

CASSAGNE
ABOGADOS



El 28 de febrero de 2019, y en cumplimiento de lo dispuesto por el Congreso Nacional en el **art. 124 de la Ley 27.469**^[1], el Estado Nacional transfirió a la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad de Buenos Aires la titularidad del servicio público de distribución de energía eléctrica prestado por **EDENOR** y **EDESUR** en la Capital Federal y el conurbano bonaerense. Este traspaso de jurisdicción no implicó, ni implica, una “provincialización” stricto sensu del servicio, ya que -ni aunque la Ley 27.469 ni los acuerdos celebrados entre el Estado Nacional y los Estados cesionarios lo exijan- la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires asumieron en forma conjunta y solidaria los derechos y obligaciones resultantes de la cesión de la posición contractual que antes tenía el Estado Nacional como autoridad concedente del servicio.

Dicha transferencia también motivó que los Estados cesionarios suscribiesen por su cuenta, el 9 de mayo de 2019, un “Acuerdo para el ejercicio conjunto de la jurisdicción sobre el servicio público metropolitano de distribución de energía eléctrica”, en cuyo art. 4° se dispuso la creación de un nuevo ente regulador: el “**Ente Metropolitano Regulador del Servicio Eléctrico**” (EMSE).

De acuerdo a lo convenido, el **EMSE** es un “ente bipartito de control y regulación del servicio público de distribución eléctrica”, constituido como “ente autárquico [con] autarquía económica y financiera, con personalidad jurídica propia e independencia funcional y con plena capacidad jurídica para actuar en el ámbito del derecho público y privado”, y estará conformado “por la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que tendrá por objeto la regulación y el control del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica correspondiente al área comprendida en las concesiones otorgadas a **EDENOR S.A.** y a **EDESUR S.A.**, a partir de la transferencia de dicho servicio por parte del Estado Nacional a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires”[2].

Luego de enumerar la estructura y funciones del nuevo ente regulador, y en lo que aquí más interesa, el citado acuerdo interprovincial dispone: **(i)** que “hasta tanto el EMSE establezca las normas de procedimientos aplicables a los procedimientos administrativos, será de aplicación la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y su decreto reglamentario” con excepción de lo normado en dicho acuerdo; **(ii)** que “toda controversia que se suscite entre los distribuidores y grandes usuarios con motivo del servicio público de distribución y comercialización de energía eléctrica, deberá ser sometida al **EMSE** para su resolución, en forma previa y obligatoria”, siendo ello facultativo para los restantes usuarios y terceros; y **(iii)** que “serán competentes para conocer en las cuestiones relativas a la actuación u omisión del Ente los juzgados en lo contencioso administrativo federal”.

A este respecto, llama la atención que en el citado acuerdo interprovincial (que, recordemos, no fue suscripto por el Estado Nacional sino sólo por los Estados locales cesionarios de los contratos de concesión de EDENOR y EDESUR) se extienda la denominada “jurisdicción primaria” del EMSE al caso de controversias entre distribuidores y grandes usuarios, toda vez que la relación entre esas dos clases de agentes del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) -denominada “Función Técnica de Transporte(FTT)”, que implica permitir a los grandes usuarios (quienes no adquieren energía eléctrica al distribuidor, sino que lo hacen en el MEM) el uso de las redes de distribución para vehiculizarla hasta su destino final- ha sido declarada de carácter federal por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación[3], y por consiguiente, sigue siendo competencia del **Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE)** de conformidad con lo dispuesto en el art. 72 de la Ley 24.065[4]. De hecho, los contratos de concesión de **EDENOR** y **EDESUR** prevén dicha cuestión en sus respectivos Subanexos I, cap. 4), inc. 2), bajo el título “tarifa por el servicio de peaje”[5].

Por otra parte, el **art. 19°** citado abre un interrogante con relación a si un convenio interprovincial constituye una vía idónea para asignar carácter federal a la impugnación de las decisiones del EMSE que no son de naturaleza federal, puesto que ni el EMSE es un ente federal, ni tampoco lo es la actividad objeto de sus decisiones. En efecto, la distribución de energía eléctrica no es una actividad típicamente federal, tal como resulta del régimen de las Leyes 15.336 (cf. arts. 11, 4° párrafo[6] y 35, inc. b[7]) y 24.065 (cf. art. 98[8]). La cuestión no es menor, porque en el citado convenio interprovincial, las partes no remitieron al régimen de los recursos judiciales directos de la Ley 24.065[9](lo que tal vez hubiese sido razonable a tenor de lo establecido en el art. 86 de la Ley 24.065[10]), sino que mediante un tipo de norma que la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dado en llamar “derecho intrafederal”, dos provincias obligan al fuero federal a conocer en cuestiones que, a partir del reemplazo del Estado Nacional como autoridad concedente de los contratos de concesión de **EDENOR** y **EDESUR**, ahora son de naturaleza provincial; bi-jurisdiccional, si se prefiere, pero en cualquier caso, “no federal”. Esto diferencia al EMSE del Ente Regulador de Agua y Saneamiento, ya que éste último ente -cuyas decisiones son actos federales y por eso se impugnan ante el fuero federal- es un ente público federal y además regula un servicio público federal, al punto que el convenio tripartito que le dio origen, firmado el 12 de octubre de 2006 firmado por los representantes del Estado Nacional, la Provincia de Buenos Aires y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, fue además aprobado por Ley 26.221.

