minimis*, como es el supuesto de Florida.

2. RÉGIMEN ARGENTINO

2.1 LA LEY Nº 15.336

La Ley Nº 15.336 vino a cubrir el vacío legislativo existente en nuestro país en materia de energía eléctrica a nivel federal, estableciendo el primer régimen jurídico nacional de la industria eléctrica. Su finalidad es la regulación de las actividades del sector eléctrico, comprendiendo las etapas de generación, transformación, transmisión y distribución "en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional"²⁷.

A nuestros fines, son relevantes, además del artículo 1º citado, los artículos 2º y 4º, por los cuales se estableció que la energía eléctrica es cosa jurídica susceptible de comercio, cualquiera sea su fuente y las personas de carácter público o privado a quienes pertenezcan, siendo las operaciones de compra o venta de electricidad realizadas entre una central y un prestador del servicio público, actos de comercio de carácter privado.

El artículo 6º, por su parte, define siete supuestos en los cuales la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, será reputada de jurisdicción nacional. Con lo cual, por defecto, la

ley reconoce la existencia de jurisdicciones provinciales en la materia. Dejaremos el análisis de cada uno de estos supuestos para el capítulo dedicado a la etapa de generación.

Sin embargo, la Ley nº 15.336 se limitó a enumerar los supuestos de jurisdicción nacional en la etapa de generación, sin realizar esta misma tarea de delimitación de competencias en las demás etapas del sector, dejando un vacío que exigía una demarcación legal.

2.2 EL PACTO FEDERAL ELÉCTRICO:

Así, cuando la administración del Presidente Menem se vio ante la necesidad de introducir un profundo reordenamiento de la industria eléctrica nacional, se hizo evidente la falta de un instrumento legal que demarcara estas competencias. Esta demarcación se realizó a través de la firma del Pacto Federal Eléctrico, suscripto en la ciudad de Buenos Aires el 29 de noviembre de 1989 entre el gobierno nacional y veinte provincias argentinas²⁸. Con la firma del pacto se delimitaron las atribuciones del gobierno nacional y de las autoridades locales en materia de prestación de los servicios eléctricos.

Así, se estableció en su capítulo 2 (ámbito de actuación), que corresponderá a la competencia del Estado Nacional lo atinente a la actividad de índole política, administrativa y/o empresaria relacionada principalmente con:

- "1. *El Sistema Argentino de Interconexión (SADI), constituido por las Líneas de Transporte y Estaciones de Transformación que integran el sistema primario de intercambio de energía eléctrica en todo el territorio nacional, definido bajo pautas de*

26 Este criterio muestra un enorme parecido con el principio de subsidiariedad del Derecho Europeo al que hicieramos referencia en el capítulo anterior. Si la finalidad de la ley es prevenir la expansión de la autoridad federal sobre las materias propias de los Estados, la agencia federal de aplicación lógicamente debe justificar toda medida que implique un avance en ese sentido, demostrando la mayor eficacia de la acción a nivel federal. Este test de eficacia es, al parecer, a criterio del Juez Douglas, justiciable.

27 Cf. art. 1º de la ley nacional 15.336, Adla, XX-A, 67; Digesto de Legislación Eléctrica Argentina, t. I, p. 3.

28 No firmaron el Pacto las provincias de Jujuy, Tierra del Fuego y Catamarca.

funcionalidad para cada una de las Provincias, de acuerdo con los siguientes criterios:

- *El incremento del protagonismo provincial.*
 - *La racionalización y simplificación de los puntos de interconexión.*
 - *La evolución tecnológica.*
2. *Los Centros de Generación de módulo nacional y sus instalaciones complementarias vinculadas al SADI, definidas sobre la base de criterios funcionales.*
 3. *La parte argentina de los Entes Binacionales, en lo que hace al suministro de energía eléctrica.*
 4. *Las Líneas de Transporte de carácter internacional, en todo aquello no regulado por protocolos o tratados específicos.*
 5. *Las transacciones de compra-venta o intercambio de energía con otros países.*
 6. *El Despacho Nacional de Cargas”.*

Mientras que corresponderá a la competencia de las Provincias toda la actividad de índole política, administrativa y/o empresaria que deba desarrollarse desde los puntos de alimentación del Sistema Argentino de Interconexión hasta la atención de los usuarios finales; en concordancia con ello, queda comprendido en el plano de sus incumbencias, principalmente lo siguiente:

1. *Las Instalaciones de Generación y Transformación no comprendidas en el ámbito federal.*
2. *Los sistemas eléctricos de transporte desarrollados a partir de los puntos de conexión con el sistema primario y los sistemas aislados.*
3. *Los sistemas interprovinciales de interconexión no integrantes del Sistema Argentino de Interconexión.*
4. *Los Sistemas de Distribución, su operación y comercialización, como así también, los*

servicios e instalaciones auxiliares correspondientes.

5. *La atención de la totalidad de los usuarios finales localizados en su territorio, pudiendo convenir con otros entes y/o delegar esta atribución en otros prestadores.*
6. *Los Despachos Provinciales o Interprovinciales de Carga”.*

Por su parte, en el capítulo 3 del Pacto, denominado “actividad política”, se dejó establecido que “la formulación de las políticas electroenergéticas dentro de cada jurisdicción, corresponde a los respectivos poderes legislativos”. Con lo cual, debe concluirse que existe una política electroenergética nacional, cuya máxima autoridad es la Secretaría de Energía de la Nación, que coexiste con políticas electroenergéticas locales, a cargo de los gobiernos provinciales. Esta declaración viene a ratificar, pues, el criterio que dejáramos sentado más arriba citando a Bidart Campos, según el cual la competencia para ordenar la política energética nacional “no podrá ir más allá de un planeamiento de las pautas y standards generales para todo el país”²⁹. O, en palabras del mismo Pacto, la facultad de establecer una “política energética global elaborada en el marco de una efectiva participación de las jurisdicciones provinciales a través del Consejo Federal de la Energía”.

