
LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ACTOS DE CAMMESA

TESIS

Autor: Laura Miranda

Director: Nicolás Eliashev

Ciudad de Buenos Aires, Noviembre 2022

MAESTRÍA INTERDISCIPLINARIA EN ENERGÍA

UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

CENTRO DE ESTUDIOS DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA ENERGÉTICA

RESUMEN

Con la privatización de los servicios eléctricos y la desintegración vertical de las actividades de generación, transporte y distribución de energía eléctrica, que antes estaban concentradas en empresas y sociedades de propiedad del Estado Nacional¹, se hizo necesaria la creación de un organismo que tuviera a su cargo la coordinación de la operación técnica y la administración del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) donde comenzaron a interactuar los distintos agentes de dicho mercado. Tal organismo ha sido referido generalmente como el órgano encargado del despacho (OED).

En la Ley 24.065 se establecieron los lineamientos de funcionamiento del OED que tendría a su cargo el despacho técnico del Sistema Argentino de Interconexión (SADI) a constituirse bajo la forma de una sociedad anónima. Las normas a las que debe ajustarse el DNDC son determinadas por la Secretaría de Energía, las que deben permitir la ejecución de los contratos libremente pactados (mercado a término) y el despacho de la demanda requerida, en base al reconocimiento de precios de energía y potencia, para la energía no pactada libremente entre las partes (mercado spot).

Las funciones del OED fueron asignadas a CAMMESA, constituida a partir del Decreto 1192/1992, por el que también se aprobaron sus estatutos. Pese a haberse constituido como una sociedad anónima con la participación accionaria de los distintos agentes del MEM mediante las asociaciones que los nuclean y del Estado Nacional, CAMMESA se trata de una sociedad sin fines de lucro, que cumple funciones de interés público, con una fuerte injerencia estatal en sus decisiones -a partir de la forma en que se integra su directorio y de la determinación del quórum y las mayorías-

Amén de ello, a partir de la emergencia declarada por la Ley 25.561 y del desequilibrio generado en el MEM a partir del año 2002, CAMMESA fue adquiriendo progresivamente funciones más allá del rol que le fue atribuido en su norma de origen, que fueron asignadas a partir de instrucciones y mandatos regulatorios impartidos por la Secretaría de Energía.

Las notas características de CAMMESA y las nuevas funciones que fue adquiriendo a lo largo del tiempo, que implicaron en la práctica que dicho organismo pasara a ejecutar políticas públicas dispuestas por los gobiernos de turno, pueden generar interrogantes respecto de la naturaleza jurídica de esa compañía administradora.

Lo antes descrito conlleva a la asunción por parte de CAMMESA de funciones que exceden el rol que le fue asignado por el marco regulatorio eléctrico con el consecuente nacimiento de múltiples relaciones jurídicas con los agentes del MEM y otros actores del sector energético (en especial, contratos), que pueden derivar en situaciones generadoras de responsabilidad.

¹ Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A., Hidroeléctrica Norpatagónica - Hidronor S.A. y Agua y Energía Eléctrica S.E., sin perjuicio de algunas empresas provinciales y cooperativas prestadoras de servicios de distribución de energía eléctrica

En consecuencia, el objetivo de este estudio es desentrañar la responsabilidad que le podría corresponder al Estado Nacional derivada de los contratos que suscribe CAMMESA, como parte compradora y en representación del MEM, actuando por instrucción de la Secretaría de Energía y/o en el marco de un acto administrativo que así lo disponga. Para ello, primero se detallan los antecedentes que dieron origen a la institucionalización de ese organismo, su implementación y las normas que regularon su funcionamiento, y se analiza su naturaleza jurídica. Luego, se detallan las distintas funciones que fue asumiendo CAMMESA a partir de la emergencia declarada por la Ley 25.561. En particular, se analizan distintos contratos celebrados por CAMMESA y, de acuerdo con las notas características que surgen de ellos, la responsabilidad que podría eventualmente corresponder al Estado Nacional en las relaciones jurídicas nacidas en el marco de estas nuevas funciones asignadas a CAMMESA y a partir de los instrumentos celebrados por esta.

PALABRAS CLAVE. Responsabilidad del Estado

CONTENIDOS

CAPÍTULO I. Conformación del Mercado Eléctrico	6
1. La ley de Reforma del Estado y la transformación del Sector Eléctrico	6
1.1. El comienzo del proceso de reordenamiento del sector eléctrico. Conformación del mercado eléctrico. El Decreto 634/1991	8
2. El marco regulatorio eléctrico. La Ley 24.065	10
2.1. El proceso de privatización	12
2.2. Funcionamiento del MEM y el despacho en la Ley 24.065.....	14
CAPÍTULO II. El ámbito de actuación de CAMMESA.....	21
1. El Decreto 1192/92. Creación de CAMMESA. Funciones	21
2. CAMMESA a partir del año 2002	24
2.1. La desadaptación del MEM. Medidas adoptadas a partir de la emergencia declarada por la Ley 25.561	24
2.2. El nuevo rol de CAMMESA	28
CAPÍTULO III. Naturaleza jurídica de CAMMESA.....	35
1. Notas Características	35
2. ¿Es CAMMESA un ente descentralizado autárquico?.....	36
CAPÍTULO IV. Responsabilidad del Estado por actos de CAMMESA	41
1. La actuación de CAMMESA por instrucción de la Secretaría de Energía.	41
2. El mandato en el Código Civil y Comercial	43
3. Encuadre de las instrucciones	46
4. Análisis de distintos contratos suscriptos por CAMMESA	49
4.1. Contratos de Abastecimiento suscriptos por CAMMESA bajo la Resolución 220/2007 de la Secretaría de Energía	49
4.2. Contratos de Abastecimiento suscriptos por CAMMESA en el marco del FONINVEMEM	51
4.3. Contratos de Abastecimiento suscriptos por CAMMESA bajo las Resoluciones 21/2016 y 287/2017 de la Secretaría de Energía Eléctrica.....	54
4.4. Contratos de Abastecimiento suscriptos por CAMMESA en el marco del Programa RenovAr.....	59
4.5. Contratos de gas suscriptos por CAMMESA para generación de energía eléctrica en el marco del Plan Gas.Ar	64
4.6. Síntesis de casos. ¿CAMMESA sólo responsabiliza al Estado cuando actúa por Instrucción por Cuenta y Orden?	67
5. Posibles escenarios de responsabilidad estatal	72
5.1. Responsabilidad indirecta y subsidiaria o responsabilidad directa	74
5.2. Responsabilidad extracontractual del Estado	78
5.3. Responsabilidad contractual del Estado	81
CAPÍTULO V. Conclusiones	88

BIBLIOGRAFÍA..... 92

CAPÍTULO I. Conformación del Mercado Eléctrico

1. La ley de Reforma del Estado y la transformación del Sector Eléctrico

La Ley de Reforma del Estado y Emergencia Administrativa 23.696² marcó un hito respecto de la participación del Estado en el sector energético, que implicó el abandono de su rol de estado empresario para asumir el de regulador y contralor de las actividades que pasaron a ser desarrolladas por los privados³.

En ese sentido, la transformación del sector eléctrico iniciada en la Argentina en la década de 1990 se ubica en la segunda etapa de las privatizaciones desarrolladas en el marco de la referida Ley 23.696 que, según sostiene la doctrina, tuvo como principal objetivo la modificación del rol del Estado antes que la reducción del déficit fiscal y la obtención de un buen precio de venta de los activos, por lo que ello estuvo acompañado de la emisión de las normas reguladoras que tendieran a brindar mayores garantías de tarifas y servicios adecuados⁴.

Hasta la privatización de las empresas y sociedades de propiedad del Estado Nacional dispuesta por la Ley 23.696, las actividades de generación, transporte y distribución de energía eléctrica eran, en lo esencial, desarrolladas por tres empresas verticalmente integradas de propiedad del Estado Nacional. Estas empresas eran Servicios Eléctricos del Gran Buenos Aires S.A. (SEGBA)⁵ -que desarrollaba actividades de generación y distribución-, Hidronor Hidroeléctrica Norpatagónica S.A. (Hidronor)⁶ -con actividades de generación y transmisión- y Agua y Energía Eléctrica S.E. (AyE)⁷ -con actividades de generación, transmisión y distribución-. Asimismo, existía un conjunto de empresas provinciales estatales, la mayoría de ellas desarrollando actividades de

² BO 23/08/1989. Reglamentada por el Decreto 1105/1989.

³ Sobre el particular, BASTOS, Carlos M.; ABDALA, Manuel A., *“La transformación del sector eléctrico argentino”*, Chile, 1era. Edición, Editorial Antártica S.A., 1993, pp. 257 y ss.; BARREIRO, Rubén A., *“Derecho de la Energía Eléctrica”*, Buenos Aires, Ábaco, 2002, pp. 59 y ss.; 116 y ss.; PALACIOS, Mariano, *“Constitución y energía eléctrica. Evolución de la regulación del sector eléctrico (1990’s-2010’s)”*, Revista Argentina de la Energía, Hidrocarburos y Minería, n° 2, Buenos Aires, Ábaco, agosto-octubre de 2014, p. 53 y ss.

⁴ PALACIOS, Mariano, op. cit., p. 64. Asimismo, la doctrina descarta una finalidad fiscalista de las privatizaciones del sector eléctrico, lo que encontraría sustento en la falta de la introducción de nuevos impuestos de afectación específica al sector y en la ausencia de aumentos tarifarios significativos que incrementaran *ex ante* la rentabilidad de las unidades de negocio creadas a los fines de su venta, así como los bajos requisitos de pago en efectivo exigidos para la venta de estas unidades. Por otra parte, una finalidad de ese tipo hubiera colisionado con el interés macroeconómico del gobierno de mantener la estabilidad de precios surgida a partir de la convertibilidad. BASTOS, Carlos M.; op. cit., pp. 97 y 98.

⁵ Surge a partir de la transferencia de los activos explotados por prestatarias privadas a esta empresa estatal mediante la Ley 14.772 (BO 27/10/58), por la que se declaró de jurisdicción nacional -y sujeto a reglamentación del Poder Ejecutivo nacional- los servicios públicos de electricidad interconectados prestado en la Capital Federal y el Gran Buenos Aires. Se la autoriza a funcionar como sociedad anónima por Decreto 11.950/1958. Se le otorgó la concesión del servicio eléctrico de generación, transmisión y distribución de la ciudad de Buenos Aires y en 31 partidos del Gran Buenos Aires.

⁶ Creada por el Decreto 7925/1967. Su objeto era la construcción y explotación de aprovechamientos hidráulicos en la región del Comahue, incluyendo el transporte de energía eléctrica hacia el SIN.

⁷ Creada como Empresa del Estado por el Decreto Ley 14.004/1957, a la que se le asignaron las funciones de comprar y vender energía, participando también de las actividades de generación, transmisión y distribución de energía eléctrica. Transformada en Sociedad del Estado por Decreto 3907/1977 regida por la Ley 20.075. Como antecedente de esta empresa, por decreto 3967/1947 se fusionó la Dirección General de Irrigación y la Dirección de Centrales Eléctricas del Estado, dando origen a la Dirección General de Agua y Energía; a partir del Decreto 17.317/1950, se transformó en la Empresa Nacional de Energía (ENDE), hasta el dictado del Decreto Ley 14.004/1957. Por la Ley 17.004 se declararon bajo jurisdicción nacional todos los servicios públicos de electricidad prestados por el Estado a través de AYE.

distribución, pero también de generación, y un gran número de cooperativas prestadoras de servicios de distribución en las respectivas localidades.

Las actividades de la industria eléctrica destinadas a la generación, transformación y transmisión, y a la distribución de la energía eléctrica fueron reguladas por la Ley de Energía Eléctrica (Ley 15.336⁸) del año 1960. En ella se previó la jurisdicción federal para la generación de energía eléctrica y su transformación y transmisión en los casos allí especificados (intercambios interjurisdiccionales, o cuando integran la Red Nacional de Interconexión, entre otros), y la jurisdicción provincial para la distribución y comercialización⁹.

De conformidad con lo establecido en la referida Ley 15.336, Agua y Energía Eléctrica -que, como se indicó, era uno de los participantes del sistema- tenía a su cargo el despacho físico mediante el Despacho Nacional de Cargas (DNC). A esos efectos, se le otorgaron las facultades de comprar la energía eléctrica a las centrales integrantes de la Red Nacional de Interconexión y atender a su comercialización mediante la venta a las empresas u organismos prestatarios de servicios públicos de electricidad y a las grandes industrias; establecer anualmente el régimen de funcionamiento de cada central integrante de esa red; impartir las órdenes necesarias para el despacho de cargas, de acuerdo con las normas preparadas por la Secretaría de Energía y Combustibles (art. 38¹⁰).

De esta forma, el DNC regulaba las operaciones de compra y venta de energía eléctrica de las empresas vinculadas al Sistema Interconectado Nacional (SIN) -hoy Sistema Argentino de Interconexión (SADI)- al que se conectan los sistemas de generación y transmisión en alta tensión de las distintas regiones del país.

Previo a la privatización, algunas de esas empresas debieron afrontar problemáticas similares en cuanto a la falta de inversión en su parque de generación térmica, que produjo una profunda crisis en el sector que quedó en evidencia hacia fines de la década de 1980, con importantes restricciones en el abastecimiento. A esa situación se adicionan interferencias de tipo institucional como, por ejemplo, la incorporación de objetivos distributivos a la tarifa -precios subsidiados para satisfacer a determinadas categorías de usuarios- o su sujeción a criterios presupuestarios impuestos por la administración¹¹, que afectaron la capacidad de gestión empresarial de estas empresas. Hidronor, pese a haberse constituido como una sociedad anónima -con participación estatal mayoritaria pero sujeta al derecho privado-, también sufrió la politización de sus decisiones¹².

⁸ BO 22/09/1960.

⁹ Salvo en la Capital Federal y área metropolitana en donde subsistió la jurisdicción federal.

¹⁰ Derogado por el art. 90 de la Ley 24.065.

¹¹ BASTOS, Carlos M., op. cit., p. 35.

¹² BASTOS, Carlos M., op. cit., p. 13. Respecto de la situación de los servicios eléctricos previo a la privatización véase también DEVOTO, Alberto E., "*Regulación y control del servicio de electricidad en Argentina*", publicado en "Que hay de nuevo en las regulaciones: telecomunicaciones, electricidad y agua en América Latina", Buenos Aires, EUDEBA, CLAD, 1998, pp. 61 y ss.

En ese escenario, a partir del dictado de la Ley de Reforma del Estado y en forma previa a la transferencia al sector privado de las actividades que hasta entonces eran desarrolladas por el Estado, se inició un proceso de transformación del sector eléctrico argentino que implicaba incorporar el concepto de competencia y de capital privado de riesgo, descentralizando ciertas decisiones en los mercados eléctricos y asignando al Estado un nuevo rol.

1.1. El comienzo del proceso de reordenamiento del sector eléctrico. Conformación del mercado eléctrico. El Decreto 634/1991

El proceso de transformación del sector eléctrico tuvo inicio con el Decreto 634/1991¹³ por el que se dispuso la reconversión de ese sector que estaría plenamente vigente a partir del 1 de enero de 1993, disponiéndose que, hasta esa fecha, regiría un Periodo de Transición.

El objetivo de la reconversión del sistema eléctrico fue lograr un eficiente funcionamiento de las actividades de generación, transporte y distribución de la energía eléctrica, que redundara en beneficio de los consumidores a través de un suministro de óptima calidad, a tarifas razonables, no discriminatorias, que reflejaran los costos de eficiencia en los casos que prevalecieran formas monopólicas de mercado, a fin de alcanzar condiciones y reglas de funcionamiento similares al resto de la economía (art. 1).

Para ello, se consideró necesario recrear un funcionamiento más libre de los mercados y de sus mecanismos de asignación de recursos técnicos y económicos favorables para el desarrollo de la competencia; así como la incorporación de capital privado de riesgo, descentralizando las decisiones en los mercados eléctricos (inversiones, precios, etc.) y concentrando la responsabilidad del Estado en el diseño y aplicación de políticas y en la regulación y el control que fueran necesarios para el funcionamiento de las distintas actividades del sector¹⁴.

En ese marco, se dispuso un mercado eléctrico constituido por dos niveles: a) el mayorista, en el que participarían los productores, los transportistas y los distribuidores de la energía, pudiendo integrarlo también los consumidores individuales cuya demanda máxima fuera igual o mayor a la potencia que oportunamente se estableciera en el proceso regulatorio; y b) el de venta a usuarios finales, constituido por las empresas distribuidoras y sus clientes (art. 4). En el primero, la operatoria se haría sobre la base de transacciones libremente pactadas y, en el segundo, reguladas (art. 5).

Respecto del tipo de transacciones se dispuso que existirían tarifas reguladas para los suministros de los distribuidores a usuarios finales propios, y para los suministros de los productores a los distribuidores, en aquella parte destinada a los suministros a los usuarios finales (art. 6 -que luego en el marco regulatorio eléctrico sería el "Precio Estacional"-)

Por otra parte, se establecieron normas específicas para los sectores de generación (arts. 7 y 8), transporte (art. 9) y distribución (art. 10) de energía eléctrica. Respecto del primero, la

¹³ BO 17/04/1991. Dictado en uso de las facultades emergentes de las Leyes 15.336 y 23.696.

¹⁴ Conf. considerandos primero y segundo.

actividad estaría abierta a la entrada de empresas que inviertan capitales de riesgo, propendiendo a que aquéllas pudieran colocar su producción operando en forma coordinada a través del organismo encargado del despacho en condiciones no discriminatorias y a fin de optimizar la operación del conjunto del sistema eléctrico.

Respecto al despacho de cargas del sistema en las condiciones que se establecieran en el marco regulatorio y normas específicas, se dispuso que debería satisfacer como objetivos la eficiencia técnico-económica en cada momento y la del desarrollo del sistema. Estas normas serían aplicadas por un organismo encargado de efectuar el despacho económico de carga, que debería, además, asumir la responsabilidad de la operación técnica del conjunto de unidades de generación y transmisión que constituyen el Sistema Argentino de Interconexión (art. 11).

Los generadores que vendieran a través del organismo de despacho del sistema percibirían una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega que se fijara y dicha tarifa se basaría en el criterio de costo marginal económico horario de corto plazo del sistema, el que a partir de un valor base debería incorporar un margen que tuviera en cuenta el costo de la evolución del riesgo de falla del sistema. Los distribuidores deberían pagar la tarifa uniforme de generación más el correspondiente cargo diferencial por transporte hasta su punto de conexión, que sería facturado por las empresas que cumplan esta última función (art. 12).

Para el Período de Transición, se contempló el dictado de las normas del despacho económico (art. 17) y las reglas de funcionamiento del mercado mayorista (art. 19). Por otra parte, se dispuso el dictado de un marco regulatorio del sector eléctrico, que debería abarcar todos los aspectos técnicos, económicos, gerenciales y legales que hicieran a la organización, operación y desarrollo de la industria (art. 15).

En función de lo anterior, mediante la Resolución 38/1991¹⁵ de la Subsecretaría de Energía Eléctrica se determinaron las nuevas reglas del funcionamiento del MEM que regirían a partir del 1 de agosto de 1991 y serían de aplicación para el período de transición, propendiendo a satisfacer como objetivo la eficiencia técnico-económica en cada momento y la del desarrollo del sistema. En ella se establecieron nuevos procedimientos para la programación de la producción, coordinación del mantenimiento, despacho de las máquinas y fijación de precios para el MEM.

En sustancia, se organizó el sistema físico del MEM y el sistema empresario, reconociendo como unidades de negocio independientes cada uno de los centros de generación, transporte, distribución y las instalaciones afectadas al servicio de operación y despacho, sea cual fuera la empresa a la que pertenecieran, a cuyos fines se instruyó a AYE, SEGBA e Hidronor a individualizar su actividad eléctrica en unidades de negocio. Se establecieron los procedimientos para la programación de la operación, el despacho de cargas y el cálculo de precios, así como también las sanciones aplicables por falta de pago y el ámbito de aplicación. En este esquema, el organismo encargado del despacho (OED), a cargo de la Gerencia Despacho Nacional de Cargas de AyE,

¹⁵ BO 23/07/1991.

tenía a su cargo la coordinación de la operación técnica y la administración del MEM, pasando a depender directamente del interventor de AYE, quien debía otorgar al OED la máxima independencia funcional y garantizar la transparencia de las operaciones que debía administrar.

Cabe adelantar que, en general, los principios contenidos en el Decreto 634/1991 fueron tomados en la normativa posterior, tanto en lo referido a la organización general de la industria como en lo que hace a la reestructuración del sector para adecuarlo a los nuevos principios, en especial en lo atinente a la división y privatización de la industria¹⁶.

2. El marco regulatorio eléctrico. La Ley 24.065

Teniendo en cuenta los lineamientos antes desarrollados, con la sanción de la Ley 24.065¹⁷ -que conforma el marco regulatorio eléctrico- se introdujo la competencia en el mercado eléctrico dividiendo la actividad de esa industria en generación, transporte y distribución, y se determinaron sus características fundamentales a los fines de su regulación.

El marco regulatorio se complementa con la reglamentación de la Ley 24.065, aprobada por el Decreto 1398/1992¹⁸, el Decreto 186/1995¹⁹ y con lo que se dio en llamar “Los Procedimientos para la Programación de la Operación, el Despacho de Cargas y el Cálculo de Precios” (“Los Procedimientos”)²⁰, que se integra con un conjunto de resoluciones que regulan el funcionamiento del mercado eléctrico, dictadas a partir de la Resolución 61/1992 de la ex Secretaría de Energía Eléctrica y sucesivas modificaciones.