Conviene recordar que la Excm. **Corte Suprema de Justicia de la Nación** considera que “la jurisdicción de los tribunales federales es, por su naturaleza, restrictiva y de excepción”[11], de modo tal que “no procede la competencia de los tribunales federales: si no viene establecida en una norma del Congreso Nacional (arts. 116, 117 y 75, incs. 20 y 30, de la Constitución Nacional), si no se trata de una causa donde

la Nación o una entidad nacional sea parte; (arts. 116 de la Constitución Nacional y 2, incs. 6° y 12°, de la Ley 48); o si de los antecedentes fácticos en los que se funda la demanda surge que se encuentren en juego hechos que puedan perjudicar directa y efectivamente al Estado Nacional (Fallos 328:4090, entre otros); o si de los hechos del caso no se evidencia que esté comprometido un interés nacional de relevancia, o razones institucionales de tal magnitud que requieran la tutela inmediata del fuero federal (Fallos 328:1580, 336:2231, entre otros)”[12].

Si a ello se suma el carácter provincial de sus integrantes a partir de la cesión de la posición contractual del Estado Nacional respecto de la titularidad del servicio público, y el hecho que la distribución de electricidad es un servicio público de competencia local (sin perjuicio de la regulación de la FTT por parte de la Secretaría de Energía de la Nación), parece difícil concluir que los actos del EMSE puedan reputarse federales al efecto de determinar el régimen de impugnación que corresponde aplicarles. En efecto, una cosa es que la Provincia y la Ciudad de Buenos Aires hayan dispuesto la aplicación de la Ley 19.549 para regular el procedimiento interno del ente regulador; pero otra distinta lo es obligar a los tribunales federales en lo contencioso administrativo, sin ley del Congreso Nacional que lo disponga o autorice, que deban hacerse cargo de conocer en la impugnación de actos del EMSE. Esto implicaría, de alguna forma, una extralimitación de las provincias en una materia delegada a la Nación para que la ejercite en forma exclusiva, cual es la determinación de las competencias propias del fuero federal y de las vías recursivas admisibles para ello. De otro modo, se estaría admitiendo que, por una vía vedada a las provincias, éstas ampliasen por vía contractual la competencia de los tribunales federales, lo que, según lo expresado por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, es inadmisibles porque implicaría vulnerar expresas disposiciones constitucionales que establecen los límites y alcances de la jurisdicción federal.

De acuerdo a un reciente pronunciamiento registrado en Fallos 341:480, la Excm. **Corte Suprema de Justicia de la Nación** dijo que “[no] se puede considerar que la entidad actora, en cuanto sujeto diferenciado de los Estados ... que la conforman, dé fundamento a la jurisdicción federal, no que su carácter interjurisdiccional justifique, por esa sola condición, esa prerrogativa, toda vez que dicha característica sólo exterioriza la forma y el territorio en el cumple el objeto social la entidad” y que “quedan excluidos [del conocimiento de la jurisdicción federal] los procesos en los que se debatan cuestiones de índole local que traigan aparejada la necesidad de hacer mérito de estas o que requieran para su solución la aplicación de normas de esa naturaleza o el examen o la revisión en sentido estricto de actos administrativos de las autoridades provinciales, legislativos o judiciales de carácter local (Fallos 329:937; 330:1114)”.

Adicionalmente, ni en el **art. 124 de la 27.469** ni en el “Acuerdo de Transferencia de Jurisdicción del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad de Buenos Aires” del 28 de febrero de 2019 y su homólogo de “Implementación de la Transferencia” del 9 de mayo de 2019, el Estado Nacional realizó manifestación alguna de voluntad en punto a que la revisión de los actos del ente regulador previsto en la cláusula segunda del “Acuerdo de Transferencia de Jurisdicción” del 28 de febrero de 2019 quedare o debiere quedar sujeta a los tribunales del fuero federal.

Ciertamente, la cuestión relativa al fuero competente para impugnar las decisiones del EMSE debe tener una solución. Tal vez los tribunales federales en lo contencioso administrativo admitan la competencia para revisar los actos del EMSE, bajo la interpretación de que el art. 86 de la Ley 24.065 permitiría mantener a los concesionarios de la privatización de la ex –SEGBA el derecho al fuero federal; de que la titularidad del servicio público seguiría siendo federal y sólo habría cambiado su autoridad de policía; o bajo algún otro argumento que aquí se nos escapa. O tal vez, el caso de la impugnación de los actos del EMSE llegue a la instancia de la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación, quien tal vez convalide el art. 19° del acuerdo interprovincial, o bien, admita la posibilidad de que terminen siendo impugnados en el fuero contencioso administrativo de la Provincia de Buenos Aires, o en su análogo de la Ciudad de Buenos Aires, indistintamente o dependiendo de algún factor de determinación de la competencia tal como el lugar del hecho. Pero en todo caso, habrá que estar atento, por eso del art. 352 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación de aplicación a los procesos en el fuero federal.