Este Pacto Federal Eléctrico se encontraba entrelazado con el primer proyecto de reordenamiento del sector de la presidencia de Menem, que giraba en torno a la creación de una Empresa Federal de Energía Eléctrica (EFEE). Por diversos motivos, irrelevantes para los propósitos de este trabajo, este proyecto quedó trunco, por lo que el pacto no fue ratificado nunca por ley del Congreso. Sin embargo, su contenido es producto del acuerdo del gobierno nacional con veinte provincias argentinas, sin que a nuestro juicio éste haya sido contradicho por acuerdos o leyes posteriores.

2.3 LA LEY N° 24.065

El proyecto de reordenamiento contemplado por la ley de reforma del Estado fue entonces reemplazado por otro de transformación estructural de la organización económica de la industria. Esta transformación no estuvo basada, como puede pensarse en primera instancia, en un simple traspaso en la titularidad de la propiedad de las empresas del sector (privatización), sino más bien en la desintegración vertical y horizontal de la industria, la introducción de competencia en donde ésta sea factible y el reemplazo de la planificación centralizada por un sistema descentralizado de decisiones de producción e inversión³⁰.

Estas características estructurales de la industria eléctrica fueron introducidas por la ley N° 24.065, también conocida como marco regulatorio eléctrico nacional, complementaria de la N° 15.336, hoy vigente³¹. En sentido estricto, el marco regulatorio eléctrico nacional se encuentra conformado por las leyes 15.336 y la 24.065³². La idea de desintegración sumada al abandono de la planificación centralizada echan por tierra el concepto de la industria eléctrica nacional como un *totum* inescindible, para el cual resulte imposible o inadecuado realizar una demarcación de competencias locales en coexistencia con las federales³³. Muy por el contrario, estas características estructurales no sólo hacen mucho más sencilla la delimitación de competencias, sino que esta delimitación y fortalecimiento de las jurisdicciones locales es una exigencia de los objetivos de la ley de reforma del Estado y resulta coincidente con el contenido del Pacto Federal Eléctrico.

En este sentido, el mensaje de elevación del Poder Ejecutivo al Congreso Nacional, expresa textualmente que:

“La idea principal sobre la que se asienta el esquema propuesto es identificar en el proceso industrial que permite disponer de electricidad en los centros de consumo las etapas de producción, transporte y distribución, que tienen características diferenciadas y, por lo tanto, requerimientos específicos en materia de regulación”³⁴.

Desde el punto de vista jurisdiccional, la 24.065 contiene distintos tipos de normas que es necesario diferenciar:

1. En primer lugar, el capítulo II establece los objetivos de la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad. Estos objetivos son de aplicación en todo el territorio nacional y respecto de la totalidad de su industria eléctrica, encuadrándose las competencias del Congreso Nacional para establecer los mismos dentro de sus facultades para dictar la política energética nacional, las cuales encuentran su fundamento constitucional en la llamada cláusula del progreso. Dentro de esta primera categoría se encuadra también el capítulo XIII, referido al Fondo Nacional de la Energía Eléctrica, el cual es un instrumento de la política electroenergética nacional.
2. En segundo lugar, los capítulos III a X de la ley están destinados a regular el llamado

30 Cf. Bastos, Carlos Manuel y Abdala, Manuel, *Transformación del sector eléctrico argentino*, p. 85.

31 Dice textualmente el art. 85 de la 24.065 que “la presente ley es complementaria de la ley 15.336 y tiene su mismo ámbito y autoridad de aplicación”. Digesto de Legislación Eléctrica Argentina, t. I, p. 69; ADLA, 1992, VII- A, p. 82.

32 Así lo dice expresamente por otra parte el art. 92 de la 24.065, el cual faculta al Poder Ejecutivo a elaborar un texto ordenado del marco regulatorio conformado por las dos leyes.

33 Sin embargo, existen autores que hasta la fecha continúan refiriéndose a este concepto del *totum* inescindible como un derivado de las características técnicas y económicas del sector. Así lo hace, por ejemplo, Juan Carlos Doncel Jones (“Energía Eléctrica: cuestiones sobre jurisdicción local y federal”, LL, 29/5/1997), quien citando el viejo artículo de Juan Manuel Maggi (ED, 117- 962), insiste en pensar que, dado el carácter de todo orgánico e inescindible del sector “resulta imposible considerar los agentes que lo conforman en forma separada”. Pues bien: el nuevo marco regulatorio se basa precisamente en la consideración por separado de los distintos agentes del sector.

34 Pacto Federal Eléctrico, Mensaje.

mercado eléctrico mayorista nacional, cuyos agentes operan a través del sistema argentino de interconexión. Estas normas encuentran su fundamento constitucional en la cláusula comercial y son de aplicación sólo respecto de aquellos agentes que son alcanzados por la jurisdicción nacional. Se trata de normas de naturaleza federal, por contraposición a las llamadas comunes o de fondo, pues, a diferencia de éstas, su aplicación y ejecución corresponde sólo a jueces y autoridades federales. Por lo que estas normas no serán de aplicación respecto de los servicios eléctricos sometidos a las jurisdicciones locales, no alcanzados por la jurisdicción nacional. Así, para la aplicación de dicho régimen en el ámbito local, será necesaria la adhesión de las provincias, tal como lo dispone expresamente el art. 98 de la ley. En la actualidad, la gran mayoría de las provincias han adherido sólo parcialmente al marco regulatorio, circunscribiendo su adhesión a los principios tarifarios incluidos en el capítulo X³⁵. Aunque, por otro lado, las legislaturas provinciales han sancionado marcos regulatorios locales, de características similares a las del marco nacional.