Entre los objetivos para la política nacional en materia de abastecimiento, transporte y distribución de electricidad, en la Ley 24.065 se enumera, “*Proteger adecuadamente los derechos de los usuarios*”; “*Promover la competitividad de los mercados de producción y demanda de electricidad y alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo*”; “*Promover la operación, confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalación de transporte y distribución de electricidad*”; y “*Alentar la realización de inversiones privadas en producción, transporte y distribución, asegurando la competitividad de los mercados donde sea posible*”²¹.

En ese sentido, la desintegración vertical busca introducir elementos de competencia en los sectores en que ello se posible y, la desintegración horizontal, la competencia por comparación que ella permite²².

¹⁶BARREIRO, Rubén A., op. cit., p. 69.

¹⁷ BO 16/01/1992. Esta norma modifica también disposiciones de la Ley 15.336.

¹⁸ BO 11/08/1992.

¹⁹ BO 27/07/1995.

²⁰ Versión XXVI, Recopilación no oficial de las Resoluciones Ex-SEE 61/92 y sus modificaciones, realizada por CAMMESA, actualizada al 31/01/2016.

²¹ Art. 2, inc. a, b, c y f de la Ley 24.065.

²² Entendida esta última como la presión competitiva experimentada por los prestadores de servicios públicos a través de la comparación de sus tarifas y calidad de servicio con los prestados por otras compañías similares;

A su vez, mediante la referida Ley 24.065 se alienta la inversión privada en los tres segmentos de la industria eléctrica. En generación, se persigue el incremento de la oferta mediante la inversión privada de riesgo a partir de la liberalización de la actividad y de la introducción de competencia entre los distintos actores. Respecto de los servicios públicos de transporte y distribución, estos deben ser realizados prioritariamente por personas jurídicas a las que el Poder Ejecutivo les haya otorgado las correspondientes concesiones, pudiendo solo excepcionalmente ser prestados por el Estado²³.

La generación, en cualquiera de sus modalidades, destinada total o parcialmente a abastecer de energía a un servicio público, fue declarada por la referida Ley 24.065 como una actividad de interés general, afectada a dicho servicio y encuadrada en las normas legales y reglamentarias que aseguren el normal funcionamiento del mismo²⁴. Por responder al libre juego de la oferta y la demanda sólo debe ser regulada en los aspectos y circunstancias que afecten el interés general²⁵, disponiéndose el acceso amplio en la medida en que se cumplan los requisitos dispuestos en el marco regulatorio²⁶. Por el contrario, la distribución y transporte constituyen un servicio público para cuya prestación resulta necesario obtener una concesión²⁷ y por sus características monopólicas están sujetas a una regulación más intensa.

La referida caracterización de interés general no ha tenido una precisión doctrinaria como la que sí tiene el servicio público, sin perjuicio de lo cual, en general, se reconoce que la generación es una actividad de tipo comercial con libertad de entrada y salida al mercado, pero sujeta a regulación en virtud de la importancia que esa actividad implica para la comunidad²⁸.

Para los usuarios finales de los servicios públicos se regularon tarifas que deben cumplir con determinadas premisas, entre ellas, proveer ingresos para satisfacer los costos operativos y una tasa de retorno razonable; incluir como costo el precio de compra a nivel mayorista; asegurar el mínimo costo compatible con la seguridad del abastecimiento; evitar subsidios entre los distintos tipos de usuarios²⁹.

A su vez, se constituyó el MEM donde se realizan las transacciones de energía eléctrica a nivel mayorista y en el que la competitividad se establece por medio de la implementación de reglas de despacho basadas en el costo marginal de corto plazo y a partir del reconocimiento como agentes de ese mercado no solamente a los generadores, transportistas y distribuidores sino también a los

lo que permite establecer determinados parámetros sobre la base de una comparación de los resultados obtenidos por empresas que desarrollan sus actividades en condiciones monopólicas, aunque similares (ej. caso Edenor-Edesur). Cfr. BARREIRO, Rubén A., op. cit., p. 143. Para ello, la comparación deberá efectuarse entre empresas cuya red o área de concesión sea similar.

²³ Art. 3 de la Ley 24.065.

²⁴ Art. 1 de la Ley 24.065.

²⁵ Art. 1 del Decreto 1398/1992.

²⁶ Salvo el caso de la generación hidroeléctrica de energía en los que se requiere el otorgamiento de una concesión.

²⁷ Arts. 1 y 3 de la Ley 24.065

²⁸ FONROUGE, Máximo, "*Lineamientos del régimen jurídico de la electricidad*", en VV.AA., Servicio Público, policía y fomento, Buenos Aires, RAP, 2003, p. 556.

²⁹ Arts. 40 a 42 de la Ley 24.065.

grandes usuarios -en función del módulo de potencia y de energía determinado por la reglamentación- quienes, de acuerdo a lo previsto en el marco regulatorio, pueden contratar libremente sus compras de energía en el MEM.

En las actividades de transporte y distribución, la introducción de la competencia se realizó a partir de la regulación, disponiendo la obligación de acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte de los sistemas de transporte y distribución³⁰ y la prohibición de otorgar u ofrecer ventajas o preferencias en el acceso a las instalaciones³¹; así como también mediante la prohibición dispuesta para los transportistas de comprar y vender energía³² y las limitaciones para la propiedad y control de aquéllos por parte de quienes compran y venden energía³³.

Se creó, a su vez, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE), entre cuyas funciones no solo se encuentra la protección de los usuarios, sino también -entre otras- la publicación de los principios generales que deberán aplicar los transportistas y distribuidores en sus respectivos contratos para asegurar el libre acceso a sus servicios³⁴ y la prevención de conductas anticompetitivas, monopólicas o discriminatorias entre los participantes de cada una de las etapas de la industria, incluyendo a productores y usuarios³⁵. Respecto de esto último, en el marco regulatorio se previenen las prácticas de los generadores, transportistas o distribuidores que impliquen competencia desleal y el abuso de una posición dominante en el mercado³⁶.

De todo lo anterior surge que entre los objetivos perseguidos a partir del proceso de privatización y que fueron plasmados en el marco regulatorio eléctrico, uno de los pilares fue la introducción de la competencia en los distintos segmentos. En la actividad de generación, entre otros, a partir de la participación de los distintos actores en el MEM (particularmente los grandes usuarios); para los sistemas de transporte y distribución, con la regulación del acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte de sus instalaciones y la regulación de las ampliaciones al sistema de transporte³⁷; y la simulación de competencia en los sectores regulados, procurando tarifas comparables a las que resultarían de un régimen en competencia.

2.1. El proceso de privatización

Mediante la Ley 24.065, que precedió al inicio del proceso privatizador del sector eléctrico, se declaró sujeta a privatización la actividad de generación y transporte a cargo de SEGBA, AYE e Hidronor, que se regirían por la Ley 23.696³⁸ y que serían asumidas por cuenta y riesgo del

³⁰ Art. 22 de la Ley 24.065.

³¹ Art. 23 de la Ley 24.065.

³² Art. 30 de la Ley 24.065.

³³ Arts. 31 y ss. de la Ley 24.065.

³⁴ Inc. e del art. 56 de la Ley 24.065.

³⁵ Inc. c del art. 56 de la Ley 24.065.

³⁶ Art. 19 de la Ley 24.065.

³⁷ Sobre el reglamento de ampliaciones, Anexo 16 de Los Procedimientos

³⁸ El capítulo II de esta ley -De las Privatizaciones y Participación del Capital Privado- dispone el régimen jurídico básico del procedimiento privatizador.

adquirente³⁹, y la privatización mediante concesión de la distribución y comercialización a cargo de SEGBA⁴⁰. Asimismo, se fijó la modalidad de las tasaciones para las privatizaciones⁴¹.

De esa forma, operada la desintegración vertical de la industria a partir de la división de la actividad eléctrica en generación, transporte y distribución, cada una de las empresas del Estado Nacional antes señaladas se dividió en unidades de negocio independientes⁴² bajo la forma de sociedades por acciones, en las que el Estado Nacional tenía inicialmente el cien por ciento (100%) de ellas.

Para la privatización de la actividad de transporte de energía eléctrica en alta tensión se dispuso la constitución de la Compañía de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión Transener Sociedad Anónima (TRANSENER S.A.)⁴³, que tendría a su cargo el transporte troncal entre Regiones Eléctricas⁴⁴. También se determinaron las unidades de negocio y la forma de privatización de la actividad de transporte de energía eléctrica por distribución troncal⁴⁵, esto es, el conjunto de instalaciones de transmisión en tensiones iguales o superiores a 132 kv y menores a 400 kv dirigidas a vincular eléctricamente a generadores, distribuidores y grandes usuarios entre sí, dentro de una misma Región Eléctrica⁴⁶.

Por otra parte, el proceso de privatización de la distribución eléctrica de la Ciudad de Buenos Aires y algunos partidos del Gran Buenos Aires estuvo a cargo del Estado Nacional⁴⁷, mientras que en las provincias fue definido por cada una de ellas⁴⁸.

³⁹ Art. 93 de la Ley 24.065.

⁴⁰ Art. 95 de la Ley 24.065, que modifica el Anexo I de la Ley 23.696.

⁴¹ Art. 96 de la Ley 24.065.

⁴² SEGBA se dividió en siete (7) unidades de negocio, tres (3) en distribución y cuatro (4) en generación; en el caso de Hidronor S.A, se crearon cinco (5) unidades de negocio de generación; AYE fue dividida en veintitrés (23) unidades de negocio: una (1) de transporte; nueve (9) de generación térmica; ocho (8) de generación hidráulica; una (1) de generación hidrotérmica y cuatro (4) de transporte de energía eléctrica por distribución troncal.

⁴³ Decreto 2743/92.

⁴⁴ El Sistema de Transporte de Energía Eléctrica en Alta Tensión (STEEAT) a cargo de TRANSENER S.A., fue definido como el conjunto de instalaciones de transmisión, de tensión igual o superior a 220 kv, que incluye el equipamiento de compensación, transformación, maniobra, control y comunicaciones, tanto las existentes como las que se incorporen como resultado de ampliaciones, destinado a la actividad de transportar energía eléctrica entre regiones eléctricas (conf. Los Procedimientos, Anexo 16, 1.1. art. 3).

⁴⁵ Mediante el Decreto 2743/92 se facultó a la Secretaría de Energía a determinar las unidades de negocio correspondiente. Estas fueron, TRANSNOA S.A., TRANSPA S.A., TRANSNEA S.A. DISTROCUYO S.A., TRANSCOMAHUE.

⁴⁶ El Sistema de Transporte de Energía Eléctrica por Distribución Troncal (STEEDT) es el conjunto de instalaciones de transmisión en tensiones iguales o superiores a 132 kv y menor a 400 kv, destinadas a vincular eléctricamente en el ámbito de una misma región eléctrica a los generadores, distribuidores y grandes usuarios entre sí, con el STEEAT o con otros STEEDT, incluyendo el equipamiento de compensación, transformación, maniobra control y comunicaciones existentes y el que se incorpore como resultado de ampliaciones (conf. Los Procedimientos, Anexo 16, 1.1. art. 6).

⁴⁷ Se hizo una desintegración de tipo horizontal de SEGBA, dividiéndose en tres empresas, EDENOR S.A. y EDESUR S.A, creadas por Decreto 714/1992, y EDELAP S.A., creada por Decreto 1795/1992 (y transferida esta última a la Provincia de Buenos Aires mediante el Decreto 99/2012). Previo a ello, por la Ley 14.772, los servicios de distribución de energía eléctrica que se prestaban en el territorio de la Provincia de Buenos Aires fueron transferidos a la jurisdicción del Estado Nacional.

⁴⁸ La Ley 15.336 dispone que, en cuanto a los sistemas eléctricos provinciales y a los servicios públicos de jurisdicción local, serán los gobiernos locales los que resolverán en todo lo referente al otorgamiento de las

De acuerdo a lo previsto en la Ley 24.065, a las empresas de transporte y distribución - constituyendo estas actividades, como se indicó, un servicio público- se les otorgó una concesión por el plazo de noventa y cinco (95) años, con períodos de gestión de diez (10) años cada uno, al fin de cada uno de los cuales debía licitarse el paquete de control de la empresa concesionaria, con la posibilidad del tenedor del paquete mayoritario de ofertar y de retenerlo en caso en que no hubiera una mejor oferta. Se establecieron los cuadros tarifarios iniciales, y se dispusieron revisiones quinquenales, así como un régimen de calidad y sancionatorio.

Efectuado lo anterior, mediante licitación pública internacional se vendió el paquete accionario de control de las empresas de transporte y distribución a las que se les había otorgado la correspondiente concesión, suscribiéndose los respectivos contratos.

En el caso de la generación térmica se vendieron los activos, a cuyos fines se constituyeron sociedades anónimas a las que se les transfirieron los terrenos y maquinarias de las respectivas centrales y se licitó la venta de las acciones. En lo relativo a la generación hidráulica se constituyeron sociedades a las que, teniendo en cuenta la necesidad de regular el uso del recurso hídrico, se les otorgaron las respectivas concesiones de explotación y se licitó la venta de las acciones.

De esta manera, la estrategia privatizadora observada en el sector eléctrico asumió las dos modalidades previstas por la Ley 23.696⁴⁹, esto es, la privatización propiamente dicha o absoluta, en los casos en que consistió en la venta de empresas y activos públicos; y la privatización no absoluta o relativa en la que lo que se privatizó fue la gestión de la actividad, manteniendo el Estado para sí la titularidad de la competencia en la prestación de la actividad⁵⁰.

2.2. Funcionamiento del MEM y el despacho en la Ley 24.065

En el marco regulatorio se establecen, entre otros, las normas vinculadas al funcionamiento del MEM y del despacho.

2.2.1. Los nuevos actores del MEM. Las relaciones en el MEM.

En virtud de la desintegración vertical operada en la industria eléctrica, el nuevo marco regulatorio reconoce como actores del mercado eléctrico a los generadores o productores, transportistas, distribuidores y grandes usuarios (art. 4), los que fueron definidos por la propia ley.

Se considera generador a quien, siendo titular de una central eléctrica adquirida o instalada en los términos de la Ley 24.065, o concesionarios de servicios de explotación hidroeléctrica de

autorizaciones y concesiones y ejercerán las funciones de policía y demás atribuciones inherentes al poder jurisdiccional.

⁴⁹ El art. 11 facultó al Poder Ejecutivo Nacional para "*proceder a la privatización total o parcial, a la concesión total o parcial de servicios, prestaciones a obras cuya gestión actual se encuentre a su cargo*".

⁵⁰ Conf. BARRA, Rodolfo C, "*Las privatizaciones de la década del 90 y su influencia en el Derecho Administrativo argentino*", Madrid, Documentación Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, mayo-diciembre 2004, p. 385.

jurisdicción nacional⁵¹, coloque su producción en forma total o parcial en el sistema de transporte y/o distribución sujeto a jurisdicción nacional (art. 5). Estos podrán celebrar contratos de suministro directamente con distribuidores y grandes usuarios, los que serán libremente pactados entre las partes (art. 6).

Por su parte, se considera transportista a quien, siendo titular de una concesión de transporte de energía eléctrica otorgada bajo el régimen de la Ley 24.065, 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 caso (art. 7).

Distribuidor es quien, dentro de su zona de concesión, es responsable de abastecer toda demanda a usuarios finales que no tengan la facultad de contratar su suministro en forma independiente y realicen dentro de su zona de concesión, la actividad de transmitir toda la energía eléctrica demandada en la misma, a través de instalaciones conectadas a la red de transporte y/o generación hasta las instalaciones del usuario (art. 9).

A su vez, gran usuario es considerado quien contrata su abastecimiento de energía eléctrica con el generador y/o el distribuidor, en forma independiente y para consumo propio, estableciéndose mediante la reglamentación los módulos de potencia y de energía y demás parámetros técnicos que lo caracterizan (art. 10).

Por último, la figura del comercializador fue incorporada por el Decreto 186/1995⁵² como Participante del MEM, que lo faculta para realizar transacciones en el MEM con los alcances establecidos en el marco regulatorio eléctrico⁵³.

Cabe consignar que las operaciones de compra o venta de la electricidad de una central con el ente administrativo o con el concesionario que en su caso presta el servicio público, se reputarán actos comerciales de carácter privado⁵⁴.

⁵¹ De acuerdo al art. 14 de la Ley 15.336 *"El ejercicio por particulares de actividades relacionadas con la generación, transmisión y distribución de la energía eléctrica de jurisdicción nacional, cualquiera sea la fuente de energía utilizada, requiere concesión del Poder Ejecutivo en los siguientes casos: a) Para el aprovechamiento de las fuentes de energía hidroeléctrica de los cursos de agua pública cuando la potencia normal que se conceda exceda de 500 kilovatios; b) Para el ejercicio de actividades destinadas al servicio público de transporte y/o distribución de electricidad"*

⁵² BO 27/07/1985. Si bien el Decreto 801/2004 incorporó a los comercializadores como actores reconocidos en el MEM, en los términos del art. 4 de la Ley 24.065, ello fue derogado por la Ley 25.468.

⁵³ Mediante el referido Decreto 186/1995 se facultó para realizar transacciones en el MEM a los "Agentes del MEM" y también a los "Participantes del MEM", que son definidos por dicha norma. Los Agentes del MEM son los titulares de concesiones (generación hidroeléctrica, transporte o distribución) otorgadas conf. las Leyes 15.336 y 24.065; los distribuidores, generadores, autogeneradores, cogeneradores y grandes usuarios que actúan en el MEM a la fecha de entrada en vigencia de ese Decreto, o que soliciten y obtengan su reconocimiento para incorporarse al MEM con posterioridad (art. 2). Los Participantes del MEM son las empresas que comercialicen energía eléctrica proveniente de interconexiones internacionales y emprendimientos binacionales; las empresas que sin ser agentes del MEM, comercialicen energía eléctrica en bloque o que exploten instalaciones utilizadas para la Función Técnica del Transporte de Energía Eléctrica - FTT- (art. 5). Define que cualquier empresa (incluso cooperativas) titular de una concesión vigente para atender demanda de servicios de energía eléctrica de usuarios finales, podrá solicitar un reconocimiento para incorporarse al MEM en calidad de distribuidor (art. 3).

⁵⁴ Art. 4 de la Ley 15.336, así como también surge el art. 6 de la Ley 24.065.

Las transacciones físicas y económicas de energía eléctrica en bloque de quienes actúan en calidad de actores y participantes, ya sea que se efectúen a través del SADI o de otros sistemas interjurisdiccionales de transporte, se efectúan en el ámbito del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM).

La definición del MEM corresponde a la Secretaría de Energía, conforme lo establece el artículo 35 del Decreto reglamentario 1398/1992 y en tal sentido, el MEM es *“el conjunto de transacciones de energía eléctrica en bloque que se ejecutan a través del SISTEMA ARGENTINO DE INTERCONEXIÓN (SADI) o de cualquier otra instalación de vinculación eléctrica sujeta a jurisdicción federal por estar afectada al comercio interjurisdiccional mayorista de energía eléctrica. Cuando las transacciones referidas no se efectivicen a través del SISTEMA ARGENTINO DE INTERCONEXIÓN (SADI) no serán de aplicación las normas regulatorias de asuntos que por su naturaleza se vinculan a la operatoria en sistemas interconectados”*⁵⁵.

Un mercado eléctrico competitivo requiere de ciertos elementos. Estos son, una infraestructura basada en un sistema de transmisión interconectado que una a todos los generadores con los usuarios; un centro de despacho que realice el despacho de la generación conforme a reglas económicas prefijadas; una instancia de registro y efectivización de las transacciones (pool) y una autoridad regulatoria⁵⁶.

Para poder operar en ese mercado, los generadores, autogeneradores, cogeneradores, transportistas, distribuidores o grandes usuarios, deben obtener la correspondiente habilitación por parte de la Secretaría de Energía para ingresar como agentes al MEM, de acuerdo con lo previsto en la reglamentación⁵⁷.

El MEM es el punto de encuentro entre la oferta y la demanda de energía eléctrica en tiempo real. Si bien la localización de aquéllas se encuentra dispersa por casi todo el país, su ubicación geográfica coincide con el centro de carga del sistema (área Gran Buenos Aires -Litoral⁵⁸).

Respecto de la caracterización del MEM, este es un mercado competitivo en el cual los generadores, distribuidores y los grandes usuarios pueden comprar y vender electricidad a precios determinados por las fuerzas de la oferta y la demanda, así como celebrar contratos de suministro a largo plazo, que son libremente pactados entre las partes.

En este sentido se señala que la legislación argentina implementó un sistema de determinación del “equilibrio del mercado mayorista” con características mixtas; por un lado, refleja

⁵⁵ Art. 1 de la Resolución 21/1997 de la Secretaría de Energía y Puertos. Previo a ello, la Resolución SE 137/1992 definía como MEM *“al ámbito dentro del cual se ejecutan las transacciones de energía eléctrica en bloque ya sea que se efectúen por medio del SISTEMA ARGENTINO DE INTERCONEXION o dentro de una Región Eléctrica que ha de ser interconectada a dicho Sistema. Corresponderá, en consecuencia, a la COMPAÑIA ADMINISTRADORA DE MERCADO MAYORISTA ELECTRICO SOCIEDAD ANONIMA intervenir en la operación, despache económico y cálculo de precios”* (art. 7).

⁵⁶ DEVOTO, Alberto E., op. cit., p. 75.

⁵⁷ Anexo 17 de Los Procedimientos. Se trata de una autorización reglada, mixta y de funcionamiento, conf. SOBRE CASAS, Roberto P., *“Los contratos en el mercado eléctrico”*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2001, p. 351.