(*) Abogado (UBA, 1995). Asociado en Cassagne Abogados.

[1] Ley 27.469, art. 124.- Instrúyese al PODER EJECUTIVO NACIONAL a impulsar los actos que sean necesarios para que, a partir del 1° de enero de 2019, las distribuidoras eléctricas Empresa Distribuidora Norte S.A. (Edenor) y Empresa Distribuidora Sur S.A. (Edesur) pasen a estar sujetas a la jurisdicción de la Provincia de Buenos Aires y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.- Una vez que se efectivice lo contemplado en el párrafo anterior, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) creado por el artículo 54 de la ley 24.065 mantendrá sus funciones y facultades en todo aquello que no esté vinculado al servicio público de distribución de energía eléctrica.

[2] Cláusula SEGUNDA del Acuerdo de Transferencia de Jurisdicción del Servicio Público de Distribución de Energía Eléctrica a la Provincia de Buenos Aires y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, cit., del 28 de febrero de 2019.

[3] Fallos 333:1224, entre muchos otros.

[4] Ley 24.065, art. 72.- "Toda controversia que se suscite entre generadores, transportistas, distribuidores, grandes usuarios, con motivo del suministro o del servicio público de transporte y distribución de electricidad, deberá ser sometida en forma previa y obligatoria a la jurisdicción del ente.- Es facultativo para los usuarios, así como para todo tipo de terceros interesados, ya sean personas físicas o jurídicas, por iguales motivos que los enunciados en este artículo, el someterse a la jurisdicción previa y obligatoria del ente".

[5] Según Anexo I, Res. ENRE 524/2017 (B.O. 33.742), que dice: ", que "la Distribuidora deberá permitir a los Grandes Usuarios ubicados en su zona de concesión que efectúen contratos con Generadores, el uso de sus instalaciones de Distribución, debiendo adecuarlas con el propósito de efectuar la correcta prestación del servicio. En lo que respecta al servicio de peaje a aplicar por el transporte de energía eléctrica a los Grandes Usuarios, el valor máximo a percibir por el mismo surgirá de aplicar el denominado PROCEDIMIENTO PARA LA DETERMINACIÓN DEL CUADRO TARIFARIO del Anexo III, los valores iniciales se indican en los Anexos V para EDENOR S.A. y VI para EDESUR S.A. De efectuarse contratos particulares por estos servicios la DISTRIBUIDORA deberá informar al ENTE, para su aprobación, las tarifas pactadas".

[6] Ley 15.336, art. 11.- "(...) En cuanto a los sistemas eléctricos provinciales, referidos en el artículo 35, inciso b) de esta ley, como también a los servicios públicos definidos en el primer párrafo del artículo 3 de la misma que fueran de jurisdicción local, serán los gobiernos provinciales los que resolverán en todo lo referente al otorgamiento de las autorizaciones y concesiones y ejercerán las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional".

[7] Ley 15.336, art. 35.- "Para los efectos de la presente ley se denominan: a) Sistemas Eléctricos Nacionales (S.E.N.), las centrales, líneas y redes de transmisión y distribución, y obras e instalaciones complementarias -sin distinción de las personas, públicas o privadas, a quienes pertenezcan-, sometidos a la jurisdicción nacional; b) Sistemas Eléctricos Provinciales (SEP), las centrales, líneas y redes de jurisdicción provincial; c) Sistemas Eléctricos del Estado (SEE), las centrales, líneas y redes de transmisión, y obras e instalaciones complementarias, de propiedad de Estado nacional, o que el administra o explota; d) Red Nacional de Interconexión (RNI), al conjunto de sistemas eléctricos nacionales interconectados".

[8] Ley 24.065, art. 98.- "Sin perjuicio de la aplicación, según su régimen propio, de la normas de naturaleza federal contenidas en la presente ley, invítase a las provincias a adherir al régimen de la presente ley".

[9] Ley 24.065, art. 76: "Las resoluciones del ente podrán recurrirse por vía de alzada, en los términos de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos y sus disposiciones reglamentarias. Agotada la vía administrativa procederá el recurso en sede judicial directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal"; art. 81.- "(...) Las sanciones aplicadas por el ente podrán impugnarse ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal mediante un recurso directo a interponerse dentro de los treinta (30) días hábiles judiciales posteriores a su notificación".

[10] Ley 24.065, art. 86.- "Las disposiciones de esta ley serán plenamente aplicables a quienes resulten adjudicatarios de concesiones de transporte o distribución, como consecuencia del proceso de privatización de Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires, Sociedad Anónima, Agua y Energía Eléctrica, Sociedad del Estado, e Hidroeléctrica Norpatagónica, Sociedad Anónima".

[11] Fallos 324:286, considerando 5°.

[12] Fallos 324:286, considerandos 8° y 9°.