3. En tercer lugar, la ley N° 24.065 contiene disposiciones que hacen a la función de distribución en el área del Gran Buenos Aires, servicio sometido por ley N° 14.772 a jurisdicción nacional. Tal es el caso de las normas referidas a las concesiones y adjudicaciones nacionales a distribuidores contempladas en el capítulo XI, las disposiciones transitorias del capítulo XVIII, así como las del capítulo XX sobre privatización.
4. Existen, además, normas de fondo, que comparten la naturaleza de leyes comunes de la Nación, como la modificación

introducida en el art. 4° de la ley N° 15.336, por el cual las operaciones de compra y venta de electricidad entre generadores y concesionarios del servicio público se reputan actos comerciales de carácter privado. En esta misma categoría debería encuadrarse quizá el art. 1° de la ley, por el cual se caracteriza como servicio público al transporte y distribución de electricidad y a la generación destinada al abastecimiento de dichos servicios públicos como de interés general.

5. En quinto lugar, la ley crea el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE). Este ente es la autoridad de aplicación del marco regulatorio, debiendo diferenciarse en él distintas competencias. El ENRE es, por un lado, la Autoridad Regulatoria federal respecto del Mercado Eléctrico Mayorista nacional. Por otra parte, es autoridad regulatoria local respecto de las concesiones de distribución nacionales. Y, finalmente, es la autoridad de aplicación respecto de los objetivos de política nacional impuestos por el capítulo II. Este último ámbito de competencias no surge sin embargo con claridad del régimen normativo y se confunde con las atribuciones tanto de la Secretaría de Energía de la Nación como del Consejo Federal de la Energía Eléctrica.

3. EL SERVICIO PÚBLICO DE TRANSPORTE

3.1 NOCIÓN LEGAL:

El marco regulatorio eléctrico argentino caracteriza al transporte de energía eléctrica como servicio público³⁶, por lo que su prestación requiere de la correspondiente concesión estatal, encontrándose el Estado obligado a garantizar la

35 Cf. Doncel Jones, Juan Carlos, "Energía Eléctrica: cuestiones sobre jurisdicción federal y local", LL, 29/5/97.

36 Cf. art. 1° de la ley N° 24.065, Digesto de Legislación Eléctrica Argentina, t. I, p. 69.

continuidad del servicio y a su prestación, para el caso en que no existieren oferentes privados interesados en ésta³⁷.

Dichas concesiones del servicio de transporte de electricidad serán otorgadas por el Gobierno federal o por los estados provinciales, de acuerdo a cuál sea la jurisdicción aplicable a las instalaciones de transmisión a concesionar.

Así, en el capítulo segundo del Pacto Federal Eléctrico, se estableció que corresponde a las provincias la jurisdicción sobre “los sistemas eléctricos de transporte desarrollados a partir de los puntos de conexión con el sistema primario y los sistemas aislados”. Por lo que corresponde distinguir dos supuestos de jurisdicción local: (1) En primer lugar, existe unanimidad en la doctrina y jurisprudencia en considerar de jurisdicción local a todas las redes de transporte o transmisión propias de un sistema eléctrico aislado, es decir, no interconectado a una red nacional o regional de interconexión, y; (2) en segundo lugar, el Pacto declara como de jurisdicción local a las instalaciones de transporte que, aunque interconectadas con una red nacional o regional, pertenezcan al sistema eléctrico de una provincia.

A nuestro criterio, el marco regulatorio eléctrico respeta el criterio sentado por el Pacto Federal Eléctrico, circunscribiendo la jurisdicción nacional en la materia al llamado transporte de alta tensión y al transporte por distribución troncal o transporte regional, como preferimos llamarlo nosotros, evitando la confusión terminológica entre los términos “transporte” y “distribución”.

El marco regulatorio considera transportista a quien, siendo titular de una concesión de transporte de energía eléctrica otorgada bajo el régimen de esta ley, es responsable de la transmisión y transformación a ésta vinculada, desde el punto de entrega de dicha energía por el generador, hasta el punto de

recepción por el distribuidor o gran usuario, según sea el caso³⁸. Puede afirmarse entonces que, en sentido estricto, habrá transporte de jurisdicción federal sólo respecto de las instalaciones de los transportistas titulares de concesiones nacionales de tal servicio público. Por fuera de estos supuestos, se ubican algunos casos particulares, como el prestador de función técnica de transporte y el transportista independiente, que analizaremos más adelante. Digamos por ahora que hay servicio público de transporte sujeto a jurisdicción federal cuando dicho servicio es prestado a través o por medio de instalaciones que integran el sistema argentino de interconexión (SADI).

3.2 TRANSPORTE EN ALTA TENSIÓN Y TRANSPORTE REGIONAL

El sistema argentino de interconexión (SADI) es definido por la resolución 137/92 de la Secretaría de Energía como el conjunto de instalaciones de transporte de energía eléctrica que integren el sistema de transporte en alta tensión y el de transporte por distribución troncal. Es decir que el SADI se compone de dos subsistemas: por un lado el sistema de transporte de energía eléctrica en alta tensión, destinado al transporte de energía entre las distintas regiones eléctricas por medio de instalaciones de transmisión iguales o superiores a doscientos veinte kilovoltios; y, por el otro, un conjunto de sistemas de transporte de energía por distribución troncal, compuesto por el universo de instalaciones de transmisión, en tensiones iguales o superiores a ciento treinta y dos kilovoltios y menores a cuatrocientos kilovoltios, destinadas a vincular eléctricamente en el ámbito de una misma región eléctrica a los generadores, los distribuidores y a los grandes usuarios entre sí, con el sistema de transporte en alta tensión o con otros sistemas de transporte por distribución troncal³⁹.