⁵⁸ BASTOS, Carlos M., op. cit., p. 189.

la transición de un sistema verticalmente integrado hacia otro más abierto y competitivo, en que los oferentes y demandantes operan bajo la coordinación centralizada de un monopolista que define el despacho económico de cargas y el precio spot resultante; por el otro, ha permitido la existencia de simultanea de un sistema de contratos entre operadores del MEM⁵⁹.

De esta forma en el MEM pueden realizarse operaciones en el Mercado a Término y en el Mercado Spot. En el primero los agentes reconocidos celebran contratos por precios, cantidades y condiciones libremente pactados entre las partes⁶⁰ -de potencia como de energía- permitiendo a los distribuidores garantizarse niveles de suministro adecuados para atender su demanda, a la vez que dotan de mayor estabilidad a las actividades futuras de los generadores. Los contratos se regulan representando compromisos comerciales entre las partes, pero no compromisos físicos, por lo que no afectan el despacho. En el segundo, los precios de la energía eléctrica surgen de la interacción de la oferta y la demanda por aplicación de Los Procedimientos, con una sanción de precios objetiva y transparente que refleja el costo económico de producción.

Los agentes del mercado que gestionan sus compras y sus ventas por contratos en el Mercado a Término operan a su vez en el Mercado Spot, donde transan las diferencias que son adquiridas en este último mercado.

En el Mercado Spot pueden identificarse dos precios. El Precio Spot que es determinado horariamente que refleja la relación entre oferta y demanda a través del costo marginal de corto plazo, y el Precio Estabilizado aplicable para las compras efectuadas por los distribuidores, quienes tienen derecho a trasladar a las tarifas los costos de la electricidad adquirida (como se verá en el apartado siguiente).

Mediante Los Procedimientos se establecen las reglas bajo las cuales opera el MEM, se especifica la tipología de contratos admitidos en el Mercado a Término, la definición de los precios en el Mercado Spot y los criterios de costo económico que se tienen en cuenta para el despacho de todo el sistema.

En el mercado Spot los agentes dejan de administrar las transacciones comerciales y delegan determinadas facultades en el OED quien, por ejemplo, actúa como mandatario, interviniendo en los procesos de emisión de facturas, liquidaciones y cobranzas por cuenta y orden de los agentes del MEM. Aquéllos aceptan también la aplicación del criterio de proporcionalidad a los efectos del cálculo de las acreencias o las deudas resultantes de las transacciones económicas, dado el carácter de mercado único bajo el cual se desarrolla la comercialización en el MEM⁶¹.

⁵⁹ Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), *“La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente”*, Capítulo 13, “La regulación del sector eléctrico”, Buenos Aires, 1998, pp. 237 y ss.

⁶⁰ Salvo los generadores de propiedad del Estado que tienen prohibido celebrar contratos.

⁶¹ Capítulo 5 de Los Procedimientos.

2.2.2. El OED en la Ley 24.065. Principios que deben observar las normas que regulen el funcionamiento del DNDC

Con la privatización de los servicios eléctricos, el desmembramiento de las actividades eléctricas que antes estaban concentradas básicamente en tres sociedades del Estado (SEGBA, AyE e Hidronor) y la interacción de los nuevos agentes del mercado, se hizo necesaria la creación de un organismo que tuviera a su cargo el despacho y liquidaciones que, hasta ese momento -como se indicó precedentemente-, estaba a cargo de la Gerencia Despacho Nacional de Cargas de AyE.

La organización institucional del mercado mayorista requería de la existencia de una entidad independiente de quienes operaran en él, que centralizara la función de despacho, efectuara la operación del sistema y proveyera información de precios instantáneos.

De tal forma, surgió la necesidad de establecer un organismo regulador en el despacho físico, ya que en el SADI se comparte un sistema de transmisión, por ende, también las reservas de los generadores, y más importante aún, se busca la eficiencia económica mediante el uso de las instalaciones que mayores economías efectúan en el consumo de combustible⁶².

El artículo 35 de la Ley 24.065 estableció los lineamientos del OED que tendría a su cargo el despacho técnico del SADI y que debía constituirse bajo la forma de una sociedad anónima. Se habilitó la participación accionaria de los distintos actores del MEM, sin perjuicio de que el porcentaje de la participación estatal -inicialmente mayoritaria, pero que podría ser reducida por el Poder Ejecutivo hasta el diez por ciento (10 %) del capital social- debía asegurarle al Estado la participación y poder de veto en el directorio.

Las normas a las que se ajusta el OED para el cumplimiento de sus funciones, conforme surge de los artículos 35 y 36 de la Ley 24.065, son determinadas por la Secretaría de Energía de acuerdo a dos principios:

- (i) permitir la ejecución de los contratos libremente pactados entre las partes, entendiendo por tales a los generadores, grandes usuarios y distribuidores -el "Mercado a Término"- ; y
- (ii) despachar la demanda requerida en base al reconocimiento de precios de energía y potencia, que deberán comprometerse explícitamente a aceptar los actores del mercado, para tener derecho a suministrar o recibir electricidad no pactada libremente entre las partes. Para estas transacciones, la Secretaría de Energía dictará una resolución con las normas de despacho económico, que dispondrá que los generadores perciban por la energía vendida una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega que fijará el DNDC, basada en el costo económico del sistema, para cuya estimación

⁶² BASTOS, Carlos M., op. cit., p. 273.

debe tenerse en cuenta el costo que representa para la comunidad la energía no suministrada -el denominado “Mercado Spot”⁶³-.

De acuerdo con el sistema marginalista establecido a partir de lo dispuesto en la Ley 24.065, el precio de la energía en este Mercado Spot se determinó en función del costo de producción de la última máquina que ingresa en el despacho para cubrir la demanda; situación que -como se verá más adelante- sufrió modificaciones en el marco de la emergencia declarada por la Ley 25.561 que afectó la determinación de precios de la energía.

Por otra parte, los distribuidores (demandantes) pagan una tarifa uniforme, estabilizada cada noventa (90) días, medida en los puntos de recepción, que incluirá lo que perciben los generadores -por los conceptos antes señalados- y los costos de transporte entre los puntos de suministro y recepción -el “Precio Estacional”.

En función de ello, la Secretaría de Energía fija periódicamente los Precios Estacionales de la Energía y de la Potencia conforme al análisis realizado por el OED⁶⁴. Para ello, este último eleva a la Secretaría la propuesta de Programación Estacional y la Reprogramación Trimestral del MEM basado en el despacho óptimo que minimice el costo total de operación y para determinar para cada distribuidor los Precios Estacionales que pagará por su compra en el MEM⁶⁵, que es el precio considerado para el traslado a los usuarios finales de los distribuidores (“*pass through*”)⁶⁶.

Como los Precios Estacionales que pagan los distribuidores por sus compras de energía en el Mercado Spot son precios fijos, que permiten el *pass through* y un precio estabilizado para el semestre, y los generadores, por su parte, cobran el precio efectivamente verificado en el mercado mayorista que fluctúa hora por hora, el mecanismo mencionado genera desfasajes temporales⁶⁷.

Para ello, y de acuerdo a lo previsto en el artículo 36 de la Ley 24.065, se creó el Fondo de Estabilización que es un fondo administrado por el OED que se nutre de las diferencias entre el Precio Estacional -cobrado a los distribuidores- y el Precio Spot -pagado a los generadores- por la energía eléctrica comercializada en el Mercado Spot⁶⁸.

El Capítulo 5 de Los Procedimientos establece la estructura y funcionamiento de este Fondo de Estabilización. En el punto 5.7. -Sistema de Estabilización de Precios- se dispone que “...las diferencias que surjan entre los montos a abonar por los deudores, considerando que una parte de ellos, los Distribuidores, lo hace en función de un sistema de precios estacionales, y los montos a

⁶³ La denominación de Mercado Spot surge de normas reglamentarias.

⁶⁴ CAMMESA efectúa proyecciones estimando la posible evolución de precios mediante la utilización de modelos matemáticos (OSCAR y MARGO), que contemplan el estado del parque, las restricciones de transporte, las paradas programadas y proyecciones sobre el estado de los ríos.

⁶⁵ Capítulo 2 de Los Procedimientos.

⁶⁶ Para ampliar sobre este aspecto, BARREIRO, Rubén A., op. cit., pp. 594 y ss.

⁶⁷ En tal sentido, la doctrina sostiene que siendo que los precios estacionales se basan en proyecciones pueden existir diferencias en más o en menos con relación a los precios en el mercado spot, las que deben ser cubiertas de alguna manera, máxime en los casos en que el precio spot -pagado a los productores- es superior al precio estacional pagado por los distribuidores, BARREIRO, Rubén A., op. cit., p. 600.

⁶⁸ BASTOS, Carlos M., op. cit., p. 316.

cobrar por los acreedores, producto de transacciones realizadas a precios spot, serán absorbidos por un sistema de estabilización de precios basado en la existencia de un fondo de depósito transitorio denominado FONDO DE ESTABILIZACIÓN. En este fondo se depositarán los montos que se produzcan aquellos meses en los cuales los resultados derivados de aplicar el sistema de precios estacionales arrojen un saldo positivo respecto de los del Mercado Spot. A su vez, aquellos meses en los cuales los resultados se den a la inversa, este fondo proveerá los recursos financieros necesarios para completar el monto acreedor de los vendedores. Este Fondo de Estabilización no será utilizable para compensar incumplimientos de pagos. De ocurrir que los recursos financieros disponibles en el Fondo de Estabilización no sean suficientes para completar el monto acreedor en algún mes, el OED gestionará ante la SEE la asistencia financiera necesaria. A estos fines, la SEE dispondrá la concesión de un crédito automático retornable y sin interés utilizando recursos del Fondo Unificado. El OED incorporará en el documento de Transacciones Económicas, el resultado mensual del Fondo de Estabilización y su evolución. La Secretaría de Energía Eléctrica indicará el criterio con que en la programación estacional se considerarán los saldos acumulados por dicho Fondo”.

El Fondo Unificado está previsto en el artículo 37 de la Ley 24.065, donde se dispone respecto de los fondos que lo nutren y su destino, entre otros, el de estabilizar los precios que pagan los distribuidores. El mencionado artículo 37 establece que *“Las empresas de generación y transporte de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional tendrán derecho a recuperar solamente sus costos operativos y de mantenimiento totales que les permitan mantener la calidad, continuidad y seguridad del servicio, cuyo concepto y metodología de determinación serán establecidos por la Secretaría de Energía. Los excedentes resultantes de la diferencia entre dicho valor y el precio de venta de la energía generada conforme al artículo precedente, así como los que resulten entre este último y el precio de venta de la energía generada por los entes binacionales conforme sus respectivos convenios, o resultantes de interconexiones internacionales, integrarán un fondo unificado, cuyo presupuesto será aprobado anualmente por el Congreso de la Nación y será administrado por la Secretaría de Energía, la que deberá atender con el mismo los compromisos emergentes de deudas contraídas hasta el presente y las inversiones en las obras que se encuentren en ejecución a la fecha de vigencia de esta ley que determine la Secretaría de Energía. El fondo unificado se destinará también para estabilizar, por el período que se determine, los precios que pagarán los distribuidores, conforme el artículo 36 de esta ley. La citada secretaría podrá dividir en cuentas independientes los recursos del Fondo, conforme su origen y destino, pudiendo establecer un sistema de préstamos reintegrables entre las misma”.*

En definitiva, el Fondo de Estabilización se trata de un fondo administrado por el OED, que se integra con las diferencias que pudieran surgir entre el Precio Estacional y el Precio Spot y que, en caso de déficit, puede recurrir a transferencias del Estado Nacional desde el Fondo Unificado, en concepto de crédito automático retornable⁶⁹.

⁶⁹ Capítulo 5.7 de Los Procedimientos.

La financiación de este mecanismo de estabilización a través del Fondo Unificado se planteó inicialmente como transitoria, dada la vigencia temporaria de este último. Como se verá, a lo largo del tiempo ese mecanismo continuó siendo aplicado y el Estado Nacional efectuó transferencias de recursos con destino al Fondo de Estabilización a partir de préstamos a través del Fondo Unificado, para el sostenimiento del Fondo de Estabilización y para cubrir otros gastos del MEM.

CAPÍTULO II. El ámbito de actuación de CAMMESA.

1. El Decreto 1192/92. Creación de CAMMESA. Funciones

En el sector eléctrico argentino, las funciones de despacho y de administración de transacciones económicas son cumplidas por un mismo ente. De esta forma CAMMESA tiene a su cargo la coordinación de las operaciones de despacho, la responsabilidad por el establecimiento de los precios mayoristas y la administración de las transacciones económicas que se realizan en el SADI.

Las funciones del OED fueron asignadas a la COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELÉCTRICO SOCIEDAD ANÓNIMA (CAMMESA), constituida a partir del Decreto 1192/1992⁷⁰ (art. 1), siendo una sociedad que se rige por las normas de las sociedades anónimas previstas en la Ley General de Sociedades 19.550⁷¹ -con excepción de lo expresamente modificado por ese decreto y/o por los estatutos- (art. 3), y como una entidad sin fines de lucro (conf. art. 12⁷²). Constituye un ente que cumple funciones de interés público (conf. considerando segundo) y las actividades que hacen al cumplimiento de su objeto social fueron calificadas de interés nacional, indispensables para la libre circulación de energía eléctrica (art. 13).

Por ese mismo acto se aprobaron los Estatutos Sociales de CAMMESA (art. 2) y se estableció la composición accionaria de la sociedad, en la que el Estado Nacional tiene el veinte por ciento (20%) del capital accionario, representado en acciones Clase A, y en la que los actores del MEM tienen, cada uno, a través de las asociaciones en las que participan, un veinte por ciento (20%) del capital accionario, de la siguiente forma: (i) Asociación de Generadores de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGEERA), totalidad de las acciones Clase B; (ii) Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina (ADEERA), totalidad de las acciones Clase C, (iii) Asociación de Transportistas de Energía Eléctrica de la República Argentina (ATEERA), totalidad de las acciones Clase D, (iv) Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA), totalidad de las acciones Clase E (art. 3). A esos fines se autorizó la constitución de las Asociaciones Civiles mencionadas (art. 4)⁷³ por cuyo intermedio los actores

⁷⁰ BO 21/07/1992.

⁷¹ Art. 3 y Sección V, 163 a 307 y concordantes. En igual sentido, art. 1 del Estatuto Social.

⁷² Así lo indica también el considerando tercero. Asimismo, arts. 3 y 15 del Estatuto Social. Se deja expresamente establecido que en ningún caso se distribuirán dividendos (art. 15).

⁷³ Asimismo, art. 5 del Estatuto Social.

del MEM acceden al debido control y participación en el funcionamiento de CAMMESA⁷⁴, y se aprobaron los respectivos Estatutos Sociales (art. 5).

El objeto social de CAMMESA, de acuerdo con el artículo 3 de su Estatuto Social -conforme sus sucesivas modificaciones-, es el despacho técnico del SADI de acuerdo a lo previsto por la Ley 24.065 y sus normas complementarias y reglamentarias. A esos fines tiene a su cargo: (a) determinar el despacho técnico y económico del SADI propendiendo a maximizar la seguridad del sistema y la calidad de los suministros y a minimizar los precios mayoristas en el mercado horario de energía ("Mercado Spot"); (b) planificar las necesidades de potencia y optimizar su aplicación conforme reglas que fije de tiempo en tiempo la Secretaría de Energía; (c) supervisar el funcionamiento del mercado a término y administrar el despacho técnico de los contratos que se celebren en dicho mercado.

A su vez, CAMMESA podrá actuar como mandatario de los actores del MEM y/o cumplir las comisiones que aquellos le encomienden en lo relativo a la colocación de la potencia y energía; satisfacción de las curvas de cargas a los distribuidores y organización y conducción del uso de las instalaciones de transporte en el Mercado Spot; las gestiones de cobro y/o pago y/o acreditaciones de las transacciones que se celebren entre los diversos actores del MEM, incluyendo aquellas operaciones en las que la Sociedad actúe en nombre propio. A esos fines la Sociedad podrá actuar como agente de comercialización de la energía y potencia proveniente de importaciones y de emprendimientos binacionales, realizará el cálculo de las transacciones económicas y producirá la información necesaria para la facturación respectiva de los actos y operaciones que se realicen en el Mercado Spot del MEM.

Particularmente se prevé dentro de su objeto social *“Actuar como mandatario del Estado Nacional como consecuencia de situaciones que pudieren generar riesgos de desabastecimiento y afectar la seguridad y la calidad habituales del sistema eléctrico. Tal actuación sólo podrá ser aceptada siempre que se reúnan en forma simultánea los tres requisitos establecidos y en la medida que tenga la transitoriedad necesaria para superar situaciones excepcionales que le dieron origen y no implique asumir la generación, el transporte o la distribución de energía eléctrica. En ningún caso el ejercicio del mandato podrá comprometer patrimonialmente a la Sociedad.”*.

Por último, CAMMESA está facultada para la compra y venta de energía eléctrica desde o al exterior, realizando operaciones de importación/exportación, así como la generada por entes binacionales; y para prestar servicios relacionados con las actividades que desarrolla, y de consultoría en las áreas antes mencionadas.

Para el cumplimiento de su objeto social, CAMMESA podrá realizar todos los actos y celebrar todos los contratos que sean correspondientes cuidando en todo momento de propender a garantizar la transparencia y equidad de las decisiones que afecten al MEM, permitiendo y facilitando la ejecución de los contratos libremente pactados entre las partes en el Mercado a

⁷⁴ Conf. considerando cuatro.

Término y despachando la demanda de potencia y energía requerida en base al reconocimiento de precios de energía y potencia que se establezcan conforme la normativa aplicable.

En ese marco, se ha señalado la amplitud de actividades que cumple CAMMESA, atendiendo a su objeto, desarrollándolas a través de la expresión de principios que calan profundo en la filosofía del proceso de transformación del sector eléctrico⁷⁵.

El directorio de CAMMESA se integra con diez directores titulares designados de la siguiente manera: dos por cada clase de accionistas B, C, D y E; el director titular de la clase A designado por el Estado Nacional es el titular de la Secretaría de Energía quien a su vez podrá designar para el ejercicio en el cargo al Subsecretario de Energía Eléctrica y presidente del directorio y, el décimo director, que es el vicepresidente, es designado por la asamblea general de accionistas, con el voto necesario del accionista de la clase A y el voto favorable de por lo menos tres (3) de las restantes clases de acciones. En caso de ausencia del presidente en las reuniones del directorio, es reemplazado por el director suplente que designa el Estado Nacional, quien puede designar hasta dos suplentes (art. 9 del Estatuto Social)

Para que haya quórum en el Directorio se requiere de la mayoría de sus miembros y, como condición adicional, la presencia del presidente o de uno de los directores suplentes designados por la clase A (art. 9 del Estatuto Social). Las resoluciones en el Directorio se adoptan por mayoría de votos de los directores presentes, siempre y cuando la mayoría incluya el voto del presidente o del director suplente de la clase A que lo reemplace. En caso de empate se asigna doble voto al presidente o el director suplente de la clase A que lo reemplace (art. 10 del Estatuto Social).

En cuanto al régimen de mayorías en las asambleas extraordinarias, las resoluciones se adoptan por mayoría absoluta de los votos presentes, siempre y cuando tal mayoría incluya el voto favorable de la totalidad de las acciones Clase A. Para el tratamiento de determinados temas (transformación, prórroga o reconducción, disolución anticipada de la sociedad, cambio fundamental del objeto o la reintegración total o parcial del capital, fusión y la escisión -salvo cuando la sociedad sea la incorporante- en donde se requiere el voto favorable del sesenta por ciento (60%) de las acciones con derecho a voto, también se exige que esa mayoría incluya el voto favorable de la totalidad de las acciones Clase A (art. 14 del Estatuto Social).

Respecto de la normativa aplicable a CAMMESA se excluyeron expresamente las leyes de obras públicas, de contabilidad, de procedimientos administrativos y sus normas complementarias, y la legislación y normativa administrativa aplicable a las empresas en que el Estado tenga participación. Paralelamente se dispuso la aplicación de las normas y principios del derecho privado para los procedimientos de contratación de CAMMESA -asegurando su transparencia, competencia y publicidad-, con exclusión de toda norma propia del derecho administrativo o prerrogativa de derecho público (art. 8).

⁷⁵ BARREIRO, Rubén A., op. cit., p. 586.

Su funcionamiento se financia a través de los fondos que aportan los usuarios del MEM, que pueden representar hasta el 0,85% del importe de las ventas totales en el MEM que se efectúen en cada período estacional por tal concepto⁷⁶.

2. CAMMESA a partir del año 2002

2.1. La desadaptación del MEM. Medidas adoptadas a partir de la emergencia declarada por la Ley 25.561

En el año 2002, la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria declarada por la Ley 25.561⁷⁷ y las medidas dictadas en consecuencia implicaron la salida del régimen de convertibilidad, con fuerte afectación de la actividad económica en general.

En materia de contratos públicos, entre ellos, los de servicios públicos, la mencionada Ley 25.561 supuso la pesificación de las tarifas, la eliminación de las cláusulas de ajuste en dólar de las tarifas y cualquier otro mecanismo indexatorio, la prohibición de los concesionarios de suspender o alterar el cumplimiento de los servicios a su cargo y el inicio de un proceso de renegociación de los contratos, estableciendo ciertas pautas que debían observarse a esos efectos⁷⁸.