37 Cf. art. 3º de la ley Nº 24.065.

38 Cf. art. 7 de la ley Nº 24.065, Digesto de Legislación Eléctrica Argentina, t. I, p. 69.

39 Cf. art. 6 y artículos 1 a 6 del anexo I de la resolución 137/92, Digesto de Legislación Eléctrica Argentina, t. IV, pags. 3 y 8, B.O., 15/1/93.

Más arriba se dijo que el término “transporte por distribución troncal” puede llevar a confusión, ya que utiliza la palabra “distribución” para definir una red de transporte. En efecto, la diferenciación entre redes de transporte y redes de distribución constituye una ardua cuestión técnica de la que nos ocuparemos más adelante. Para evitar inconvenientes terminológicos es, pues, que se propone el cambio de denominación, reemplazando “transporte por distribución troncal” por el de “transporte regional”.

A través de ambos subsistemas componentes del SADI, se presta el servicio público de transporte de exclusiva jurisdicción federal. Esta jurisdicción se funda en el marco regulatorio eléctrico nacional y tiene su encuadre constitucional en la cláusula de comercio contenida en el art. 75 inc. 13 CN.

Así, el sistema de transporte en alta tensión, cuyo servicio era prestado anteriormente por Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado, Hidroeléctrica Norpatagónica Sociedad Anónima y Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires, fue convertido en una única unidad de negocio denominada Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener S.A., luego privatizada y concesionada por el P.E.N. De la misma forma, cada una de las regiones eléctricas en que se encuentra dividido el territorio nacional cuenta con una transportista a cargo del servicio de transporte regional, por medio de concesión también otorgada por el P.E.N. Se trata, en definitiva, de un ámbito de competencias federales exclusivas referidas a un servicio público de carácter nacional, en donde la autoridad concedente es, naturalmente, el Gobierno central.

3.3 EL TRANSPORTE EN DISTRIBUCIÓN O FUNCIÓN TÉCNICA DE TRANSPORTE

3.3.1 JURISDICCIÓN Y PRINCIPIO DE LIBRE ACCESO:

Uno de los objetivos de política general establecidos en el art. 2º de la N° 24.065 es el de

“promover ... el libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad”.

La reforma estructural introducida por el marco regulatorio eléctrico adoptó una regulación del transporte basada en el principio llamado de acceso abierto (*open access*) de la red a todos los productores y distribuidores, sumado a la imposición de tarifas tope, obligaciones de calidad y la prohibición de la intermediación de energía eléctrica respecto de los prestadores o concesionarios del servicio público de transporte⁴⁰.

Así, el artículo 22 de la 24.065 impone a los transportistas y distribuidores la obligación de permitir el acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte de sus sistemas que no esté comprometida para abastecer la demanda contratada, en las condiciones convenidas por las partes y de acuerdo con los términos de la ley. La aplicación del principio de libre acceso no discriminatorio a distribuidores implica que éstos estarán obligados a cumplir, además del servicio público de distribución, con una función técnica de transporte en los supuestos en que un agente del mercado mayorista necesite de las instalaciones de la distribuidora para vincularse con un proveedor de energía eléctrica de dicho mercado.

Se plantea aquí un primer problema jurisdiccional respecto de la aplicación del art. 22 de la ley respecto de distribuidores y transportistas que no estén alcanzados por la jurisdicción federal.

Ya se dijo más arriba que los capítulos II a X del marco regulatorio, entre los cuales se encuentra el art. 22 citado, están destinados a los actores del mercado eléctrico sujetos a la jurisdicción nacional y no son en principio de aplicación respecto de actores que no pertenezcan a este mercado y se encuentren sujetos únicamente a una jurisdicción local. Tal sería el caso de una distribuidora local que compre la totalidad de su energía a un generador o productor local, la cual se encuentra, con independencia del hecho de su

40 Cf. Bastos, Carlos M. y Abdala, Manuel, op. cit., p. 217.

interconexión al SADI por razones de seguridad del sistema, fuera del alcance de la jurisdicción federal. En consecuencia, siempre que la provincia no haya adherido expresamente a esta sección del marco regulatorio, el artículo 22 no le sería en principio directamente de aplicación a este distribuidor local.

Dado este supuesto, puede plantearse el caso de un usuario de grandes demandas cliente de este distribuidor local que desee convertirse en gran usuario agente del mercado mayorista nacional y se tope con la negativa del distribuidor a permitir su acceso a la red a los fines de su vinculación con un proveedor de energía ubicado fuera de la jurisdicción provincial.

Sin embargo, es de la esencia del funcionamiento del mercado eléctrico mayorista nacional que cualquier usuario vinculado directa o indirectamente con el SADI que reúna las condiciones de gran usuario pueda ser agente de este mercado y comprar energía eléctrica en él, para lo cual requiere, como es obvio, del libre acceso a la red del distribuidor a los fines de vincularse con su proveedor.

3.3.2 LA REGLAMENTACIÓN DE LA FUNCIÓN TÉCNICA DE TRANSPORTE:

Por la resolución 159/94 de la Secretaría de Energía se reglamentó la función técnica de transporte (FTT), la identificación de sus proveedores y usuarios y el cálculo de las tarifas aplicables. El art. 1º definió a la FTT como el servicio de vinculación que cumplen las instalaciones eléctricas que forman parte del sistema argentino de interconexión (SADI) o las instalaciones conectadas con estas últimas, sin distinción de las personas públicas o privadas a quienes pertenezcan, en cuanto comunican físicamente a vendedores y compradores de energía eléctrica, entre sí y con el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM)⁴¹.