Las medidas dispuestas a partir de la Ley 25.561 y las circunstancias suscitadas con motivo de ella -entre otras, la pesificación tarifaria y la prohibición de los ajustes previstos- contractualmente, también impactaron en el MEM. A partir de 2002 la Secretaría de Energía introdujo modificaciones a Los Procedimientos y emitió distintas resoluciones destinadas a reglar la operatoria en el MEM⁷⁹, y desde 2004 dictó normas con el objeto de regular la asignación de gas inyectado cuando éste resultara insuficiente para abastecer la demanda interna.

De esta forma, la Secretaría de Energía dispuso la pesificación de los conceptos económicos previstos en Los Procedimientos (la remuneración por potencia), la imposición de límites a la declaración de los Costos Variables de Producción (CVP), el congelamiento de los Precios Estacionales y la implementación de un Programa de Uso Racional de la Energía, entre otros⁸⁰.

Teniendo en cuenta el estado del sistema de transporte, se implementó también un procedimiento transitorio de identificación y gestión de ampliaciones que permitieran adecuar la operación de los Sistemas de Transporte en Alta Tensión y por Distribución Troncal a las normas de los respectivos Reglamentos -que fueron modificados-, como a su vez las destinadas a la mejora de la seguridad de abastecimiento con el objeto de paliar el riesgo de suministro a la demanda en

⁷⁶ Punto 2.9, reembolso de gastos del OED, de Los Procedimientos.

⁷⁷ BO 07/01/2002.

⁷⁸ Arts. 8 a 10 de la Ley 25.561.

⁷⁹ Resoluciones SE 2/2002, 8/2002, 126/2002, 1/2003 para los Períodos Estacionales de Invierno 2002, Verano 2002-2003 e Invierno de 2003.

⁸⁰ Conf. DURAND, Julio C., "El Marco regulatorio eléctrico en la emergencia", El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, 28 de febrero de 2005, Tomo 2005.

zonas críticas durante la emergencia lo que implicó, ante la falta coyuntural de financiamiento, distribuir los costos de inversión, operación y mantenimiento de esas ampliaciones⁸¹.

A mediados de 2003, con invocación de la anormal situación generada en los inconvenientes en el abastecimiento de gas natural a centrales de generación eléctrica, y por considerar por ello agravada la desadaptación de los precios y del funcionamiento del MEM, la Secretaría de Energía instruyó al OED a fijar transitoriamente los precios en el MEM y en el MEMSP⁸², conforme a una nueva metodología fijada por la Resolución 240/2003⁸³ que consideraba los CVP para la utilización de gas natural -excluyendo a las centrales hidroeléctricas-, y las diferencias entre el valor de los CVP reconocidos y el correspondiente precio de nodo, se incluían en la "Subcuenta de Sobrecostos Transitorios de Despacho" del Fondo de Estabilización. Las centrales hidroeléctricas tenían como remuneración de su energía entregada al Mercado Spot, el precio de nodo respectivo sin acumular las diferencias entre el valor de agua y el precio de nodo correspondiente en la referida Subcuenta. El OED despachaba primero la generación disponible cualquiera resultara su costo antes de aplicar restricciones en la demanda, y en el caso de resultar necesario aplicar estas últimas, el Precio Spot máximo se fijó en 120\$/MWh⁸⁴.

A partir de allí se abandonó la teoría marginalista de fijación de precios, pagando el Precio Spot sancionado a los generadores que declararan su CVP por debajo de ese precio máximo, mientras que a los que declararan por encima, se les reconocía ese CVP pagando dicho sobrecosto -Sobrecosto Transitorio de Despacho (SCTD)- del fondo.

En el contexto de la emergencia, la falta de sanción por parte de la Secretaría de Energía de un Precio Estacional que fuera acorde con el Precio Spot -con la consecuente imposibilidad de satisfacer la totalidad de las acreencias de los agentes del MEM con los recursos recaudados por facturación a la demanda eléctrica- generó, también a partir de mediados de 2003, que el Fondo de Estabilización entrara en déficit.

En función de ello, la Secretaría de Energía dictó la Resolución 406/2003⁸⁵, por la que se estableció un mecanismo transitorio para la asignación de los recursos escasos e insuficientes para afrontar las acreencias de los agentes del MEM privilegiando el pago de los costos aceptados a los generadores, con el invocado objeto de preservar el abastecimiento de las demandas no respaldadas por contratos en el Mercado a Término. Se autorizó la utilización de recursos del Fondo Unificado para pagar las transacciones mensuales mientras existieran faltantes para hacer frente al pago de las obligaciones con los acreedores del MEM⁸⁶, y se dispuso un orden de prioridad para

⁸¹ Resolución SE 1/2003 y 106/2003. A esos fines se creó un Fondo Fiduciario -"Fondo Fiduciario Obras Resolución Secretaría de Energía N° 1/2003"- como medio vinculante entre la Cuenta y Subcuentas de Excedentes y los Agentes Transportistas designados como "Contratistas", o aquéllos que resultaran adjudicatarios en el procedimiento pertinente.

⁸² Mercado eléctrico mayorista del sistema patagónico.

⁸³ BO 19/08/2003.

⁸⁴ Aumentado a 480\$/MWh a partir del 01/11/2018, conf. Resolución 97/2018 de la Ss. de Energía Eléctrica.

⁸⁵ BO 09/09/2003; y su aclaratoria la Resolución SE 943/2003.

⁸⁶ Conf. art. 2.

realizar los pagos. Como consecuencia de ello, los agentes acreedores del MEM acumularon acreencias documentadas con Liquidaciones de Venta con Fecha de Vencimiento a Definir (LVFVD⁸⁷).

Para mitigar las referidas acreencias documentadas con LVFVD con los agentes acreedores del MEM, así como para facilitar el pago de gastos del MEM producto de la desadaptación, el Estado Nacional efectuó sucesivas transferencias de recursos con destino al Fondo de Estabilización del MEM a partir de préstamos reintegrables con el Fondo Unificado⁸⁸.

Otras medidas adoptadas para evitar aumentos en los costos mayoristas de generación, así como para procurar combustibles, fueron la compra de energía eléctrica a Brasil⁸⁹ y de fuel oil a Venezuela⁹⁰; las restricciones a la exportación de gas⁹¹, la importación de gas de Bolivia y la suscripción de acuerdos de precios con los productores de gas⁹².

Para asegurar el abastecimiento del mercado interno, se estableció un Programa Complementario de Abastecimiento al Mercado Interno que contempló entre sus prioridades a las centrales de generación térmica, por hasta los volúmenes necesarios para evitar la interrupción del servicio público de electricidad⁹³; y se habilitó posteriormente un sistema para que, a través del Mercado Electrónico de Gas (MEG), pudiera demandarse gas en los Puntos de Ingreso al Sistema de Transporte de Gas Natural (PIST) registrando su disposición a contratar gas a término utilizando para ello un mecanismo de Ofertas Irrevocables Estandarizadas⁹⁴.

Teniendo en consideración la insostenibilidad en el tiempo del cubrimiento de los costos del MEM con aportes de fondos públicos con destino final al Fondo de Estabilización, y que la operatoria de generación de energía eléctrica con combustibles líquidos ponía en riesgo el abastecimiento de la demanda de energía eléctrica al no contarse con los fondos suficientes para afrontar erogaciones en combustibles alternativos al gas natural, se instruyó al OED a realizar la programación y el

⁸⁷ Estas acreencias consolidadas no constituían una deuda líquida y exigible, y devengarían una tasa de interés equivalente al rendimiento medio mensual obtenido por CAMMESA en sus colocaciones financieras hasta la cancelación de los saldos impagos correspondientes (art. 3, Resol. SE 406/2003).

⁸⁸ Decretos 1181/2003, 365/2004, 512/2004, 917/2004, 962/2004, 1672/2004, 1466/ 2005, 311/2006, Leyes 26.078, 26.198. No obstante ello, mediante la Ley 26.422 (Presupuesto 2009) se consideraron como aportes no reintegrables los préstamos efectuados mediante los actos antes citados (art. 18), y se dispuso el otorgamiento de aportes no reintegrables del Tesoro Nacional al Fondo Unificado con destino al pago de las obligaciones exigibles de dicho Fondo para el cumplimiento de sus funciones específicas y al sostenimiento sin distorsiones del sistema de estabilización de precios en el MEM mediante el auxilio financiero al Fondo de Estabilización (art. 19).

⁸⁹ Resolución SE 434/2004.

⁹⁰ Resoluciones MPFIPyS.183/2004, SE 389/2004 y complementarias.

⁹¹ Resoluciones SE 265/2004, 659/2004, 1681/2004.

⁹² A partir de lo dispuesto en el Decreto 181/2004, mediante acuerdos aprobados por la Resolución MINPLAN 208/2004, Resoluciones SE 599/2007 y 1070/2008. Con posterioridad esos precios fueron determinados por el Estado, a partir de la Resolución SE 226/2014.

⁹³ Resolución SE 659/2004. Esta resolución sustituyó el Programa de Racionalización de Exportaciones de Gas y del Uso de la Capacidad de Transporte establecido por la Disposición 27/2004 de la Ss. de Combustibles.

⁹⁴ Resolución SE 752/2005. Complementando esto, por la Resolución SE 925/2005 se habilitó a los Agentes Generadores del MEM a realizar Ofertas Irrevocables, adaptadas a las condiciones del despacho eléctrico y de la disponibilidad de transporte y distribución de gas históricas, para el equipamiento de generación a abastecer con ese combustible, destinadas a reemplazar el gas solicitado a través del mecanismo previsto en la Resolución SE 659/2004.

despacho económico del SADI utilizando exclusivamente como combustible el gas natural, habilitándolo a utilizar combustibles líquidos y/o carbón mineral exclusivamente ante situaciones que pusieran en riesgo de abastecimiento de la referida demanda⁹⁵.

En ese marco también, ante la necesidad de aumentar la oferta de generación en un contexto en que, dada la situación del MEM, no era esperable la concurrencia de capitales de riesgo que realizaran esas inversiones para la readaptación del MEM, mediante la Resolución 712/2004⁹⁶ la Secretaría de Energía instrumentó un procedimiento para financiar y gestionar esas inversiones, mediante el cual los acreedores del MEM invirtieran parte de sus acreencias (LVFVD) a partir de la creación de un fondo el "Fondo para inversiones necesarias que permitan incrementar la oferta de energía eléctrica en el MEM" (FONINVEMEM), que sería administrado por el OED.

La participación de los agentes acreedores del MEM se concretó a partir de la suscripción de un Acta de Adhesión para la Readaptación del Mercado Eléctrico Mayorista⁹⁷ y del Acuerdo Definitivo suscripto entre los generadores y la Secretaría de Energía, *ad referendum* del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios⁹⁸.

En el Acta de Adhesión antes referida, se dispusieron los compromisos de precios y regulatorios asumidos por la Secretaría de Energía orientados a lograr la recomposición gradual de precios hacia 2007, volviendo paulatinamente a los criterios económicos de la Ley 24.065.

Las medidas antes referidas adoptadas en el ámbito de la regulación de detalle, de vigencia transitoria y dictadas para permitir una rápida readaptación del sector de generación en el contexto de la emergencia, sin alterar las bases fundamentales de la regulación, llevó sin embargo a cuestionar, en virtud de los efectos de las modificaciones operadas, la vigencia del principio contenido en el artículo 36 de la Ley 24.065 según el cual las transacciones en el MEM deben realizarse a cambio de una tarifa uniforme, basada en el costo económico del sistema⁹⁹.

Por otra parte, para impulsar nueva oferta de generación, se implementó el programa Energía Plus¹⁰⁰ mediante el cual se estableció que los grandes usuarios con potencias mayores o iguales a 300 KW debían satisfacer sus mayores demandas mediante generación propia o mediante la firma de contratos a término con nuevos generadores. Estos contratos contarían con una remuneración mensual calculada considerando el precio monómico avalado por el OED en función

⁹⁵ Resoluciones 839/2004 (septiembre de 2004 y abril de 2005), 1198/2005 y 2022/2005 (hasta el 31/3/2006).

⁹⁶ BO 15/07/2004.

⁹⁷ Resolución SE 1427/2004. Se convocó a invertir las LVFVD por el período comprendido entre enero de 2004 y diciembre de 2006. Ello se implementó a partir de lo dispuesto en Resoluciones SE 826/2004, 833/2004, 936/2004, 948/2004, 956/2004, 971/2004, 1097/2004, 1225/2004, 1416/2004.

⁹⁸ Resolución SE 1193/2005. Asimismo, ver Resoluciones SE 03/2005 16/2005, 49/05, 622/2005, 663/05, 751/05, 771/2005, 1193/2005, 1371/2005 1866/05, 1868/05, 2019/05, 171/06, 229/06 y 1456/06; y Resolución MINPLAN 1506/2006, SE 564/2007, 3/2011, 95/13 y 529/14.

⁹⁹ DURAND, Julio C., op. cit.

¹⁰⁰ Resolución SE 1281/2006.

a la aprobación de sus costos, y el margen de utilidad definido por la Secretaría de Energía, *ad referendum* del Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

2.2. El nuevo rol de CAMMESA

En el contexto antes descrito, a partir de la emergencia declarada por la Ley 25.561, la Secretaría de Energía adoptó decisiones regulatorias de invocado carácter transitorio en cuyo marco impartió instrucciones a CAMMESA que involucraron tanto a agentes y participantes del MEM como a terceros ajenos al MEM, y que afectaron fondos propios del MEM y fondos aportados por el Fondo Unificado para el sostenimiento del Fondo de Estabilización. Esas instrucciones, junto con otros actos emitidos por la Secretaría de Energía, implicaron que CAMMESA fuera adquiriendo funciones más amplias que las previstas en el marco regulatorio y en su acto de creación.

Seguidamente, se detallan someramente las distintas funciones adquiridas por CAMMESA.

2.2.1. Situación a partir del 2002

En el marco de la emergencia declarada por la Ley 25.561, la Secretaría de Energía habilitó a CAMMESA a utilizar fondos del Fondo de Estabilización para otorgar préstamos, así como para financiar la compra de combustibles.

En ese sentido, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución SE 146/2002, CAMMESA implementó un régimen de financiamiento anticipado de mantenimientos mayores o extraordinarios para equipos de generación y/o transporte de energía eléctrica. La referida resolución habilitó al OED para aplicar, cuando el Fondo de Estabilización no contara con disponibilidad, los recursos disponibles y no comprometidos de la Subcuenta de Excedentes por Restricciones a la Capacidad de Transporte correspondiente al corredor al cual estuviera vinculado el equipamiento para el cual se solicitara la financiación anticipada. La asignación se consideró realizada en calidad de préstamo con cargo de devolución al Fondo de Estabilización. Asimismo, en caso de no haber excedentes disponibles en la Subcuenta del corredor correspondiente, se autorizó al OED a utilizar fondos provenientes de la Cuenta de Excedentes por Restricciones a la Capacidad de Transporte o, en su defecto, a asignar al conjunto de todas las Subcuentas el soporte de la erogación requerida al Fondo de Estabilización, siempre que existieran recursos disponibles¹⁰¹.

Por otra parte, CAMMESA comenzó a financiar y adquirir combustibles para la operación de las centrales térmicas. A esos fines, se estableció un esquema de prefinanciación de combustibles líquidos a partir de anticipos de fondos por CAMMESA, utilizando a tal efecto los recursos disponibles en el Fondo de Estabilización¹⁰² y las sumas no comprometidas de las transferencias realizadas en carácter de préstamo del Fondo Unificado con destino al Fondo de Estabilización¹⁰³. Asimismo, se instruyó a CAMMESA a suscribir, por cuenta y orden del Estado Nacional, los

¹⁰¹ Resolución SE 105/2004.

¹⁰² Resolución SE 189/2002.

¹⁰³ Resolución SE 436/2004.

documentos pertinentes con Empresa Estatal Petróleos de Venezuela SA (PDVSA) para el suministro de fuel oil y gas oil, indicando que la Secretaría instruiría al OED el origen de los fondos y las sumas asignables a cubrir los compromisos asumidos¹⁰⁴.

En orden a la estabilización de precios y readaptación del MEM se constituyó un fondo con el objeto de atender a la contratación de transporte firme de gas natural y adquisición de gas natural, ambos con destino a la generación de energía eléctrica, que operara como una subcuenta del Fondo de Estabilización bajo administración de CAMMESA pudiendo a su vez integrarse con otros recursos¹⁰⁵; y se instruyó a CAMMESA para actuar por cuenta y orden del Estado Nacional en la contratación de capacidad de transporte firme y adquisición de gas natural con destino a la generación de energía eléctrica y/o reventas de excedentes¹⁰⁶. CAMMESA también efectuó Ofertas Irrevocables Estandarizadas para la compra de gas natural en el Puntos de Ingreso al Sistema de Transporte de gas natural (PIST), por cuenta y orden del Estado Nacional¹⁰⁷, destinadas a complementar las compras de gas a término que realizaran los agentes generadores del MEM. En este último caso, se invocó la facultad de CAMMESA de actuar como mandatario del Estado Nacional ante situaciones que pudieran generar riesgos de desabastecimiento y afectar la seguridad y la calidad habitual del sistema eléctrico, limitando su accionar a la superación de las situaciones excepcionales que le dieron origen.

Como se indicó en el apartado precedente, se creó el FONINVEMEM cuya administración fue asignada a CAMMESA. En ese marco se conformaron los fideicomisos Central Termoeléctrica Belgrano y Central Termoeléctrica Timbúes, destinados a administrar, cada uno de ellos, el cincuenta por ciento (50%) de los recursos acumulados en el FONINVEMEM y de los restantes fondos destinados al financiamiento de las respectivas centrales. En esos contratos, CAMMESA actuaba como fiduciante y la Secretaría de Energía como autoridad regulatoria. Los contratos de fideicomiso tenían entre sus beneficiarios -entre otros- a los titulares de Certificados de Participación, que era CAMMESA, definida como beneficiaria de los créditos originados en los aportes de fondos provenientes del cargo tarifario¹⁰⁸ -que complementó los aportes de capital realizados por los agentes acreedores del MEM y/u otros inversores privados-, los que serían documentados con Certificados de Participación. Estos certificados otorgaban derecho al Estado Nacional a tener participación accionaria en las sociedades que serían las destinatarias de las

¹⁰⁴ Resoluciones MINPLAN 183/2004, SE 389/2004 y SE 502/2004. Todo ello, en el marco del Convenio Integral de Cooperación entre la República Argentina y la República Bolivariana de Venezuela suscripto el 06/04/2004 para la provisión de fuel oil y gas oil destinados a la generación de energía eléctrica en centrales térmicas de la República Argentina, tratándose de un recurso de última instancia.

¹⁰⁵ Resoluciones SE 950/2004. Entre esos otros recursos se habilitaron aportes a realizarse a través del Fondo Unificado, conf. Resolución SE 2022/2005, hasta la sustitución dispuesta por la Resolución SE 1434/2006.

¹⁰⁶ Art. 5 de la Resolución SE 950/2004, derogado por la Resolución SE 2022/2005.

¹⁰⁷ Resolución SE 1810/2005, en los términos establecidos en la Resolución SE 925/2005, por los volúmenes que indique la SE, cuyo objeto es reemplazar el gas solicitado a través del mecanismo previsto en la Resolución SE 659/2004 -Programa complementario de abastecimiento al mercado interno de gas natural, de aplicación mientras la inyección de gas natural por Cuenca sea inferior a la demanda de -entre otros supuestos- las centrales de generación térmica, que resulte necesaria para evitar la interrupción del servicio público de electricidad-.

¹⁰⁸ Establecidos por Resolución SE 1866/2005.

centrales, una vez finalizados los Contratos de Abastecimiento. Estos últimos fueron suscritos ente el Fiduciario (en representación del Fideicomiso) y CAMMESA, como parte compradora.

2.2.2. Las instrucciones a CAMMESA a partir de la Resolución 2022/2005 de la Secretaría de Energía

En 2005, con el objeto de precisar los alcances de las instrucciones que la Secretaría de Energía impartía a CAMMESA, que involucraban a Agentes y Participantes del MEM y a terceros ajenos al MEM y que afectaban recursos diversos, esa Secretaría dictó la Resolución 2022/2005¹⁰⁹ mediante la cual se definen los distintos tipos de instrucciones, a saber, "Instrucción Regulatoria", "Mandato Regulatorio" e "Instrucción por Cuenta y Orden".

La Instrucción Regulatoria es definida como *"toda instrucción impartida por la SECRETARIA DE ENERGIA a la COMPAÑIA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELECTRICO SOCIEDAD ANONIMA (CAMMESA), que afecte exclusivamente las relaciones entre los Agentes y/o Participantes del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM)"* (art. 1).

Por Mandato Regulatorio, también referido como instrucción "POR MANDATO REGULADORIO DE LA SECRETARIA DE ENERGIA – Artículo 35 de la Ley 24.065", se entiende *"toda instrucción impartida por la SECRETARIA DE ENERGIA a la COMPAÑIA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELECTRICO SOCIEDAD ANONIMA (CAMMESA), que afecte las relaciones entre los Agentes y/o Participantes del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM) con terceros ajenos a dicho mercado, y que comprometa exclusivamente fondos creados en el ámbito del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM), administrados por COMPAÑIA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELECTRICO SOCIEDAD ANONIMA (CAMMESA)"* (art. 2).