Resulta de interés la conclusión a la que ha arribado la Federal Energy Regulatory Commission (FERC) norteamericana, luego de la sanción de la resolución Nº 888, en donde se establece la posibilidad de que un usuario final pueda adquirir energía a un proveedor que no es su distribuidor local. Esta nueva normativa ha llevado al organismo regulador federal a plantearse qué instalaciones son de su jurisdicción en una situación que involucra las llamadas *unbundled sales* (contratación del transporte y no de la energía) en el comercio interestatal a través de una *public utility* desde un tercero proveedor directamente a un usuario final, ubicados en diferentes Estados⁴².

La cuestión más dificultosa, dice el documento de la FERC, es determinar si cierta porción de las instalaciones usadas para transmitir energía eléctrica a través de la compañía de mayor proximidad al usuario final son instalaciones de distribución local. Para concluir luego que "en la mayoría, si no en todas las circunstancias, esta porción deberá ser considerada como distribución local". En este escenario, la FERC sostiene que posee jurisdicción sobre todas las demás instalaciones utilizadas en la prestación del servicio de transporte, desde el tercero proveedor al usuario final, a excepción de las instalaciones de la *utility* que con anterioridad cumplía con las funciones de distribuidora proveedora de energía eléctrica a dicho usuario, cuyas instalaciones continuarían "funcionalmente" prestando un servicio de distribución local y por tanto estarán sujetas a la regulación de las autoridades locales.

Por lo que, a nuestro juicio, debe, a los efectos de delimitar ámbitos competenciales en esta materia, distinguirse entre la función técnica de transporte prestada por las distribuidoras locales (o más exactamente: la FTT realizada a través de instalaciones que no forman parte del SADI), la cual estará sujeta a la jurisdicción de los entes reguladores locales, de las relaciones de los

41 Cf. art. 1 de la resolución S.E. 159/94, Digesto de Legislación Eléctrica Argentina, t. IV, p. 383, B.O. del 9/6/94.

42 Cf. "Legal Analysis of Commission Jurisdiction Over Rates, Terms and Conditions of Unbundled Retail Transmission In Interstate Commerce", FERC Documentation Index 1996, Appendix G, en <http://www.powerquote.com/fercindex.html>.

grandes usuarios con las transportistas regional y/o en alta tensión y el proveedor o generador ubicado fuera de su jurisdicción, las cuales estarán sujetas a jurisdicción federal, siendo competente en las mismas la autoridad regulatoria nacional⁴³.

Planteado este escenario, las autoridades locales tendrán la competencia para reglamentar la función técnica de transporte prestada a través de las instalaciones sujetas a su jurisdicción por no pertenecer al SADI. Facultades éstas que estarán necesariamente sometidas a una serie de limitaciones: deberán garantizar la libre circulación entre los Estados de la energía eléctrica y el acceso al mercado mayorista nacional por medio de la debida aplicación del principio de libre acceso no discriminatorio a todos sus usuarios a la capacidad de transporte de los sistemas eléctricos locales. Por lo que el cálculo de las tarifas de peaje en la prestación de esta FTT local que establezcan las autoridades regulatorias locales no podrán constituir obstáculo o restricción para el acceso de estos usuarios al mercado mayorista nacional, o de otro modo, para el acceso de proveedores o generadores ubicados fuera de la provincia al mercado de grandes usuarios locales.

Para solucionar este conflicto puede ser de utilidad el principio de proporcionalidad, según el cual "ninguna acción del Gobierno Federal excederá de lo necesario para alcanzar los objetivos fijados en la Constitución Nacional". Pues bien, el

Poder Ejecutivo Nacional podría establecer ciertas definiciones y estándares mínimos en materia de función técnica de transporte que garanticen que el gran usuario interesado en acceder al MEM no sufra discriminación alguna respecto del que decida que el distribuidor local sea su proveedor⁴⁴.

Es decir que deberá aplicarse al caso la doctrina de la Corte referida a la cláusula de comercio en relación a los tributos provinciales. Estos gravámenes locales afectarán el comercio interjurisdiccional cuando una ley opere o pueda operar desviaciones en las corrientes de consumo de tal o cual producto de una provincia. Con lo cual, la interpretación del art. 75 inc. 13 CN vinculada con el poder de imposición se orienta en el mismo sentido que respecto de la prohibición constitucional de crear aduanas interiores, esto es: que no puede crearse diferencias de tratamiento respecto del mismo producto, ya sea liberando de gravamen al producto local o ya sea estableciendo tasas o tributos diferentes o discriminatorios según su origen. Del mismo modo, las autoridades regulatorias locales no podrán, por medio, por ejemplo, de tarifas diferenciales en materia de FTT respecto de las tarifas de distribución local, favorecer a los proveedores o concesionarios locales por sobre los actores ubicados en otras jurisdicciones. Una norma o reglamentación local de tales características deberá ser reputada de inconstitucional, por ser contraria a la cláusula de comercio y a la prohibición constitucional de crear aduanas interiores⁴⁵.

43 Como bien lo expresa el art. 10 del decreto 1398/92, reglamentario de la ley 24.065, los contratos que celebren los grandes usuarios con los generadores están sujetos a la jurisdicción nacional "cuando tales contratos se ejecuten a través del Sistema Argentino de Interconexión (SADI)".

44 Esta idea de los estándares mínimos no es en absoluto extraña a nuestro régimen constitucional a la hora de separar competencias provinciales y federales. Así el nuevo art. 41 de la Constitución Nacional establece que en materia ambiental, "corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales". Trasladado al problema que nos ocupa, el Gobierno Federal deberá establecer ciertos presupuestos mínimos en materia de función técnica de transporte que garanticen el acceso de todos los actores al mercado eléctrico mayorista nacional, y las autoridades locales, las normas necesarias para complementarlas, sin que este establecimiento de presupuestos mínimos altere las jurisdicciones locales sobre los sistemas eléctricos provinciales.