Por último, por Instrucción Por Cuenta y Orden se entiende *"toda instrucción impartida por la SECRETARIA DE ENERGIA a la COMPAÑIA ADMINISTRADORA DEL MERCADO MAYORISTA ELECTRICO SOCIEDAD ANONIMA (CAMMESA), que afecte las relaciones entre los Agentes y/o Participantes del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM) con terceros ajenos a dicho mercado, y que comprometa, además de los fondos creados en el ámbito del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM), fondos específicos destinados a financiar y/o garantizar las operaciones que se deriven de la instrucción impartida, aportados por el FONDO UNIFICADO con destino al FONDO DE ESTABILIZACION del MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM)"* (art. 3).

En los considerandos de la Resolución SE 2022/2005 se indica que la Secretaría de Energía dispone de competencias para emitir las referidas instrucciones a CAMMESA observándose lo previsto en los artículos 35 a 37 de la Ley 24.065. Cabe recordar -como se indicó en el Capítulo 1, apartado 2.2.2.- que el artículo 36 atribuye competencias a la referida Secretaría para dictar las normas de despacho económico que deberá aplicar el DNDC para las transacciones de energía y

¹⁰⁹ BO 28/12/2005.

potencia contempladas en el artículo 35 de esa ley, y el artículo 37 determina la creación e integración del Fondo Unificado, disponiendo que su administración estará a cargo de la Secretaría de Energía.

En el marco de Instrucciones Regulatorias impartidas por la Secretaría de Energía en los términos del artículo 1 de la Resolución SE 2022/2005, CAMMESA suscribió distintos Contratos de Abastecimiento MEM con generadores de energía eléctrica, en los que la mencionada sociedad actúa como comprador y en representación del MEM en su conjunto¹¹⁰ o -más recientemente- de los agentes distribuidores y grandes usuarios del MEM¹¹¹.

En ese sentido cabe mencionar los contratos celebrados por CAMMESA con las ofertas de disponibilidad de generación y energía asociada adicionales, presentadas por los agentes generadores, cogeneradores o autogeneradores que no fueran agentes del MEM, o que no contaran con las instalaciones de generación a comprometer en esas ofertas habilitadas comercialmente, o que no estuvieran interconectados al MEM¹¹²; así como los contratos suscritos con ENARSA¹¹³, los suscritos con las ofertas de disponibilidad de generación y energía asociada a partir de fuentes renovables con el objeto de satisfacer los requerimientos de demanda que se comercializaran en el Mercado Spot del MEM a Precio Estacional¹¹⁴, y los contratos de abastecimiento de energía eléctrica aplicados a los Complejos Hidroeléctricos incorporados al Programa Nacional de Obras Hidroeléctricas¹¹⁵.

Por otra parte, CAMMESA adquirió combustible para el abastecimiento a centrales de generación de energía eléctrica, por Instrucción por Cuenta y Orden en los términos del artículo 3 de la Resolución SE 2022/2005. A esos fines, por ejemplo, esa Compañía Administradora desarrolló la licitación pública para la adquisición de fuel oil, tras lo cual suscribió los documentos comerciales correspondientes, una vez aprobados por la Secretaría de Energía¹¹⁶, contrató el suministro de fuel oil con PDVESA¹¹⁷ e importó gasoil para generación eléctrica. También suscribió contratos de suministro de gas para ser utilizado en las centrales de generación de energía eléctrica del MEM¹¹⁸

Asimismo, la propia Resolución SE 2022/2005 instruyó a CAMMESA a realizar por cuenta y orden del Fondo Unificado, Ofertas Irrevocables Estandarizadas¹¹⁹ para la compra de gas natural

¹¹⁰ Resoluciones SE 220/2007, 108/2011.

¹¹¹ Resoluciones MEYM 136/2016, 252/2016 y 275/2017, Resoluciones SGE 100/2018 y 90/2019.

¹¹² Resolución SE 220/2007 y su extensión dispuesta por la Resolución SE 200/2009 a los agentes del MEM que sean objeto de participación estatal mayoritaria o que sean empresas controladas por el Estado Nacional. Asimismo, los contratos bajo la Resolución SE 220/2007 de generadores que desarrollan la actividad de Generación de Energía Eléctrica Distribuida (GEED), conf. Resolución SE 1049/2012.

¹¹³ Resoluciones SE 1836/2007 (Generación Distribuida), 712/2009 (energía eléctrica de origen renovable - GENREN-), 144/2014.

¹¹⁴ Resolución SE 108/2011.

¹¹⁵ Resoluciones SE 762/2009 (Programa Nacional Grandes Obras Hidroeléctricas"), 932/2011.

¹¹⁶ Resolución SE 669/2006.

¹¹⁷ Resolución SE 1344/2006. Con posterioridad se firmó Contrato de Refinanciamiento entre CAMMESA, ENARSA y PDVSA (Decreto 1839/2010).

¹¹⁸ Recientemente, por ejemplo, Resolución SE 317/2020.

¹¹⁹ En los términos de las Resoluciones SE 925/2005 para reemplazar el gas solicitado mediante los mecanismos previstos en la Resolución SE 659/2004. A esos fines, sustituye el art. 2 de la Resolución SE 1810/2005.

PIST. En el marco del Programa GAS PLUS¹²⁰, CAMMESA celebró contratos de compraventa de gas natural para generar electricidad a ser comercializada en el MEM.

2.2.3. La Resolución 95/2013 de la Secretaría de Energía y otros actos dictados hasta la actualidad

En 2013 se adoptaron medidas que tuvieron un fuerte impacto en el funcionamiento del MEM y en la gestión del combustible, a cuyos fines se asignó a CAMMESA un rol preponderante que implicó que ésta, pese a no ser un agente del MEM, comprara y vendiera energía -en representación del MEM, no para sí-, ya no limitada a ciertos contratos, sino de modo generalizado.

Mediante la Resolución 95/2013¹²¹ de la Secretaría de Energía se adecuó la normativa que rige en el MEM en los aspectos relacionados a la remuneración de la generación no comprometida en contratos que tuvieran un régimen de remuneración diferencial, implementando un nuevo régimen remuneratorio al que los agentes alcanzados podrían acceder, previo desistimiento a todo reclamo referido a las medidas que afectaron la actividad de generación (Acuerdo 2008-2011¹²² y Resolución SE 406/2003¹²³).

Si bien antes de 2013 CAMMESA ya compraba combustible, con el dictado de la referida Resolución 95/2013 este Organismo tomó a su cargo la gestión de los combustibles en forma centralizada. En ese sentido, con el invocado objeto de optimizar y minimizar los costos en el abastecimiento de combustibles a las centrales del MEM, la mencionada resolución dispuso centralizar en el OED la gestión comercial y el despacho de combustibles (art. 8). Esa medida estuvo vigente hasta 2018, año en que se facultó a los agentes generadores, cogeneradores y autogeneradores del MEM a procurarse el abastecimiento de combustible propio para la generación de energía eléctrica (Resolución SGE 70/2018); sin embargo, ello quedó sin efecto en 2019, volviendo a centralizar CAMMESA la compra de combustible (Resolución MDP 12/2019).

Por otra parte, mediante la Resolución 95/2013 se suspendió, a partir del 22/03/2013, la incorporación de nuevos contratos en el Mercado a Término para su administración por parte de CAMMESA -salvo aquellos que tuvieran un régimen de remuneración diferencial establecido por la Secretaría de Energía¹²⁴- y se estableció como obligación para los grandes usuarios del MEM la

¹²⁰ Creado por la Resolución SE 24/2008 y modificatorias Resoluciones SE 1031/2008 y 695/2009.

¹²¹ BO 26/03/2013.

¹²² Es el nuevo Acuerdo suscripto el 25/11/2010 entre esta Secretaría de Energía y un conjunto de generadores del MEM, denominado "Acuerdo para la Gestión y Operación de Proyectos, Aumento de la Disponibilidad de Generación Termina y Adaptación de la Remuneración de la Generación 2008-2011", que tuvo entre sus objetivos el avanzar en el proceso de adaptación del MEM, buscando llevar adelante el ingreso de nueva generación eléctrica para cubrir el aumento de la demanda de energía y potencia, y propiciar la cancelación de LVFVD de los generadores.

¹²³ La regulación de esta remuneración se fue modificando por la autoridad administrativa a lo largo del tiempo por las Resoluciones SE 529/2014, SE 482/2015, SEE 22/2016, SEE 19/2017, SRRYME 1/2019, SE 31/2020, SE 440/2021.

¹²⁴ Entre otros. generación de las Centrales Hidroeléctricas Binacionales y la generación Nuclear, y la potencia y/o la energía eléctrica producida por los agentes generadores, cogeneradores y autogeneradores del MEM comprometida en el marco de Contratos regulados por las Resoluciones SE 1193/2005, 1281/2006, 220/2007, 1836/2007, 200/2009, 712/2009, 762/2009, 108/2011 y 137/2011.

adquisición de su demanda de energía eléctrica al OED una vez finalizados los contratos del Mercado a Término preexistentes a la fecha del dictado de esa resolución -con la excepción antes indicada- (art. 9)¹²⁵. Si bien esa suspensión se dispuso en forma transitoria, ella también se extiende hasta la actualidad.

En función de lo anterior, CAMMESA adquirió gas natural con destino a la generación eléctrica a partir de subastas realizadas en el ámbito del Mercado Electrónico de Gas -MEGSA-¹²⁶ y efectuó convocatorias para la compra de gasoil y fuel oil para satisfacer las necesidades de recursos primarios del despacho eléctrico¹²⁷. También celebró recientemente contratos¹²⁸ en el marco del Plan Gas.Ar¹²⁹ para la adquisición de gas natural para abastecer centrales de generación de energía eléctrica en el MEM¹³⁰.

Durante este período, CAMMESA suscribió, a su vez, contratos de mutuo. Entre ellos puede mencionarse los destinados a la financiación de los planes de inversiones extraordinarios de EDENOR S.A. y EDESUR S.A., ante la insuficiencia temporal de los ingresos provenientes del “Fondo para Obras de Consolidación y Expansión de Distribución Eléctrica” (FOCEDE)¹³¹ -así se identificó a los fideicomisos financieros y de administración privados constituidos para la ejecución de obras de infraestructura y de mantenimiento correctivo de instalaciones de las referidas distribuidoras, mediante los montos fijos que el ENRE autorizó a cobrar a los usuarios a través de la factura¹³²-. CAMMESA suscribió otros contratos de mutuo para cubrir los mayores costos salariales de EDENOR S.A. y EDESUR S.A.¹³³. Estas transferencias de fondos a realizar por CAMMESA se hicieron por cuenta y orden del Fondo Unificado, según el artículo 3 de la Resolución SE 2022/2005.

CAMMESA también fue autorizada a emitir Liquidaciones de Ventas con Fecha de Vencimiento a Definir (LVFVD) por cuenta y orden del Fondo Unificado, en los términos del artículo 3 de la Resolución 2022/2005. En tal sentido, fue autorizada a emitir LVFVD¹³⁴ por el Mecanismo de Monitoreo de Costo (MMC)¹³⁵ a favor de EDENOR S.A. y EDESUR S.A., por los valores

¹²⁵ Antecedentes: Resoluciones SE 426/04 -duración de los contratos del mercado a término de 2 o más períodos semestrales coincidentes con los de la programación estacional- y 1423/04 -duración de 4 o más períodos trimestrales coincidentes con los de la programación estacional o reprogramación estacional-

¹²⁶ Ej. recientes: subastas del 06/09/2018 y 27/12/2018.

¹²⁷ A partir de 2012, los procesos licitatorios respectivos fueron realizados por YPF por cuenta y orden de CAMMESA.

¹²⁸ Actuando en los términos del artículo 3 de la Resolución SE 2022/2005.

¹²⁹ El “Plan de promoción de la producción del gas natural argentino – Esquema de Oferta y Demanda 2020-2024”, Decreto 892/2020.

¹³⁰ Resolución SE 317/2020, actuando no en nombre propio sino en los términos del art. 3 de la Resolución 2022/2005

¹³¹ Resoluciones SE 65/2014 y 10/2014.

¹³² Conf. Resolución ENRE 347/2012.

¹³³ Por la Nota SE 4012/2014 se instruyó a CAMMESA para que realice el financiamiento de determinados montos, a través de las transferencias de los fondos para cubrir los mayores costos salariales de la Distribuidora; entre otros, los originados por la aplicación de la Resolución ST 836/201.

¹³⁴ Resoluciones SE 250/2013 y 32/2015.

¹³⁵ En las Actas Acuerdo celebradas en el marco de la renegociación de los contratos (conforme a la ley 25.561) entre la ex UNIREN y EDENOR S.A. y EDESUR S.A., respectivamente, se previó un Régimen Tarifario de Transición que implicaba la aplicación de un ajuste tarifario y de un Mecanismo de Monitoreo de Costos (MMC)

excedentes que resultaran, una vez realizadas las compensaciones contra las deudas de esas empresas del Programa de Uso Racional de la Energía Eléctrica (PUREE)¹³⁶, así como también a emitir LVFVD por los montos correspondientes en virtud de los mayores costos salariales¹³⁷. A su vez, se habilitó a CAMMESA a recibir LVFVD por el MMC como parte de pago de las deudas de esas empresas por las transacciones económicas del MEM y por los préstamos otorgados en los términos de la antes referida Resolución SE 146/2002 -régimen de financiamiento anticipado de mantenimientos mayores o extraordinarios- y por los contratos de mutuo suscriptos con CAMMESA¹³⁸. Otro caso a considerar es la emisión de LVFVD para el financiamiento de mantenimientos mayores de generación, por los montos establecidos en el nuevo esquema de “Remuneración de los Mantenimientos No Recurrentes” para los Agentes Generadores Comprendidos, sujetos a aprobación de la Secretaría de Energía¹³⁹.

Puede también mencionarse la instrucción impartida a CAMMESA para asignar a favor de los agentes generadores participantes de proyectos de inversión, los aportes específicos del esquema “Recursos para Inversiones del FONINVEMEM 2015-2018”¹⁴⁰, por cuenta y orden del Fondo Unificado creado por el artículo 3 de la Resolución 2022/2005, a partir de la suscripción de los contratos de suministro y construcción de los proyectos aprobados por la Secretaría de Energía y por los montos establecidos en el nuevo esquema¹⁴¹.

Por último, en el marco de la emergencia eléctrica declarada por el Decreto 134/2015¹⁴², CAMMESA continuó suscribiendo Contratos de Abastecimiento en carácter de parte compradora¹⁴³, como en el caso de los Contratos de Venta de Disponibilidad de Potencia de Generación Eléctrica y Energía Asociada en el MEM (Contrato de la Demanda Mayorista -CdD) suscriptos a partir de la convocatoria a ofertar nueva capacidad de generación térmica y de producción de energía eléctrica asociada¹⁴⁴; y los Contratos de la Demanda Mayorista (CdD) suscriptos como resultado de la convocatoria para la venta de energía eléctrica proveniente de la instalación de nueva capacidad de generación mediante la utilización de la tecnología de cierre de ciclo combinado o instalación de unidades de cogeneración¹⁴⁵. CAMMESA también suscribió contratos de abastecimiento en el

semestral, sobre la base de una estructura de costos de explotación e inversiones e índices oficiales de precios representativos de tales costos, aplicable hasta la entrada en vigencia efectiva de la RTI. Este mecanismo no se aplicó en los términos acordados.

¹³⁶ Conf. Resoluciones SE 1037/2007 y 1838/2007.

¹³⁷ Resolución 836/2014 de la Secretaría de Trabajo.

¹³⁸ En virtud de la Nota SE 4012/2014 y Resoluciones SE 10/2014 y 65/2014.

¹³⁹ Resolución SE 529/2014.

¹⁴⁰ El 05/06/2015 algunos agentes generadores del MEM firmaron el “Acuerdo para la Gestión y Operación de Proyectos, Aumento de la Disponibilidad de Generación Térmica y Adaptación de la Remuneración de la Generación 2015-2018” (FONINVEMEM 2015-2018).

¹⁴¹ Resolución 482/2015.

¹⁴² BO 17/12/2015.

¹⁴³ Sin especificar si lo hacía en los términos del artículo 1 de la Resolución SE 2022/2005.

¹⁴⁴ Con compromiso de estar disponible en el MEM para satisfacer requerimientos esenciales de la demanda desde los Períodos Estacionales: Verano 2016/2017, Invierno 2017, o Verano 2017/2018. Conf. Resolución SEE 21/2016.

¹⁴⁵ Resolución SEE 287/2017.

marco del Programa RenovAr, en todas sus rondas, por Instrucción Regulatoria en los términos del artículo 1 de la Resolución SE 2022/2005¹⁴⁶.

CAPÍTULO III. Naturaleza jurídica de CAMMESA

1. Notas Características

En función de lo desarrollado en el capítulo anterior tenemos que CAMMESA fue creada como una sociedad de derecho privado y se rige por la Ley General de Sociedades 19.550. Sin perjuicio de ello, se trata de una entidad sin fines de lucro -propio de cualquier sociedad comercial- que cumple un fin público y sus actividades fueron calificadas de interés nacional.

En efecto, CAMMESA cumple funciones de propósito público, en tanto ejecuta el despacho económico para aportar economía y racionalidad en la administración del recurso energético, coordina la operación centralizada del SADI para garantizar seguridad y calidad al sistema, y administra el MEM, asegurando la transparencia en las operaciones y el respeto de las reglamentaciones aplicables¹⁴⁷.

A su vez, su actuación se ajusta a normas que son determinadas por la Secretaría de Energía quien, por otra parte, pese a tener el Estado Nacional una participación del veinte por ciento (20%) en el capital accionario -y contar entre sus accionistas con los agentes del MEM, que participan a través de las asociaciones que los nuclean- tiene poder de veto en las decisiones del Directorio y en las asambleas extraordinarias.

Como se indicó en el apartado 1 del Capítulo II, el Estatuto Social de CAMMESA prevé su actuación como mandatario del Estado Nacional en situaciones que pudieren generar riesgos de desabastecimiento y afectar la seguridad y la calidad habituales del sistema eléctrico. En consecuencia, esa actuación debería estar circunscripta a que se cumplan, en forma simultánea, los tres requisitos -riesgo de abastecimiento, afectación de la seguridad y de la calidad habituales del sistema eléctrico-, y en la medida que tenga la transitoriedad necesaria para superar situaciones excepcionales que le dieron origen y no implique asumir las actividades de generación, transporte o distribución de energía eléctrica (conf. art. 3).

No obstante ello, tal como surge de los apartados precedentes, en el marco de la emergencia declarada en 2002 -que se extendió hasta 2017, y sin perjuicio de la nueva emergencia declarada por la Ley 27.541- CAMMESA ha ido adquiriendo diversas funciones que exceden de aquéllas previstas en el marco regulatorio, para cuyo cumplimiento recibe aportes del presupuesto nacional. De esa forma, no obstante tratarse de una sociedad comercial regida por el derecho privado, a partir de las instrucciones impartidas por la Secretaría de Energía y de los fondos públicos

¹⁴⁶ Resoluciones MEYM 136/2016, 252/2016 y 275/2017, y Resoluciones SGE 100/2018 y 90/2019.

¹⁴⁷ SOBRE CASAS, Roberto P., op. cit., p. 132.

transferidos a esos fines, CAMMESA incrementó sus funciones, desarrollando en actividades que responden a propósitos de interés público distintos de aquéllos para los que fue creada.

Las notas antes referidas dan lugar a desentrañar la naturaleza jurídica de CAMMESA.

2. ¿Es CAMMESA un ente descentralizado autárquico?

Respecto de la caracterización de CAMMESA pueden señalarse distintas opiniones.

Se la ha calificado como una sociedad anónima un tanto híbrida, por cuanto se trata de una empresa de gestión privada, pero con propósito público en donde el Estado se reservó el derecho de veto para el tratamiento de temas de importancia clave relacionados a la determinación de tarifas¹⁴⁸.

Debido a las notas singulares de CAMMESA desarrolladas en el apartado anterior, esto es, el fin público, el capital configurado con aportes del Tesoro Nacional y la fuerte injerencia del Estado Nacional en sus decisiones, en doctrina se debate su relevancia para calificar a ese organismo como un ente descentralizado.

La descentralización, sea que se trate de entes autárquicos, empresas del estado, u otros, supone i) la atribución de personalidad jurídica propia; ii) la asignación legal de recursos -tienen por ley la percepción de un impuesto o tasa, o reciben fondos regularmente del presupuesto general, o los han recibido en su creación aunque después se manejen con los ingresos obtenidos de su actividad-; iii) patrimonio estatal -siendo la entidad de propiedad del Estado, este puede eventualmente suprimir el ente y establecer el destino de sus fondos como desee, disponiendo de ellos como propios-; iv) la facultad de administrarse a sí mismos; v) su creación por el Estado; vi) su sometimiento al control estatal, siendo variable el ámbito y la extensión del control, el que puede abarcar el control del presupuesto y de la inversión a través de los organismos específicos (AGN, SIGEN), la designación del presidente y parte del directorio, control de los actos cuando terceros interponen recursos; excepcionalmente, facultades de intervención; vii) el fin -aunque algunos autores señalan que toda la actividad del Estado, por definición, tendrá un fin público, por lo que no sería una característica propia de ninguna institución o actividad del Estado que la diferencie de otras actividades-¹⁴⁹.

Dentro de la descentralización, a las entidades autárquicas -como especie de aquélla- se las caracteriza por llevar a cabo cometidos típicamente administrativos (no industriales y

¹⁴⁸ BASTOS, Carlos M., op. cit., p. 148.