45 En un fallo reciente, la Corte Suprema de Justicia entendió que un impuesto al consumo industrial y comercial de energía eléctrica de la Pcia. de Buenos Aires, de cuyo pago estaban eximidos los usuarios por proveedores ubicados en el ámbito local, constituye una barrera aduanera que entorpece la libre circulación en detrimento de lo dispuesto en los arts. 9º, 10 y 11 de la Constitución Nacional, por lo que declaró la inconstitucionalidad del régimen impositivo en cuestión (Hidroeléctrica El Chocón s.a. c/Pcia. de Buenos Aires s/acción declarativa, CSJN, 1/7/97). De igual modo podría ser considerado un régimen tarifario local que discriminara entre FTT y tarifa por distribución local en favor de ésta última.

3.4 EL TRANSPORTE LOCAL O PROVINCIAL:

La delimitación de competencias trazada por el Pacto Federal Eléctrico y por el propio marco regulatorio nacional, contempla la posibilidad de que cualquiera de las tres etapas del proceso eléctrico pueda ser considerada de jurisdicción local. En nuestro régimen legal actual, coexisten entonces instalaciones de generación, transporte y distribución de jurisdicción nacional con instalaciones de generación, transporte y distribución de jurisdicción provincial⁴⁶.

Habrá transporte de jurisdicción local o provincial cuando dicho servicio público sea prestado a través de instalaciones de transmisión y transformación pertenecientes a los sistemas eléctricos locales o provinciales, es decir, no incluidas en los sistemas que componen el sistema argentino de interconexión. Ello, con total independencia de que dichas instalaciones formen parte de un sistema aislado o se encuentren directa o indirectamente interconectadas con el SADI.

3.4.1 LOS TRANSPORTISTAS REGIONALES Y LAS DISTRIBUIDORAS LOCALES FRENTE A LAS OBLIGACIONES DE EXPANSIÓN DEL SISTEMA:

La delimitación entre las jurisdicciones local y federal no estará dada, entonces, por el carácter de "distribución" o "transporte" que pretenda predicarse de determinadas instalaciones de transmisión y transformación. Sin embargo, esta elusiva distinción técnica sí adquiere relevancia en cierto tipo de conflictos planteados entre las transportistas regionales y las distribuidoras locales respecto de las obligaciones de expansión del sistema que

pueda pesar sobre uno u otro de estos actores. Así, si determinadas instalaciones de transmisión y transformación pueden ser calificadas como de "distribución local", caerán dentro de la órbita de competencias de la autoridad regulatoria local, quien decidirá si dichas instalaciones se encuentran comprendidas, de acuerdo al contrato de concesión y las normas locales que resultaran aplicables, dentro de las obligaciones de expansión del sistema a cargo de la distribuidora⁴⁷.

La Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos ha establecido en varias ocasiones que la cuestión de si determinadas instalaciones son usadas como distribución local o como transporte es una cuestión de hecho que debe ser resuelta originariamente por la autoridad administrativa de aplicación y no por un órgano judicial. Por lo tanto, no hay tal cosa como una demarcación clara entre transporte por un lado y distribución local por otro en el sistema legal norteamericano.

En este sentido, la FERC sostiene que, si bien el trazado de una línea demarcatoria clara entre transmisión y distribución podría ser preferible (por ej., basada en características técnicas como el voltaje), no cree que este criterio demarcatorio sea requerido por la jurisprudencia y, más importante aún, no sería una aproximación practicable en todos los casos, debido a la variedad de circunstancias que pueden surgir, además de las dificultades que plantea el hecho que las mismas *utilities* se clasifican a sí mismas en formas diferentes (p.ej., una *utility* puede clasificar una línea de 69 kV como transmisión mientras que otra puede clasificar a esa misma línea como distribución). Por lo que la FERC ha decidido

46 Corresponde aquí hacer una salvedad. En rigor, la etapa de distribución es siempre de jurisdicción local. En principio, habría distribución de jurisdicción nacional sólo cuando dicho servicio es prestado en territorio nacional, es decir, en aquellas porciones de territorio en donde el Congreso Federal actúa como legislatura local. Sin embargo, el Congreso estableció un régimen legal especial declarando la jurisdicción nacional sobre el servicio de distribución prestado en la Capital Federal y Gran Buenos Aires, por la ley 14.772.

47 Estamos pensando en una hipótesis ocurrida en cualquier punto del territorio nacional, excepto el comprendido por la Capital Federal y Gran Buenos Aires, sometidos a un régimen legal especial por la ley 14.772 en cuanto a sus instalaciones de distribución local, consideradas de jurisdicción nacional.

adoptar distintos indicadores que deberán evaluarse al momento de determinar si una instalación en particular es de transmisión o de distribución local, entre los que se proponen los siguientes⁴⁸, los cuales, de más está decirlo, pueden resultar de gran interés a nuestros propósitos:

- Las instalaciones de distribución local se encuentran normalmente próximas a clientes minoristas.
- Las instalaciones de distribución local son primordialmente radiales.
- La energía que ingresa a un sistema de distribución, rara vez, o nunca, egresa.
- Cuando la energía ingresa en un sistema de distribución local, no es reconvertida o transportada hacia ningún otro mercado.
- La energía que ingresa en un sistema de distribución local es consumida en un área geográfica relativamente restringida.
- Los sistemas de distribución local son de reducido voltaje.

Otro criterio de diferenciación, jurídico y no técnico, utilizado por la jurisprudencia norteamericana, consiste en establecer que la distribución local comienza cuando el comprador mayorista de energía revende al por menor. Sus ventas y distribución minorista son claramente locales en su naturaleza y constituyen distribución local. En otras palabras, "instalaciones utilizadas en la distribución local" significa instalaciones utilizadas para la reventa y distribución a los consumidores. Así, cualquier transmisión ocurrida con anterioridad a que el mayorista que revende al por menor es alcanzado, es transporte y no distribución local⁴⁹.