¹⁴⁹ GORDILLO, Agustín, "*Tratado de derecho administrativo y obras selectas*", Tomo 1, Parte general, Clasificación de los entes públicos, Capítulo XIV, https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIV.pdf, ps. XIV-2 y ss. Sobre los elementos característicos de los entes descentralizados -y en particular, los autárquicos, véase también MARIENHORFF, Miguel S., "*Tratado de Derecho Administrativo*", Buenos Aires, 4ta. edición actualizada, Abeledo Perrot, 1990, Tomo. 1, p. 383 y ss., BALBÍN, Carlos, F., "*Manual de Derecho Administrativo*", Buenos Aires, 3ra. Edición actualizada y ampliada, La Ley, 2015, pp. 243 y ss.; BIELSA, Rafael, "*Derecho Administrativo*", Buenos Aires, 4ta. edición, Depalma, 1947, T. 2, pp. 8 y ss.

comerciales) con un régimen especial de derecho público¹⁵⁰. En sentido similar, se indica que el ente autárquico es el ente descentralizado con fines estrictamente públicos y cuyo cumplimiento es de alcance inmediato, excluyendo a los entes con fines industriales o comerciales que constituye otra especie -entes descentralizados no autárquicos, básicamente, las empresas y sociedades del Estado-¹⁵¹.

La distinción entre los entes autárquicos y los entes descentralizados no autárquicos radica en el marco jurídico que les resulta aplicable, siendo el derecho público de resorte de los primeros y el derecho privado el aplicable a los segundos en función de la actividad que realizan y sin perjuicio de lo cual, por integrar la organización estatal, se encuentran también alcanzados por normas de derecho público¹⁵².

En la clasificación que efectúa Gordillo de los entes públicos -estatales y no estatales-, este autor diferencia, dentro de los entes públicos no estatales -en las que participan en mayor o menor medida los particulares pero que por estar sometidas a un régimen especial de derecho público, son calificadas como públicas- aquéllos que tienen participación estatal y los que carecen de esa participación, y dentro de estos últimos, ubica a las corporaciones públicas, caracterizadas por haber sido compulsivamente creadas por el Estado para cumplir determinados objetivos públicos y sometidas a un régimen de derecho público, particularmente en lo que se refiere al control del Estado y a las atribuciones de las corporaciones sobre sus asociados. En tal sentido, el autor citado menciona como ejemplo de estas a los colegios profesionales, sindicatos, cooperativas, cámaras comerciales o industriales, e incluye, entre ellas, el caso de CAMMESA¹⁵³.

¹⁵⁰ CASSAGNE, Juan C., *"Derecho Administrativo"*, Buenos Aires, 6ta. edición actualizada, Abeledo Perrot, 1998, Tomo I, p. 353.

¹⁵¹ BALBÍN, Carlos, F., *"Manual..."*, op. cit., p. 264. Este autor incluye dentro de los entes descentralizados no autárquicos a las empresas del Estado (Ley 13.653) y sociedades del Estado (Ley 20.705), las sociedades de economía mixta (Decreto ley 15.349, ratificado por la Ley 12.962), las sociedades anónimas con participación estatal mayoritaria -SAPEM- (incorporadas a través de la Ley de Sociedades Comerciales en 1972) y las sociedades anónimas de propiedad del Estado. Respecto de las sociedades de economía mixta, la norma regulatoria prevé que será una persona jurídica de derecho público o de derecho privado, según sea la finalidad que se proponga su constitución. La doctrina no es pacífica en cuanto a la definición de la naturaleza jurídica de esta última y de la SAPEM, tratándose de "tipos intermedios", con rasgos publicísticos y privatísticos que aparecen entremezclados (conf. MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., Tomo.1, p. 359). Se pronuncian por la naturaleza jurídica privada de la SAPEM: CURÁ, José M.; BELLO KNOLL, Susy, *"La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (su naturaleza jurídica a la luz de un fallo clarificador)"*, La Ley, 1991-A, 365; CASSAGNE, Juan C., *"La actuación estatal a través de la forma societaria mercantil"*, El Derecho, 69- 853; ROITMAN, Horacio, *"Ley de Sociedades Comerciales, Comentada y Anotada"*, Buenos Aires, La Ley, 2006, T. IV, pp. 762 y 763. En sentido contrario, DROMI., *"Derecho Administrativo"*, Buenos Aires, Astrea, 1992, Tomo.1, p. 569; BIANCHI, Alberto B., *"Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa"*, El Derecho, tomo 129, pp. 266 y ss.

¹⁵² Por ejemplo, integran el Sector Público Nacional resultando alcanzados por la Ley 24.156 de Administración Financiera y de los Sistemas de Control del Sector Público Nacional (art. 8, inc. b); los actos administrativos definitivos o asimilables a definitivos del órgano superior de empresas o sociedades de propiedad total o mayoritaria del Estado nacional, son susceptibles de recurso de alzada, salvo los actos inherentes a la actividad privada de la empresa o sociedad (art. 4 del Decreto 1883/1991); se les aplican los reglamentos de audiencias públicas, publicidad de gestión de intereses, elaboración participativa de normas y acceso a la información pública (Decreto 1172/2003); los funcionarios o empleados con rango de director o equivalente deben presentar declaraciones juradas exigidas por la Ley de Ética Pública (25.188) y los funcionarios de las sociedades del estado también deben observar las normas del Código de ética Pública (Decreto 41/1999).

¹⁵³ GORDILLO, Agustín, op. cit., https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIV.pdf, pp. XIV. 21 y 22.

Doncel Jones considera que CAMMESA es equiparable a una entidad autárquica. Amén de los rasgos característicos de este tipo de entes antes señalados que están presentes en CAMMESA, destaca otros caracteres típicos de aquellas entidades, como son los privilegios y exenciones, la autonomía financiera -aunque no figure en el presupuesto nacional y no esté sometida a los órganos de control (sin perjuicio del control sobre los recursos aportados por el Fondo Unificado)- y el poder de policía, en cuanto aplica penalidades en el marco de la normativa aplicable.

Así, el citado autor entiende que se ha creado “*una verdadera ficción jurídica, en cuanto se ha disfrazado a un ente descentralizado autárquico -organismo típico del derecho público- con características de una sociedad anónima -entidad claramente integrante del campo del derecho privado-*” (DONCEL JONES, Juan C., 1997)¹⁵⁴. La califica como una sociedad *sui generis* del derecho privado, importando un ente descentralizado autárquico, en cuanto posee personalidad jurídica, recauda un patrimonio de afectación exclusiva a la función que desarrolla, tiene prohibido -tanto por la ley como por su estatuto- obtener lucro en el giro normal de su actividad, y cumple con un fin público.

Al analizar el caso particular de las sociedades anónimas pertenecientes al Estado constituidas bajo la Ley 19.550, Balbín¹⁵⁵ considera que éstas integran la administración pública descentralizada en tanto han sido creadas por un acto estatal, tienen personalidad jurídica propia, poseen un patrimonio estatal y los fines que persiguen suponen el cumplimiento de objetivos de bien común. La finalidad de interés general resulta determinante, a su entender, para considerar que no se trata de entes privados¹⁵⁶.

En ese marco, y en lo que puede resultar relevante para efectuar este análisis, este autor sostiene que las sociedades anónimas de propiedad estatal tendrían un régimen jurídico mixto, siendo aplicable el derecho privado en los aspectos de su actuación respecto de los cuales dicha aplicación haya sido expresamente determinada por el ordenamiento jurídico, y el derecho público para todo lo que no esté regulado de modo expreso o implícito en las normas. Ello conduce también a determinar que, respecto de las competencias que esas sociedades pueden ejercer legítimamente, les resulta de aplicación el principio de especialidad, con lo que el ámbito de actuación de dichas sociedades estará determinado por las actividades vinculadas al objeto o fin para el que fueron creadas, de manera que podrán ejercer todas las competencias que las normas les atribuyen en forma expresa o implícita, más aquellas necesarias para el cumplimiento de los fines y objetivos prescriptos en el acto de creación.

¹⁵⁴ DONCEL JONES, Juan C., op. cit, p. 1076.

¹⁵⁵ BALBÍN, Carlos F., “*Régimen Jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado*”, en ob. conj. “Organización administrativa, función pública y dominio público”, Buenos Aires, RAP, 2005, pp. 625-637.

¹⁵⁶ Con ello, considera que la naturaleza jurídica de las sociedades del Estado y de las sociedades anónimas de propiedad estatal son, en principio, asimilables; en ambos casos se trata de entes descentralizados que forman parte de la estructura estatal.

Nielsen¹⁵⁷ señala que CAMMESA no está fuera de la Administración, sino que es una sociedad anónima que opera con transferencias del Estado (cabe aclarar, no para su propio funcionamiento), tiene un fin público y algunas de sus decisiones se toman por el Estado Nacional, las que deben ser verificadas en su legitimidad por la Compañía siendo irremplazable la actividad del Directorio en razón de su especialidad técnica. De esta forma, CAMMESA tendría dos tipos de relaciones, una de derecho público con el Estado Nacional y otra de derecho privado en lo que respecta a su relación con otros actores.

Si bien este autor entiende que hubiera sido apropiado transformarla en un ente descentralizado¹⁵⁸ para que opere en el ámbito y se someta a los controles del derecho público, concluye que ello no es necesario en la medida en que se considere que CAMMESA, al tener competencias específicas y especiales, tiene responsabilidad jurídica en el campo del derecho privado y del derecho público, según el tipo de actuación que realice.

Respecto de ello afirma que *“En cuanto a la actividad de la Administración, debería considerarse que las instrucciones o los mandatos que confiera para el giro de la actividad (no para modificar el estatuto o designar autoridades), a pesar de disponer de la forma de actos administrativos (...), no poseen ese carácter ya que no producen efectos por fuera de la Administración. (...). De todas formas, eso tampoco quiere decir que el control de legitimidad y razonabilidad se excluye de la actividad de CAMMESA, sino que debe realizarse en el ámbito de la compañía, y a cada relación se le aplicará el régimen jurídico que corresponda. Con tales parámetros, puede decirse que tanto la Administración como CAMMESA serían responsables según las normas que les atribuyan competencias a cada una, así como que la trascendente actividad de esta compañía quedaría sujeta a las pautas jurídicas que resulten aplicables según la actividad que esté desarrollando”* (NIELSEN ENEMARK, Carlos A., 2016)¹⁵⁹.

En función de lo anterior, el Estado Nacional y CAMMESA serán responsables, según el caso, por el ejercicio regular de la competencia en su ámbito de actuación signado por la especialidad, que está determinado por las normas que les dieron origen.

La Secretaría de Ética Pública, Transparencia y Lucha contra la Corrupción¹⁶⁰ se manifestó también respecto de la naturaleza jurídica de CAMMESA destacando que las circunstancias especiales de ese organismo, vinculadas con su participación minoritaria del Estado Nacional pero cuyas decisiones son determinantes, no la transforman en una sociedad que integra el Estado, no obstante lo cual debe prestarse atención a la relevancia que tiene el Estado Nacional en la formación de las decisiones societarias, teniendo en cuenta lo que en los hechos equivale a un poder de veto.

¹⁵⁷ NIELSEN ENEMARK, Carlos A., *“La naturaleza jurídica de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (CAMMESA)”*, Revista Argentina de la Energía, Hidrocarburos y Minería, n° 10, Buenos Aires, Ábaco, agosto-octubre de 2016, pp. 163-179.

¹⁵⁸ En igual sentido, DONCEL JONES, Juan C., op. cit., p. 1077.

¹⁵⁹ NIELSEN ENEMARK, Carlos A., op. cit., p. 178.

¹⁶⁰ Considerando RESOL-2016-1-E-APN-OA#MJ.

Sentado lo anterior cabe recordar que CAMMESA se conformó como una sociedad anónima regida por las normas de la Ley de Sociedades Comerciales 19.550¹⁶¹, con excepción de lo expresamente modificado por el Decreto 1192/1992 y por los estatutos sociales, siendo la participación estatal en el capital accionario de CAMMESA del veinte por ciento (20%).

A su vez, por su norma de creación se excluyó a CAMMESA de la aplicación de las leyes de obras públicas, de contabilidad, de procedimientos administrativos y sus normas complementarias, y de la legislación y normativa administrativa aplicable a las empresas en que el Estado tenga participación. Para los procedimientos de contratación de CAMMESA se dispuso la aplicación de las normas y principios del derecho privado, con exclusión de toda norma propia del derecho administrativo o prerrogativa de derecho público¹⁶².

En términos generales cabe precisar que sin perjuicio de que el Estado sea el principal hacedor del bien común, nada impide que los particulares concurren a esa realización. En consecuencia, el hecho de que una sociedad cumpla finalidades de interés público no la hace por ello una persona jurídica pública, máxime si se tiene en cuenta que cierta doctrina considera que el fin no es un elemento determinante para la caracterización de un ente como descentralizado¹⁶³ y que, en su caso, el interés público comprometido en la participación estatal en una persona jurídica privada no modifica *per se* su carácter.

En ese sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) establece en el artículo 149 que “*La participación del Estado en personas jurídicas privadas [entre las que se encuentran las sociedades, conforme lo dispone el artículo 148 del CCyC] no modifica el carácter de éstas. Sin embargo, la ley o el estatuto pueden prever derechos y obligaciones diferenciados, considerando el interés público comprometido en dicha participación*”.

De allí que la participación estatal no transforma en público el carácter privado de la persona jurídica participada, no obstante lo cual el interés público comprometido en la participación estatal habilita a conferir derechos y deberes especiales al Estado.

Con la solución legal propuesta por el CCyC el régimen jurídico aplicable a la entidad será de derecho privado -conforme a la normativa pertinente-¹⁶⁴ y no de derecho público¹⁶⁵. Sin embargo, el derecho público debe aplicarse en lo relativo, entre otros, a los aportes estatales.

¹⁶¹ Art. 1 del Decreto 1192/1992 y art. 1 del Estatuto Social. Hoy Ley General de Sociedades 19.550 (conf. punto 2.1 del Anexo II de la Ley 26.994).

¹⁶² Art. 8 del Decreto 1192/1992.

¹⁶³ GORDILLO, Agustín, op. cit., https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXIV.pdf, p. XIV.5.

¹⁶⁴ El mismo CCyC establece el orden de prelación de las normas aplicables a las personas jurídicas privadas, y en ese sentido dispone que se rigen, en primer término, por las normas imperativas de la ley especial que las regule o, en su defecto, por las imperativas del propio CCyC; en segundo lugar, por las normas del acto constitutivo con sus modificaciones y de los reglamentos, prevaleciendo las primeras en caso de divergencia; y por último, serán de aplicación las normas supletorias de leyes especiales, o en su defecto, por las del propio CCyC (art. 150 CCyC).

¹⁶⁵ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián, op. cit., Tomo, 1, p. 290. También señala la aplicación del derecho privado, LORENZETTI, Ricardo L., “*Código Civil y Comercial Comentado*”, Santa Fe, 1era. Edición, Rubinzal -Culzoni Editores, 2014, Tomo 1, p. 596.

Entre otros aspectos particulares de la operatoria de CAMMESA, cabe señalar que sus decisiones no son revisables por la vía administrativa. Si bien, por ejemplo, existe un mecanismo particular de observaciones para la Programación Estacional Provisoria, son los actos administrativos de la autoridad administrativa -Secretaría de Energía- por los que aprueba los Precios Estacionales -a propuesta de CAMMESA- las que son susceptibles de ser recurridos administrativamente¹⁶⁶.

Un mecanismo distinto es el previsto para realizar observaciones al Documento de Transacciones Económicas por parte de los Agentes del MEM en cuyo marco, para el caso en que la decisión final del OED recayera sobre una observación relativa a cuestiones de interpretación en la aplicación de Los Procedimientos, podrá solicitarse a la Secretaría de Energía que se expida sobre el entendimiento a otorgarse¹⁶⁷

En definitiva, independientemente de la determinación de la naturaleza jurídica de CAMMESA, lo trascendente será determinar el alcance y la normativa aplicable en las distintas relaciones jurídicas entabladas por ésta.

CAPÍTULO IV. Responsabilidad del Estado por actos de CAMMESA

1. La actuación de CAMMESA por instrucción de la Secretaría de Energía.

De lo desarrollado hasta aquí se desprende que la Secretaría de Energía dicta las normas a las que se ajustará CAMMESA para el cumplimiento de sus funciones de acuerdo con los principios previstos por el artículo 35 de la Ley 24.065, según los cuales debe permitirse la ejecución de los contratos celebrados en el Mercado a Término y el despacho de la demanda requerida en base al reconocimiento de precios de energía y potencia en el Mercado Spot. Respecto de este último mercado, la Secretaría de Energía también dicta las normas de despacho económico para las transacciones de energía y potencia de forma tal que los generadores perciban una tarifa uniforme para todos en cada lugar de entrega que fije el DNDC, basada en el costo económico del sistema (art. 36 de la Ley 24.065). Por último, la referida Secretaría determina los Precios Estacionales que pagan los Distribuidores por sus compras en el MEM, y administra el Fondo Unificado.

Por otra parte, de conformidad con las funciones estatutarias, CAMMESA tiene a su cargo el despacho técnico del SADI de acuerdo a lo previsto en el marco regulatorio, lo que implica determinar el despacho técnico y económico propendiendo a maximizar la seguridad del sistema y la calidad de los suministros y a minimizar los precios mayoristas en el Mercado Spot; planificar las necesidades de potencia y optimizar su aplicación conforme las reglas de la Secretaría de Energía; supervisar el funcionamiento del Mercado a Término y administrar el despacho técnico de los

¹⁶⁶ Capítulo 2 de Los Procedimientos.

¹⁶⁷ Capítulo 5 de Los Procedimientos, ap. 5.2.4.

contratos. CAMMESA actúa también como mandatario de los actores del MEM y cumple las comisiones que aquellos le encomienden en la colocación de la potencia y energía; satisfacción de las curvas de cargas a los distribuidores y organización y conducción del uso de las instalaciones de transporte en el Mercado Spot; realiza las gestiones de cobro y/o pago y/o acreditaciones de las transacciones que se celebren entre los diversos actores del MEM, incluyendo las operaciones en las que CAMMESA actúe en nombre propio; pudiendo actuar como agente de comercialización de la energía y potencia proveniente de importaciones y de emprendimientos binacionales, realizar el cálculo de las transacciones económicas y producir la información necesaria para la facturación de los actos y operaciones realizadas en el Mercado Spot. A su vez, puede comprar y vender energía eléctrica en determinados casos, esto es, desde o al exterior realizando operaciones de importación y exportación, así como la generada por entes binacionales.

En el estatuto social se establece un caso particular en el que CAMMESA puede actuar como mandatario no ya de los actores del MEM sino del Estado Nacional. Para ello deben existir situaciones que pudieran generar riesgos de desabastecimiento y afectar la seguridad y la calidad habituales del sistema eléctrico, amén de otros requisitos adicionales, constituidos por la transitoriedad -necesaria para superar situaciones excepcionales que la originaron-, la prohibición de que CAMMESA asuma la generación, el transporte o la distribución de energía eléctrica, y que el ejercicio del mandato no comprometa patrimonialmente a CAMMESA.

Para el cumplimiento de su objeto social, CAMMESA puede realizar todos los actos y celebrar todos los contratos que correspondan, cuidando de propender a garantizar la transparencia y equidad de las decisiones que afecten al MEM, permitiendo y facilitando la ejecución de los contratos en el Mercado a Término y despachando la demanda de potencia y energía requerida en base al reconocimiento de precios de energía y potencia conforme la normativa aplicable.

Además de lo anterior, luego de la emergencia declarada por la Ley 25.561, la autoridad con competencia en materia energética impartió instrucciones a CAMMESA que dieron nacimiento a distintas relaciones jurídicas, a partir de decisiones tomadas por la referida autoridad que involucran la adopción de decisiones regulatorias, las que se extendieron durante la emergencia y más allá de ella.

Esas instrucciones fueron sistematizadas por la propia Secretaría de Energía mediante una clasificación cuyo alcance puede resultar algo impreciso -más allá de la denominación aplicada- y que resulta relevante a los fines de determinar la atribución de obligaciones y eventuales responsabilidades surgidas a partir de la actuación de CAMMESA con motivo de la respectiva instrucción.

En tal sentido, la "Instrucción Regulatoria" afecta exclusivamente las relaciones entre los Agentes y/o Participantes del MEM¹⁶⁸; el "Mandato Regulatorio" -o Instrucción "por Mandato Regulatorio de la Secretaría de Energía - artículo 35 de la Ley 24.065" afecta las relaciones entre

¹⁶⁸ Conf. art. 1 de la Resolución 2022/2005.

los Agentes y/o Participantes MEM con terceros ajenos a dicho mercado, comprometiendo exclusivamente fondos creados en el ámbito del MEM administrados por CAMESA¹⁶⁹ y, por último, la “Instrucción Por Cuenta y Orden” afecta las relaciones entre Agentes y/o Participantes del MEM con terceros ajenos al MEM, y compromete no solamente fondos creados en el ámbito del MEM sino también fondos específicos para financiar y/o garantizar las operaciones resultantes de la instrucción, aportados por el Fondo Unificado con destino al Fondo de Estabilización¹⁷⁰.

En función de la anterior clasificación, y teniendo en cuenta tanto los sujetos alcanzados como los fondos involucrados en las operaciones de las respectivas instrucciones, se analiza a continuación su caracterización de acuerdo con los institutos regulados en el Código Civil y Comercial (CCyC) u otros.

2. El mandato en el Código Civil y Comercial

De acuerdo con lo previsto en el art. 1319 del CCyC el contrato de mandato es aquél en el que una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otro. El mandato admite dos modalidades, con o sin representación (arts. 1320 y 1321 del CCyC, respectivamente)¹⁷¹.