Coincidimos con el informe de la FERC citado en que la determinación de un criterio demarcatorio único de tipo técnico que delimite nítidamente "distribución" y "transporte" es una

idea que, si bien puede parecer atractiva en primera instancia, se topa con dificultades prácticas quizá insalvables, que la vuelven desaconsejable. Por lo que resulta más apropiada la adopción de una serie de criterios como los expuestos, los que sumados, dan una idea más aproximada y realista a la distinción.

Ahora bien, si de la aplicación conjunta de tales criterios, surgiera con cierta claridad que determinadas instalaciones de transmisión y transformación son de "distribución local", habremos conseguido dilucidar un problema jurisdiccional, ya que será de aplicación necesariamente la autoridad regulatoria local y las obras a realizar encuadrarán o no, de acuerdo al contrato de concesión y las normas locales que resulten aplicables, dentro de las obligaciones de expansión del sistema de la distribuidora local. Sin embargo, si de la aplicación de los mencionados criterios demarcatorios surgiera que se trata de instalaciones de transporte, no por ello la jurisdicción será necesariamente federal y la autoridad regulatoria local excluida de la resolución del conflicto planteado. Ello así en cuanto, como ya se dijo, determinadas instalaciones de transporte pueden ser tanto de competencia local como federal. Las distribuidoras locales, por otra parte, suelen ser concesionarias, además de instalaciones típicamente de distribución, de otras clasificables como de transporte local, destinadas, por ejemplo, a la vinculación de distintos centros urbanos ubicados dentro de una misma jurisdicción provincial. El conflicto entonces no podrá resolverse mediante la distinción técnica entre instalaciones de distribución y transporte.

La resolución de este supuesto requiere de otros elementos de análisis que contribuyan a profundizar la indagación. Como parámetro general, siempre debe tenerse en cuenta que, por mandato constitucional, la jurisdicción federal es

48 Cf. el ya citado ut supra "Legal Analysis of Commission Jurisdiction Over Rates, Terms and Conditions of Unbundled Retail Transmission In Interstate Commerce", FERC Documentation Index 1996, Appendix C, en <http://www.powerquote.com/fercindex.html>

49 Cf. FERC Documentation Index 1996, citado ut supra.

expresa y excepcional, mientras la jurisdicción local es la regla: los poderes de las provincias son originarios e indefinidos en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos⁵⁰. Así, es fácil pensar en casos claros de competencia provincial, como el supuesto en que las obras calificadas como de transporte estén destinadas a vincular instalaciones de la distribuidora local con un grupo de usuarios que se encuentren alejados de las mismas (p.e. una localidad aislada), en donde estaremos frente a un supuesto de transporte local de jurisdicción provincial, pues el transportista regional y el SADI poco y nada tienen que ver con el caso. Lo mismo sucederá si se trata de líneas de "transporte" destinadas a vincular a un generador local con usuarios locales, sin necesidad de hacer uso del sistema de transporte regional o troncal.

Por el contrario, si el conjunto de las instalaciones a realizar, además de reunir las características propias del transporte, transmite energía eléctrica en tensiones iguales o superiores a los 132 kV, y vincula a distintas jurisdicciones provinciales entre sí, estaremos ante un claro supuesto de jurisdicción federal y a obras propias de la ampliación o expansión del sistema de transporte por distribución troncal o regional. Es decir, que debe tratarse de instalaciones destinadas a vincular eléctricamente a diversos generadores, distribuidores y grandes usuarios ubicados dentro de una misma región eléctrica, aunque en diversas jurisdicciones provinciales. Si la obra no reúne el carácter de interjurisdiccional, estas instalaciones quedan circunscriptas al ámbito provincial y son por tanto de incumbencia y jurisdicción local. Se trata, pues, de instalaciones que caen dentro del ámbito de las necesidades de expansión de los sistemas eléctricos locales y de las consiguientes obligaciones de inversión y ampliación de los concesionarios de los servicios públicos locales de transporte y distribución de energía eléctrica. Para decirlo de otro modo: no se trata de obras

destinadas a la vinculación eléctrica de los diversos sistemas provinciales pertenecientes a una región eléctrica o a la vinculación de estas regiones eléctricas entre sí, sino que, por el contrario, nos encontramos frente a instalaciones requeridas por demandas propias del sistema eléctrico provincial. Por eso, el hecho de que las obras a emprender impliquen una vinculación o acceso directo a la red de transporte regional, no significa de por sí que nos encontremos frente a un supuesto de jurisdicción federal y a obligaciones propias de la transportista regional, aun en el caso en que reúnan las condiciones de voltaje requeridos para el sistema troncal (es decir, iguales o superiores a 132 KV). En cambio, si tales obras vinculan a distintos sistemas eléctricos locales a nivel regional, estaremos frente a una necesidad de expansión del sistema de transporte troncal y por tanto de clara jurisdicción nacional.

Es probable que la idea de interjurisdiccionalidad sea el criterio más claro y simple al momento de resolver las situaciones de conflicto de competencias entre la Nación y las provincias. Este es un criterio jurídico y no técnico, de jerarquía constitucional, que debe presidir el análisis de todas las zonas grises que puedan plantearse en la demarcación de las jurisdicciones federal y local. Lo cierto es que sobre las bases dadas será necesario que se edifique con el transcurso del tiempo una verdadera jurisprudencia administrativa de las autoridades regulatorias que aporte soluciones particulares, atendiendo a las especificidades de cada caso concreto.

3.4.2 EL TRANSPORTISTA INDEPENDIENTE

Dispone el Anexo I de la Resolución 137/92 en su art. 8º que se denominará transportista independiente "al propietario y operador de instalaciones de transporte de energía eléctrica, que bajo las condiciones establecidas por una

50 CSJN, Fallos: 304: 1186, entre muchos otros, LL, 1982-D, 506; recientemente: "Telefónica de Argentina S.A. c. Municipalidad de Luján", abril 18, 1997, LL, Suplemento de Derecho Constitucional, set. 8-997, p. 34.

licencia técnica otorgada por un transportista⁵¹, pone a su disposición dichas instalaciones, sin adquirir por ello el carácter de agente del mercado eléctrico mayorista (MEM)⁵².

Esta figura del transportista independiente fue creada a los fines de hacer posible la expansión o ampliación del SADI, en supuestos en que el transportista, ya sea de alta tensión o regional, no está obligado ni tiene interés en realizar determinadas obras, por lo que se autoriza la realización de la obra por un tercero, sin que por ello adquiera el carácter de concesionario del servicio público de transporte ni agente del MEM.

Estas ampliaciones de la capacidad de transporte se realizan por medio de contratos entre partes, que vinculan a distintos agentes del MEM interesados en establecer o mejorar su vinculación con el sistema, celebran un contrato de construcción, operación y mantenimiento (llamados contratos COM) en calidad de comitentes, con el transportista independiente, quien es el encargado de la construcción, operación y mantenimiento de tales obras. El proyecto requiere, además, de la emisión de un certificado de conveniencia y necesidad pública por parte del ENRE⁵³.

El transportista independiente debe obtener una licencia técnica de parte de la transportista, que previamente evaluará su aptitud técnico-económica y que contiene las condiciones técnicas de construcción, operación y mantenimiento que deberán cumplirse para conectar el equipamiento y los requisitos técnicos necesarios para asegurar la calidad del servicio requerida en el sistema eléctrico de transporte, la supervisión, servicios adicionales y sanciones por incumplimiento. Como este transportista independiente debe poner sus instalaciones a disposición del transportista troncal o en alta tensión, estas instalaciones se

consideran parte integrante del sistema de transporte al que sirven.

Como fácilmente se advertirá, se plantean en este caso situaciones de conflicto jurisdiccional análogas a las tratadas en el punto anterior. Así, será necesario determinar si una determinada obra puede ser realizada por un transportista independiente de jurisdicción federal o si, por sus características, dicha obra forma parte de las necesidades de expansión del sistema eléctrico local, siendo, por tanto, de jurisdicción provincial.

De este modo, si el conjunto de las instalaciones a realizar, además de reunir las características propias del transporte, transmite energía eléctrica en tensiones iguales o superiores a los 132 kV, y vincula a distintas jurisdicciones provinciales entre sí, estaremos ante un claro supuesto de jurisdicción federal y a obras propias de la ampliación o expansión del sistema de transporte por distribución troncal o regional, por lo que dichas obras encuadran dentro del supuesto del transportista independiente de jurisdicción federal reglamentado por la citada resolución 137/92. Es decir que, como ya se dijo en el punto anterior, debe tratarse de instalaciones destinadas a vincular eléctricamente a diversos generadores, distribuidores y grandes usuarios ubicados dentro de una misma región eléctrica. Si, por el contrario, la obra no reúne el carácter de interjurisdiccional, estas instalaciones quedan circunscriptas al ámbito provincial y son por tanto de incumbencia y jurisdicción local. Se trata, pues, de instalaciones que caen dentro del ámbito de las necesidades de expansión de los sistemas eléctricos locales y de las consiguientes obligaciones de inversión y ampliación de los concesionarios de los servicios públicos locales de transporte y distribución de energía eléctrica. Por no tratarse de obras destinadas a la vinculación eléctrica de los diversos sistemas provinciales pertenecientes a una región

51 Aclaramos que por transportista, debe entenderse al titular de una concesión de transporte de energía eléctrica otorgada dentro del marco de la ley 24.065 (art. 7 del anexo I de la resolución 137/92 citada).

52 Cf. Res. S.E. 137/92, Anexo I, Reglamento de conexión y uso del sistema de transporte de energía eléctrica, Digesto de Legislación Eléctrica Argentina, t. IV, p. 9.

53 Cf. Res. S.E. 137/92, Anexo I, Reglamento de Acceso a la Capacidad Existente y Ampliación del Sistema de Transporte de Energía Eléctrica, Digesto de Legislación Eléctrica Argentina, t. IV, p. 16 y 17.

eléctrica o a la vinculación de estas regiones eléctricas entre sí, sino de instalaciones requeridas por demandas propias del sistema eléctrico provincial, no podemos hablar de instalaciones que, como las de todo transportista independiente, formen parte integrante del sistema de transporte regional o en alta tensión por cumplir con sus necesidades de expansión.

A la hora de decidir si una determinada obra de expansión es una necesidad propia del SADI o de un sistema eléctrico provincial, deberemos preguntarnos quiénes son los principales beneficiarios de la obra. Si estos beneficiarios directos se encuentran ubicados en distintos estados provinciales, probablemente estemos frente a una obra de jurisdicción federal.

Por eso, el hecho de que las obras a emprender impliquen una vinculación o acceso

directo a la red de transporte regional, no significa de por sí que nos encontremos frente a un supuesto de jurisdicción federal y a obras propias de un transportista independiente, aun en el caso en que reúnan las condiciones de voltaje requeridos para el sistema troncal, es decir, iguales o superiores a 132 kv. En cambio, si tales obras cruzan las fronteras provinciales, vinculando a distintos sistemas eléctricos locales a nivel regional, estaremos frente a una necesidad de expansión del sistema de transporte troncal y por tanto a una obra de clara jurisdicción nacional que podrá ser llevada a cabo por un transportista independiente.

Una vez más, se confirma la idea de interjurisdiccionalidad como el criterio más claro y simple al momento de resolver las situaciones de conflicto de competencias entre la Nación y las provincias.