Por su parte, la representación es una situación jurídica que nace de fuente convencional, legal, o estatutaria (art. 358 CCyC). Ha sido definida como aquella institución en cuya virtud una persona, debidamente autorizada, investida de poder, otorga un acto jurídico en nombre y por cuenta de otra; recayendo sobre ésta los efectos normales consiguientes¹⁷². Los efectos o consecuencias del acto jurídico cumplido por el representante no gravitan sobre su patrimonio. sino que se proyectan sobre el representado (art. 359 CCyC).

De este modo, el fenómeno de la representación surge cuando un sujeto actúa en interés de otro, lo sustituye y hace sus veces, siendo siempre el género -caracterizado por la actuación por cuenta ajena-, mientras que el mandato representativo surge como una de sus especies¹⁷³.

De este modo, el mandato con representación (art. 1320 CCyC) es un supuesto especial de representación voluntaria (conf. art. 358 CCyC) y resultan aplicables por ello las normas de la representación voluntaria (arts. 362 a 381 CCyC, conf. art. 1320) que específicamente regulan el vínculo entre el representante (en el caso, el mandatario) y el representado (en el caso, el mandante), y sin bien el Código no lo establece expresamente, son de aplicación también las

¹⁶⁹ Conf. art. 2 de la Resolución 2022/2005.

¹⁷⁰ Conf. art. 3 de la Resolución 2022/2005.

¹⁷¹ En el Código Civil el mandato implicaba la representación del mandante (conf. art. 1869 CC), sin perjuicio de los cuestionamientos de la doctrina moderna respecto de la esencialidad de esta característica y de señalarse la posibilidad de que existiera representación sin mandato -ej. representantes legales de incapaces, curador de bienes- y mandato sin representación -mandato oculto-. A su vez el mandato comercial se regulaba el Código de Comercio (arts. 221 y 222).

¹⁷² HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián, op. cit., Tomo IV, p. 54, con cita de ROCA SASTRE, Ramón M.; PUIG BRUTAU, José, “*Estudios de derecho privado*”, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1948, Tomo. 1, p. 114.

¹⁷³ BELLUSCIO, Augusto C., “*Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*”, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2004, Tomo 9, p. 179.

disposiciones generales en materia de representación (arts. 358 a 361 CCyC) y las normas que regulan el contrato de mandato¹⁷⁴.

En este tipo de mandato con representación, las relaciones activas y pasivas nacen directamente entre el tercero y el mandante; se trata de dos negocios jurídicos que confluyen y dos son las relaciones que coexisten: una es la interna entre mandante y mandatario, caracterizada por el deber de cumplir el encargo conferido y aceptado y regulada por el contrato de mandato; la otra, externa entre mandante y tercero, caracterizada por el poder que permite la actuación en nombre ajeno, regulada por el negocio unilateral de apoderamiento¹⁷⁵.

En consecuencia, la representación permite imputar efectos directos a una persona por la actuación de otra, de forma que los actos o hechos que el mandatario ejecuta dentro de los límites de su poder y a nombre del mandante, así como las obligaciones que en consecuencia hubiere contraído, son considerados como hechos por este personalmente¹⁷⁶.

El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. En ese sentido, si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella (art. 1319 CCyC), así como también el silencio podría ser considerado como otro medio útil para perfeccionar el contrato bajo determinadas condiciones¹⁷⁷.

La intrascendencia de la persona del mandatario para el tercero es tal que el mandatario incluso puede ser incapaz (art. 1323 del CCyC), porque de cualquier manera los efectos no se le imputan a él sino sobre al poderdante y es éste quien lo invistió de tal poder.

En cuanto al objeto del contrato de mandato, puede encomendarse la realización de actos jurídicos, entendiendo por tales a todos los actos voluntarios lícitos que tienen por fin inmediato adquirir, modificar o extinguir relaciones o situaciones jurídicas (conf. art. 259) y se excluye, como objeto posible del contrato, la ejecución de actos materiales para cuya realización la figura es el contrato de servicios.

Pueden efectuarse por representación todos los actos jurídicos patrimoniales y entre vivos, sin perjuicio de que no es posible encomendar al representante la realización de actos que el

¹⁷⁴ RIVERA, Julio C., MEDINA, Graciela, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ciudad de Buenos Aires, 1era. Edición, 1era. Reimpresión, La Ley, 2015, Tomo IV, p. 126.

¹⁷⁵ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián, op. cit., Tomo IV, p. 54 con cita de MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Mandatos", Santa Fe, Rubinzal Culzoni Editores, 1996, pp. 143 y ss.

¹⁷⁶ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián, op. cit., Tomo IV, p. 54 con cita de SPOTA, Alberto G., "Instituciones de derecho civil. Contratos", Buenos Aires, 2da. Edición., Luis F. P. Leiva Fernández (actualizador), La Ley, 2010, Tomo VII, p. 3.

¹⁷⁷ RIVERA, Julio C., op. cit., Tomo IV, p. 123.

representado no puede celebrar por sí, así como tampoco encomendar la ejecución de obligaciones *intuitu personae*¹⁷⁸.

Cuando el mandante no otorga poder de representación, el mandatario actúa en nombre propio, pero en interés ajeno -del mandante-, quien no queda obligado directamente respecto del tercero, ni éste respecto del mandante (art. 1321). En esta modalidad de mandato, las relaciones activas y pasivas nacen entre mandatario y el tercero, a diferencia de lo que acontece en el mandato con representación en el cual -como se indicó- las relaciones se dan de modo directo entre mandante y tercero. De este modo, coexisten dos relaciones, una interna entre mandante y mandatario -contrato de mandato-; y otra externa, entre el mandatario y el tercero con el cual contrata¹⁷⁹.

Bajo esa modalidad, el mandatario es, en principio, el único responsable frente al tercero por las obligaciones asumidas en el contrato desde que actúa en nombre propio, pero en interés del mandante (cfr. Fontanarrosa), quien no queda obligado directamente respecto del tercero, ni este respecto de aquel¹⁸⁰.

Dado que el mandatario actúa en interés ajeno, y en función de la relación interna entre ambas partes del mandato -esto es, el contrato de mandato-, el mandante puede subrogarse (arts. 739 a 742 CCyC) en las acciones que tiene el mandatario contra el tercero, e igualmente el tercero en las acciones que pueda ejercer el mandatario contra el mandante (art. 1321).

Frente a estas dos modalidades de mandato -con y sin representación- se afirma que en caso de duda debe entenderse que la prerrogativa de representar al mandante no ha sido otorgada ya que la figura abstracta de la ley es que el mandato no es representativo¹⁸¹ teniendo en cuenta lo prescripto en el art. 1319 del CCyC y que respecto de la representación voluntaria, cuando un representante actúa en ejercicio del poder, si la voluntad de obrar en nombre de otro no aparece claramente se entiende que ha procedido en nombre propio¹⁸².

Entre las obligaciones del mandante -en lo que aquí interesa- se encuentran las de suministrar al mandatario los medios necesarios para la ejecución del mandato y compensarle todo gasto razonable en que haya incurrido para ese fin; indemnizar al mandatario los daños que sufra como consecuencia de la ejecución del mandato, no imputables al propio mandatario, y liberar al mandatario de las obligaciones asumidas con terceros proveyéndole de los medios necesarios para ello (inc. a, b y c, del art. 1328 CCyC).

El deber de indemnidad comprende la obligación de brindar bienes, dinero, documentación, reembolso de gastos o lo que fuere necesario para evitar que el mandatario incurra en algún perjuicio

¹⁷⁸ SPOTA, Alberto G., op. cit., p. 11

¹⁷⁹ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián, op. cit., Tomo IV, p. 55.

¹⁸⁰ MOSSET ITURRASPE, Jorge, op. cit., p. 145.

¹⁸¹ RIVERA, Julio C., op. cit., Tomo IV, p. 125.

¹⁸² Art. 366 CCyC, última parte.

en su patrimonio, y se sustenta en la regla general de que el mandato no debe perjudicar ni empobrecer al mandatario, quien tiene derecho a ser indemnizado de todo daño que sufra siempre que no sea atribuible a su culpa o dolo¹⁸³. En esta última hipótesis, se exime al mandante de resarcir al mandatario los menoscabos ocasionados¹⁸⁴; en caso de existir culpa concurrente, el resarcimiento debido por el mandante se reduce, pero no se excluye¹⁸⁵.

Suele efectuarse un distingo entre las relaciones internas mandante-mandatario y las externas existentes entre mandatario-terceros, enfatizando en la obligación del mandante de mantener indemne al mandatario¹⁸⁶

Respecto de la obligación de indemnizar las pérdidas, no importa que los daños se hayan originado en un caso de fuerza mayor, o que las pérdidas se hayan revelado luego de concluida la ejecución del mandato; tampoco importa que el mandato sea gratuito u oneroso, respondiendo el mandante en todos los casos¹⁸⁷.

En lo relativo a las obligaciones del mandatario, se destaca -entre otras- la de cumplir los actos comprendidos en el mandato conforme a las instrucciones dadas por el mandante y a la naturaleza del negocio que constituye su objeto, con el cuidado que pondría en los asuntos propios o, en su caso, el exigido por las reglas de su profesión, o por los usos del lugar de ejecución; informar de todo conflicto de intereses y de toda otra circunstancia que pueda motivar la modificación o la revocación del mandato; rendir cuenta de su gestión en las oportunidades convenidas o a la extinción del mandato e informar en cualquier momento, a requerimiento del mandante, sobre la ejecución del mandato (inc. a, c, f y h del art. 1324 CCyC).

3. Encuadre de las instrucciones

En función de lo anterior, en una primera aproximación podría considerarse que la actuación de CAMMESA por instrucción de la Secretaría de Energía se trata de un mandato, en los términos del CCyC.

Particularmente, la actuación de CAMMESA bajo la figura "Instrucción Por Cuenta y Orden", tanto por su denominación como los recursos involucrados en la instrucción -fondos del Fondo Unificado que son administrados por la Secretaría de Energía, con destino al Fondo de Estabilización- podría identificarse con un mandato con representación regulado en el artículo 1320 del CCyC por lo que CAMMESA actuaría en nombre de la Secretaría de Energía, en cuya persona y patrimonio impactarían las consecuencias del acto celebrado por esa Compañía, quien no podría

¹⁸³ HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián, op. cit., Tomo IV, p. 63.

¹⁸⁴ RIVERA, Julio C., op. cit., Tomo IV, p. 149.

¹⁸⁵ ALTERINI, op. cit.

¹⁸⁶ ALTERINI, op. cit., con cita de MOSSET ITURRASPE, J., "El contrato de mandato en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Revista de Derecho Privado y Comunitario, "Problemática contractual. Contratos en particular", 2014-2, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, p. 180

¹⁸⁷ BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil, Contratos", Buenos Aires, 9ª. Edición, La Ley, 2008, Tomo II, p. 463.

comprometer por sí, actuando a nombre propio y en interés de un tercero (la Secretaría), los fondos públicos involucrados en la instrucción.

En el marco de esta figura contractual se presentan entonces dos órdenes de relaciones, las que surgen del contrato de mandato entre la Secretaría de Energía (mandante) y CAMMESA (mandatario) y las que, como consecuencia del cumplimiento de la manda -realización de actos jurídicos-, surgen entre los terceros y la mencionada Secretaría directamente, por tratarse de un mandato representativo.

Se trataría de un mandato conferido en forma expresa en virtud de la instrucción y aceptado tácitamente por parte de CAMMESA a partir de la ejecución del mandato, en la medida en que esta última no emite una declaración expresa sobre ella.

Al configurarse un vínculo entre mandante (Secretaría de Energía) y el tercero, las derivaciones de esa relación recaerían exclusivamente en ellos. Por otra parte, serían de aplicación entre mandante y mandatario las consecuencias reguladas en el CCyC, en particular, el deber de indemnidad, por ejemplo, en los casos en que sea demandado y deba asumir alguna consecuencia.

También podría encuadrarse bajo el mandato con representación la actuación de CAMMESA como mandatario del Estado Nacional prevista en el Estatuto Social de esa Compañía, ante situaciones que pudieran generar riesgos de desabastecimiento y afectar la seguridad y la calidad habituales del sistema eléctrico.

Sin perjuicio de lo anterior, de considerarse que la figura aplicable es la del mandato sin representación, cabe considerar que, en cualquier caso, el mandante puede subrogarse en las acciones que tiene el mandatario contra el tercero, e igualmente el tercero en las acciones que pueda ejercer el mandatario contra el mandante (art. 1321), como consecuencia de que el mandatario actúa en interés ajeno y sobre la base de la relación que vincula entre mandante y al mandatario.

La situación no parece tan clara en el caso de la "Instrucción Regulatoria" y del "Mandato Regulatorio" -o Instrucción "por Mandato Regulatorio de la Secretaría de Energía - artículo 35 de la Ley 24.065", donde también podría tratarse de normas de carácter regulatorio emitidas por la Secretaría de Energía.

En el último caso –"Mandato Regulatorio"-, pese a la terminología utilizada ("mandato"), la expresa referencia del artículo 35 de la Ley 24.065 en su definición alude a las normas dictadas por la referida Secretaría a las que debe ajustarse el OED para el cumplimiento de sus funciones. Como se vio, el mandato se trata de un contrato, esto es, un acuerdo de voluntades destinado a regir el derecho y de contenido patrimonial, y ello resultaría incompatible con la naturaleza regulatoria de las normas dictadas en el marco del referido artículo 35 de la Ley 24.065. Sin embargo, esas normas deberían ajustarse a determinar la actuación de CAMMESA para el despacho técnico, de forma tal que permita la ejecución de los contratos en el Mercado a Término y el despacho de la demanda en

el Mercado Spot, de acuerdo con lo previsto en el mencionado el artículo 35. Habrá que considerar, en el caso, el contenido de cada Mandato Regulatorio para determinar si se trata de un mandato o de una norma de alcance general.

En el supuesto de la “Instrucción Regulatoria”, su alcance es menos detallado en la definición, que no indica la afectación de recursos y que afectaría exclusivamente a las relaciones entre los Agentes y/o Participantes del MEM, que es el ámbito de actuación de CAMMESA. Sin embargo, también habrá de estarse al contenido particular de la instrucción, más allá de la definición apuntada.

Entre los actos administrativos de carácter general, la doctrina distingue los reglamentos administrativos, que innovan y forman parte permanente -hasta su derogación o sustitución- del ordenamiento jurídico, de los actos administrativos de alcance general que no se integran en el ordenamiento jurídico y que, aunque tengan como destinataria a una pluralidad indeterminada de sujetos, no cambian el ordenamiento jurídico, sino que se limitan a aplicarlo¹⁸⁸. A estos últimos también se los denomina actos administrativos de alcance general no normativos, dado que no se incorporan al ordenamiento y se agotan con el cumplimiento en el caso concreto.

En tal sentido la diferencia entre ambos radica de la vocación de permanencia que exteriorice la voluntad administrativa; mientras el acto general normativo, o acto normativo, se incorpora al ordenamiento administrativo como fuerte permanente de juridicidad, el no normativo se agota con su cumplimiento¹⁸⁹.

Se indica también que, desde la óptica realista, los reglamentos traducen el ejercicio de la actividad legislativa en tanto son actos unilaterales de la Administración que crean normas jurídicas generales y obligatorias, cuyos efectos operan en el plano externo a través de la regulación de situaciones impersonales y objetivas¹⁹⁰.

No obstante lo anterior, en la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos, la denominación genérica de actos administrativos de alcance general comprende los reglamentos (o actos de alcance general normativos) y los denominados actos de alcance general no normativos, y a ambos aplica el mismo régimen de impugnación administrativa y plazos de caducidad de la demanda judicial.

En ese marco, de considerarse que ciertas instrucciones no involucran un mandato en los términos del CCyC, en las relaciones jurídicas entabladas por CAMMESA, nacidas bajo las decisiones tomadas exclusivamente por la autoridad estatal en ejercicio de su función regulatoria y como instrumentación de políticas públicas, por aplicación de actos de alcance general de la Secretaría de Energía -obligatorios para CAMMESA-, no parece que el Estado Nacional pueda ser

¹⁸⁸ GORDILLO, Agustín, op. cit., https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloX.pdf, p. X.8

¹⁸⁹ COMADIRA, Julio R., “*Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada*”, Buenos Aires, 1era. Edición, La Ley, 2003, Tomo 1, p. 194.

¹⁹⁰ CASSAGNE, Juan. C., “*Derecho Administrativo*”, op. cit., Tomo 2, p. 55

considerado como un tercero, ajeno a dichas relaciones. De tal modo, las derivaciones de esas relaciones jurídicas que impliquen vulneración de derechos y, eventualmente, generen el deber de indemnizar, deberán analizarse desde esa perspectiva.

4. Análisis de distintos contratos suscriptos por CAMMESA

Seguidamente se analizan distintos contratos suscriptos por CAMMESA en carácter de comprador de energía eléctrica o de gas natural para generación de energía eléctrica, y la normativa en cuyo marco se dispusieron las respectivas contrataciones. Estos son, los Contratos de Abastecimiento celebrados en los términos de la Resolución SE 220/2007, del FONINVEMEM, de las Resoluciones SEE 21/2016 y 287/2017, del programa RenovAr, y los contratos mediante los cuales CAMMESA compró gas natural para generación de energía eléctrica en el marco del Plan Gas.Ar.

4.1. Contratos de Abastecimiento suscriptos por CAMMESA bajo la Resolución 220/2007 de la Secretaría de Energía

Mediante la Resolución 220/2007 la Secretaría de Energía habilitó la realización de Contratos de Abastecimiento entre el MEM y las ofertas de disponibilidad de generación y energía asociada adicionales, presentadas por los agentes generadores, cogeneradores o autogeneradores que no fueran agentes del MEM, o que no contaran con las instalaciones de generación a comprometer en esas ofertas habilitadas comercialmente, o que no estuvieran interconectados al MEM; extendiéndose posteriormente su aplicación por la Resolución SE 200/2009 para permitir la participación de los agentes que fueran objeto de participación estatal mayoritaria o empresas controladas por el Estado Nacional.

Esa medida fue dispuesta -conforme se expresa en los considerandos de la referida Resolución SE 220/2007- teniendo en cuenta el objetivo de la política nacional en materia de energía eléctrica de alentar las inversiones necesarias para asegurar el suministro a largo plazo, así como la conveniencia de establecer las bases reglamentarias para dar un nuevo impulso al ingreso de nueva oferta energética dando las señales económicas necesarias y disponer las vías de acción a seguir por parte de los agentes del MEM, o los que pretendieran serlo, para la instalación de nueva oferta de generación¹⁹¹.

En función de ello, en el marco de la Instrucción Regulatoria impartida por la Secretaría de Energía en los términos del artículo 1 de la Resolución SE 2022/2005, CAMMESA suscribió Contratos de Abastecimiento MEM con generadores de energía eléctrica, en representación del MEM en su conjunto -que es la parte Compradora-, a largo plazo, con precios que debían remunerar la inversión realizada por el agente con una tasa de retorno aceptada por la Secretaría de Energía.

¹⁹¹ Párrafos 1 y 2 de los considerandos de la Resolución SE 220/2007.

En el procedimiento previo a la suscripción de los respectivos Contratos de Abastecimiento, la Secretaría de Energía se reservó la facultad de evaluar las ofertas presentadas y de instruir a CAMMESA sobre aquellas que resultaran aceptadas para su contratación, indicando la anualidad de los costos de instalación a considerar y/o la metodología de cálculo que se debería aplicar a esos efectos, como también los costos fijos y variables aceptados a ser reconocidos en los contratos, a cuyos fines remitiría a CAMMESA el texto de los contratos a suscribir, como así también la metodología a implementar para su inclusión en las Transacciones Económicas del MEM¹⁹².

Si bien la vigencia de los Contratos de Abastecimiento MEM se previó por diez años, la Secretaría de Energía podía establecer un plazo menor¹⁹³. A su vez, esa Secretaría determinaba la remuneración mensual en base a los costos aceptados por ella¹⁹⁴, calculada en base a la anualidad de los costos de instalación a considerar, y los costos fijos y variables requeridos para la adecuada operación del equipamiento comprometido, de acuerdo con la metodología que se definiera en los respectivos contratos. Se preveía que esos costos podrían ser revisados por la Secretaría cuando alguno de sus componentes presentara variaciones significativas, de manera de garantizar que dicho costo siempre se encontrara cubierto por la remuneración asignada¹⁹⁵.

El precio ofertado en los Contratos de Abastecimiento MEM sería abonado por los distribuidores y/o prestadores de dicha función del MEM que abonaran sus compras en el Mercado Spot a Precio Estacional, a través de dichos precios estacionales¹⁹⁶.

Se dispuso también que las obligaciones de pago derivadas de los Contratos de Abastecimiento MEM tendrían una prioridad de cancelación igual a las establecidas en el numeral e) del art. 4º de la Resolución SE 406/2003 y que en caso de modificarse el orden de prioridad a aplicar para la consolidación de las deudas a favor de los acreedores del MEM en ella establecido, la prioridad de cancelación de las obligaciones de pago derivadas del contrato no podría ser inferior a la correspondiente al reconocimiento de los costos operativos de los generadores térmicos¹⁹⁷.

Los Contratos de Abastecimiento debían incluir un régimen de sanciones por incumplimiento, función de la afectación que pudiera introducir la indisponibilidad de las unidades comprometidas en los referidos contratos en el adecuado abastecimiento de la demanda de energía eléctrica del SADI¹⁹⁸.

Se facultó al Subsecretario de Energía Eléctrica a efectuar todas las comunicaciones a los efectos de interactuar con CAMMESA, resolviendo las cuestiones relativas a la aplicación e interpretación de la Resolución SE 220/2007¹⁹⁹.

¹⁹² Art. 4 de la Resolución SE 220/2007.

¹⁹³ Art. 3, inc. a) de la Resolución SE 220/2007.

¹⁹⁴ Art. 3, inc. d) de la Resolución SE 220/2007.

¹⁹⁵ Art. 5 de la Resolución SE 220/2007.

¹⁹⁶ Art. 5 de la Resolución SE 220/2007.

¹⁹⁷ Art. 8 de la Resolución SE 220/2007.

¹⁹⁸ Art. 3, inc. f) de la Resolución SE 220/2007

¹⁹⁹ Art. 9 de la Resolución SE 220/2007.

En los contratos²⁰⁰ se dispuso la obligación de pago de la Compradora y, dado que se trata de una remuneración fijada en dólares y pagadera en pesos, la Secretaría se reservó la facultad de aprobar la nueva referencia para la obtención de la tasa de cambio acordada por las partes, en caso de que la referencia adoptada en el contrato se modificara, sustituyera o no se publicara en el futuro.

De verificarse incumplimientos que pudieran derivar en la rescisión contractual, así como ante eventos de caso fortuito o fuerza mayor, debía notificarse a la Secretaría. Se previó también la posibilidad de resolver el contrato cuando mediaran razones objetivas para ello, en cuyo caso las Partes debían proponerlo a la Secretaría quien, a su solo juicio, podría rechazar o autorizar la resolución.

Los contratos debían regirse según sus términos y de conformidad con el marco regulatorio eléctrico. Frente a divergencias o controversias derivadas de la interpretación y/o ejecución de los contratos, y ante la falta de acuerdo entre las partes, debía recurrirse a la Secretaría para su resolución final y, subsidiariamente, se determinó el sometimiento a la jurisdicción de los tribunales ordinarios de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por aplicación de esta resolución se celebraron también Contratos de Abastecimiento de energía entre CAMMESA y ENARSA en el marco del programa conocido como Energía Distribuida²⁰¹, y los suscriptos a partir de la licitación convocada por ENARSA para la construcción, operación y mantenimiento de centrales de generación eléctrica con base en energías renovables, conocido como GENREN²⁰².

4.2. Contratos de Abastecimiento suscriptos por CAMMESA en el marco del FONINVEMEM

En 2010, con la habilitación comercial de la Central Termoeléctrica Manuel Belgrano y la Central Termoeléctrica Timbúes desarrolladas en el marco del "Fondo para inversiones necesarias que permitan incrementar la oferta de energía eléctrica en el MEM" creado a partir de la Resolución SE 712/2004 (FONINVEMEM), entraron en vigencia los respectivos Contratos de Abastecimiento de energía eléctrica suscriptos entre el Fiduciario de los respectivos Fideicomisos²⁰³ titulares de las Centrales (Banco de Inversión y Comercio Exterior, o "BICE"), en representación de los Fideicomisos, y CAMMESA, en cuanto OED, por cuenta y cargo de los Agentes del MEM, para el abastecimiento de la energía eléctrica generada por cada Central.

²⁰⁰ La Resolución SE 220/2007 no aprobó el modelo de contrato, sino que este fue posteriormente remitido por la Secretaría de Energía a CAMMESA con la instrucción correspondiente.

²⁰¹ Resolución SE 1836/2007.

²⁰² Resolución SE 712/2009.

²⁰³ Fideicomiso Central Termoeléctrica Timbúes y Central Termoeléctrica Manuel Belgrano, constituidos en el ámbito de CAMMESA, por cuenta y orden del Estado Nacional (conf. Acuerdo Definitivo), destinados a realizar la administración de los fondos comprometidos para la compra del equipamiento, la construcción y la operación y mantenimiento de las Centrales. En los respectivos Contratos de Fideicomiso CAMMESA actuaba como Fiduciante, el BICE como Fiduciario, la Secretaría de Energía como Autoridad Regulatoria, y cada Sociedad Generadora como Fideicomisario.

En los Contratos de Abastecimiento, los Fideicomisos eran la parte Vendedora, como Agentes Generadores del MEM por las respectivas Centrales, y CAMMESA la parte Compradora, por cuenta y cargo de los Agentes del MEM.

Esos contratos también fueron suscriptos por la Secretaría de Energía, como Autoridad Regulatoria del MEM, sin cuyo concurso las partes no podrían modificar total o parcialmente el Contrato de Abastecimiento, y por las Sociedades Gerentes²⁰⁴ -conformadas por agentes generadores aportantes de acreencias consolidadas (LVFVD)-, estas últimas aceptando el contenido del Contrato de Abastecimiento y las obligaciones a su cargo como responsables de la operación y gestión del mantenimiento de las respectivas Centrales, en los términos de los Contratos de Operación y Gerenciamiento del Mantenimiento (COyM) suscriptos con los respectivos Fideicomisos.

Como se mencionó en el apartado 2.2.1 las referidas Centrales se construyeron a partir de la creación del FONINVEMEM en el año 2004, fondo implementado por la Secretaría de Energía como un procedimiento para financiar y gestionar las inversiones necesarias para aumentar la oferta de generación en un contexto en que no era esperable la concurrencia de capitales de riesgo, para lo cual convocó a los acreedores del MEM invirtieran parte de sus acreencias consolidadas (LVFVD) generadas a partir de lo dispuesto en la Resolución SE 406/2003, concretando su participación mediante la suscripción del Acuerdo Definitivo.

Durante la vigencia de los Contratos de Abastecimiento -diez años contados desde la fecha de Habilitación Comercial de las Centrales- debía pagarse a los generadores el aporte de las LVFVD efectuado para la construcción de las Centrales. En ese sentido, el precio de los Contratos de Abastecimiento incluía el pago de las acreencias a cancelar con los Agentes Generadores del MEM con LVFVD-A, B y C conforme lo reglado en el Contrato de Fideicomiso y de los aportantes de capital (inversores) o de financiamiento extra MEM del Fideicomiso que, conforme el artículo 4 del Acuerdo Definitivo, confirieron distintos derechos a sus titulares²⁰⁵. También se contemplaba en el precio un término mensual representativo del aporte necesario para conformar el Fondo de Contingencias que contara, como mínimo, con recursos equivalentes al monto necesario para cubrir, durante tres meses, el pago mensual del capital aportado por los sujetos indicados en el artículo 4 del Acuerdo Definitivo y los intereses correspondientes, entre otros.

²⁰⁴ Termoeléctrica José de San Martín S.A. y Termoeléctrica Manuel Belgrano S.A.

²⁰⁵ En el Acuerdo Definitivo se determinaban los distintos tipos de derechos de acuerdo a las siguientes categorías: i) agentes titulares de LVFVD que hubieran suscrito el Acuerdo Definitivo y conformado las Sociedades Generadoras (titulares de LVFVD "A"); ii) agentes titulares de LVFVD que hubieran adherido al Acta de Adhesión, sin la obligación de gestionar los proyectos ni obtener financiamiento adicional (titulares de LVFVD "B"); agentes titulares de LVFVD que no hubieran adherido al Acta de Adhesión (titulares de LVFVD "C"); iv) aportantes de capital (inversores) extra MEM, incluyendo al Estado Nacional por los fondos asignados a ese efecto (de conformidad con el Acuerdo Definitivo podían provenir de los recursos originados por la creación de un cargo tarifario; v) aportantes extra MEM que dispusieran exclusivamente de financiamiento para la construcción de las Centrales, vi) aportantes exclusivamente de financiamiento para la construcción de las Centrales (art. 4). El costo del Contrato de Abastecimiento debía incluir -conforme el Acuerdo Definitivo- el cargo necesario para hacer frente al pago de la deuda adquirida con inversores financieros de las Centrales y los pagos a los acreedores con LVFVD que hubieran o no suscripto el Acta (art. 3 del Acuerdo Definitivo).

En tal sentido, en el marco del Acuerdo Definitivo y de los Contratos de Fideicomiso, durante la vigencia de los Contratos de Abastecimiento la demanda del MEM debía abonar el pago de la energía y potencia generada por cada Central, como el mecanismo de repago ofrecido a los aportantes de inversión y financiamiento, incluyendo los agentes generadores que aportaron las LVFVD para la ejecución de las Centrales.

Por su parte, el Acuerdo Definitivo previó, como compromiso de la Secretaría de Energía, que esta debía propiciar un decreto del Poder Ejecutivo que aprobara ese acuerdo y el Acta de Adhesión, e indicara que el costo del contrato formaría parte del Precio Estacional y que el costo del transporte firme de gas natural estaría a cargo de todo el MEM²⁰⁶.

A su vez, conforme se estableció en el Acuerdo Definitivo y en los Contratos de Fideicomiso, al finalizar los Contratos de Abastecimiento -y junto con ello, los Contratos de Fideicomiso-, las Sociedades Generadoras -conformadas por ciertos agentes titulares de LVFVD, que suscribieron el referido Acuerdo Definitivo-, serían "Fideicomisario" de los Contratos de Fideicomiso y por lo tanto titulares del patrimonio fideicomitado, incluyendo las Centrales, sujeto al cumplimiento de la condición suspensiva establecida en los referidos contratos, vinculada con el ingreso del Estado Nacional como accionista en las respectivas Sociedades Generadoras, por los aportes que le otorgaran derecho a participación accionaria conforme las pautas del Acuerdo Definitivo.

En el Acuerdo Definitivo se estableció que la Secretaría debía garantizar el cobro de las acreencias generadas por el Contrato de Abastecimiento con el MEM, entre otros compromisos vinculados con ese contrato, que involucraban efectuar las adaptaciones necesarias al marco regulatorio²⁰⁷. Para el Contrato de Abastecimiento se previó además la asistencia del Grupo de Asesoramiento creado en el ámbito de la Secretaría de Energía²⁰⁸.

Los Contratos de Abastecimiento establecían la obligación de pago de la Compradora y el pago prioritario, con una prioridad equivalente a la prevista en el inciso e) del artículo 4 de la Resolución SE 406/2003, y para el caso en que se modificara la referida prioridad, la prioridad a aplicar no podría ser inferior a la correspondiente al reconocimiento de los costos operativos de los generadores térmicos del MEM.

La Autoridad Regulatoria se reservó la facultad de aprobar la nueva referencia para la obtención de la tasa de cambio acordada por las partes, en caso de que la referencia adoptada en el contrato se modificara, sustituyera o no se publicara en el futuro.

En caso de verificarse incumplimientos que dieran lugar a la rescisión contractual - incumplimientos graves, imputables a culpa grave, negligencia o dolo de una de las partes- o ante

²⁰⁶ Por la Resolución MPFIPYS 1506/2006 se aprobó el acuerdo alcanzado entre la Secretaría de Energía y los agentes del MEM individualizados en la Resolución SE 1371/2005, en los términos del Acta de Adhesión (Anexo de la Resolución SE 1427/2004) y el Acuerdo Definitivo (Anexo de la Resolución SE 1193/2005).

²⁰⁷ Art. 6, inc. a) y ss. del Acuerdo Definitivo, Resolución 1193/2005.

²⁰⁸ Art. 5 del Acuerdo Definitivo.

incumplimientos que derivaran en el pago de penalidades, debía notificarse a la Autoridad Regulatoria; así como también debía notificarse a esa autoridad ante eventos de caso fortuito o fuerza mayor.

Los contratos debían regirse según el marco regulatorio eléctrico, los Contratos de Fideicomiso y la Resolución SE 1193/2005 y la Nota SE 1368/2005.

Ante la falta de acuerdo entre las partes por divergencias o controversias derivadas de la interpretación y/o ejecución de los contratos, debía recurrirse a la mediación de la Autoridad Regulatoria. De no resolverse la controversia, las partes se sometían a la jurisdicción de los Tribunales Federales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4.3. Contratos de Abastecimiento suscriptos por CAMESA bajo las Resoluciones 21/2016 y 287/2017 de la Secretaría de Energía Eléctrica

En el marco de la emergencia energética declarada por el Decreto 134/2015, mediante las Resoluciones SEE 21/2016 y 287/2017 se efectuaron sendas convocatorias para ofertar nueva capacidad de generación térmica y de producción de energía eléctrica asociada, con compromiso de estar disponible en el MEM para satisfacer requerimientos esenciales de la demanda, desde los Periodos Estacionales Verano 2016/2017, Invierno 2017, o Verano 2017/2018²⁰⁹, así como para vender energía eléctrica proveniente de la instalación de nueva capacidad de generación mediante la utilización de la tecnología de cierre de ciclo combinado o cogeneración, con compromiso de estar disponible para satisfacer la demanda en el MEM²¹⁰, respectivamente.

La convocatoria realizada mediante la Resolución SEE 21/2016 consideró el estado crítico del Sistema Eléctrico Argentino y la necesidad de incorporar nueva capacidad de generación de energía eléctrica en plazos muy acotados, en el marco de la decisión regulatoria de avanzar hacia la plena operatividad del marco regulatorio eléctrico. Por su parte, la Resolución SEE 287/2017 fue precedida de una convocatoria a manifestar interés para el desarrollo de proyectos de infraestructura eléctrica que contribuyeran a la reducción de costos en el MEM y al aumento de la confiabilidad del sistema²¹¹, como resultado de lo cual se decidió licitar la generación de energía eléctrica proveniente de la instalación de cierre de ciclos combinados y cogeneración teniendo en cuenta el bajo requerimiento de combustibles que implicaban los proyectos, las posibilidades del sistema eléctrico -en función de las condiciones a ese momento-, la minimización del uso de combustibles hidrocarbúricos, la posibilidad del inicio temprano de los proyectos, la rápida obtención de resultados en el incremento de eficiencia y la consecuente reducción de costos, proyectos estos últimos que contribuyeron a superar la situación de insuficiencia de capacidad de generación que motivó la declaración de emergencia eléctrica mediante el decreto 134/2015²¹².

²⁰⁹ Art. 1, Resolución SEE 21/2016.

²¹⁰ Art. 1, Resolución SEE 287/2017.

²¹¹ Resolución SEE 420/2016.

²¹² Cfr. Considerandos Resolución SSRYME 25/2019.

En ambas convocatorias, los oferentes cuyas ofertas resultaran seleccionadas por la Secretaría de Energía Eléctrica debían formalizar los compromisos mediante la suscripción de los respectivos contratos. En el caso de la Resolución SEE 21/2016, mediante un Contrato de Venta de Disponibilidad de Potencia de Generación Eléctrica y Energía Asociada en el MEM denominado CONTRATO DE LA DEMANDA MAYORISTA (CdD) a suscribir entre el generador y los Agentes Distribuidores y Grandes Usuarios del MEM, representados por CAMMESA²¹³, y en el caso de la Resolución SEE 287/2017, mediante un contrato bajo la misma denominación (CdD) entre el generador y los demandantes del MEM, representados también por CAMMESA²¹⁴.

No obstante ello, se dispuso que CAMMESA podría transferir proporcionalmente los contratos a los Agentes Demandantes en el MEM de acuerdo con la norma que en tal sentido dictara la referida Secretaría de Energía Eléctrica, sin perjuicio de la garantía de pago en el MEM por la prioridad establecida para el pago de los contratos que se otorgó en las respectivas convocatorias²¹⁵. A su vez, se dispuso que los Distribuidores y Grandes Usuarios del MEM abonarían mensualmente el costo correspondiente a los CdD proporcionalmente a su demanda en ese mercado²¹⁶.

Con el objeto de atraer las inversiones necesarias y también para reducir el costo del financiamiento, en las respectivas convocatorias, además de fijarse precios en dólares estadounidenses, se aseguró el pago prioritario de las obligaciones surgidas de los contratos, otorgándoles la prioridad de pago que a ese momento tenía en el MEM el cubrimiento de los costos de combustibles para la generación de energía eléctrica y en particular, de los combustibles líquidos²¹⁷.

Con similar finalidad, para el caso de los contratos suscriptos bajo la Resolución SEE 287/2017 se previó el establecimiento de un mecanismo de garantía para cubrir el costo de los contratos en caso de insuficiencia de recursos, a través de la integración de un fondo a tal efecto - el Fondo de Garantía de Pago o FGP²¹⁸-. La metodología para la conformación y administración del referido fondo debía ser informada por la Secretaría de Energía Eléctrica, siendo obligación de CAMMESA resguardar los recursos del FGP en una Cuenta Custodia a crearse a dichos efectos.

²¹³ Art. 3, Resolución SEE 21/2016. Esta resolución no aprobó el modelo de contrato, sino que dispone sus características.

²¹⁴ Art. 4 de la Resolución SEE 287/2017, punto 3 del Título I del PBC, y modelo de contrato acompañado al PBC.

²¹⁵ Punto 22.2 del modelo de contrato Resolución SEE 287/2017 y del mismo modo se establece en contratos suscriptos en el marco de la Resolución SEE 21/2016.

²¹⁶ Art. 5 de la Resolución SEE 21/2016.

²¹⁷ El art. 3, punto 14, de la Resolución SEE 21/2016 específicamente prevé que la prioridad de pago de los CdD será primera en el orden de prelación, equivalente a la que tienen los Contratos de Abastecimiento vigentes con el BICE, como Fiduciario de los Fideicomisos Central Termoeléctrica Manuel Belgrano y Central Termoeléctrica Timbúes, desde enero y febrero del año 2010, respectivamente. Esta prioridad de pago a la vez es y se mantendrá equivalente a la que tiene el pago del costo de los combustibles líquidos utilizados para la generación de energía eléctrica. El art. 8 de la Resolución SEE 287/2017 establece la prioridad de pago que tiene en el MEM el cubrimiento de los costos de combustibles para la generación de energía eléctrica.

²¹⁸ Punto 14 del Título 1 del PBC (Resolución SEE 287/2017).

De acuerdo con lo dispuesto en los contratos, el marco normativo aplicable se ciñe al propio texto del contrato, la Resolución de la respectiva convocatoria -que en el caso de la Resolución SEE 287/2017 contiene el PBC y el modelo de contrato-, las normas del derecho privado argentino que sean aplicables, el Marco Regulatorio Eléctrico -integrado por las leyes 15.336 y 24.065- y Los Procedimientos²¹⁹.

Específicamente, se estableció que la convocatoria y del contrato se regirán y serán interpretados de acuerdo con las leyes, normas y principios generales del derecho privado, en todo cuanto no contradigan el marco regulatorio eléctrico²²⁰.

Para la resolución de divergencias que pudieran suscitarse, las partes se sometieron a la jurisdicción de los tribunales nacionales en lo Civil y Comercial con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, renunciando a cualquier otra que pudiera corresponderles²²¹. Por otra parte, toda modificación o enmienda de los contratos debía efectuarse por acuerdo de partes²²².

Si bien, como se indicó, CAMMESA es la parte Compradora en los contratos -y quien asumió las obligaciones de pago- y también efectuó la evaluación de la admisibilidad formal y técnica de las ofertas, tanto en el procedimiento de selección como durante la ejecución de los respectivos contratos, la Secretaría de Energía Eléctrica se reservó ciertas facultades.

De esta forma, amén de efectuar las respectivas convocatorias y aprobar las bases de la contratación, en el procedimiento de selección la mencionada Secretaría tuvo a su cargo la determinación de la metodología a aplicar para la evaluación de las ofertas²²³ y, posteriormente, la aprobación del volumen de potencia contratada y energía suministrada con las empresas oferentes con quienes CAMMESA debía suscribir los contratos²²⁴, sin perjuicio de la potestad de decidir la no contratación y rechazo de hasta la totalidad de las ofertas si el precio ofertado no fuera aceptable o no cumpliera con los objetivos propuestos o, en su caso, de declarar desierta la convocatoria sin expresión de causa y sin derecho alguno por parte de los oferentes.

En el marco de los contratos, en casos de incumplimientos que pudieran dar lugar a la rescisión contractual se previó que la parte cumplidora pudiera intimar al cumplimiento, otorgando un plazo razonable para hacerlo, o resolver el contrato bastando a tal efecto la sola comunicación

²¹⁹ Como se señaló, si bien la Resolución SEE 21/2016 no aprobó un modelo de contrato, surge de los contratos suscriptos en ese marco; y punto 2 del modelo de contrato acompañado al PBC (Resolución SEE 287/2017).

²²⁰ Punto 9.3. del Título 1 del PBC, Resolución SEE 287/2017.

²²¹ Punto 23.4 del modelo de contrato del PBC (Resolución SEE 287/2017), contratos consultados en el marco de la Resolución SEE 21/2016.

²²² Punto 25.1 del modelo de contrato del PBC (Resolución SEE 287/2017), y contratos consultados en el marco de la Resolución SEE 21/2016.

²²³ En el caso de la de la Resolución SEE 21/2016, la Secretaría aprobó los términos de referencia para la formulación de ofertas (Nota SEE 161/2016) y la metodología de evaluación de la que surgió un orden de mérito (Notas SEE 187/2016 y 201/2016). En el caso de la Resolución SEE 287/2017, las características generales de la metodología de evaluación, cuyos aspectos particulares fueron luego remitidos a la SEE por CAMMESA para su consideración, se dispuso en el Título II del PBC (Resolución SEE 287/2017).

²²⁴ Resoluciones SEE 155/2016, 216/2016 y 387/2016 en el marco de la de la Resolución SEE 21/2016 y Resolución SEE 820/2017, en el marco de la Resolución SEE 287/2017.

en forma fehaciente, en ambos casos, con la respectiva notificación a la Secretaría de Energía Eléctrica²²⁵.

Para el caso de demoras en la habilitación comercial total de las máquinas comprometidas hasta un determinado plazo, el oferente debería abonar una penalidad diaria calculada del modo establecido en los contratos; y en caso en que esa demora fuera mayor a los 180 días de la fecha comprometida, se dispuso que el contrato quedaría resuelto de pleno derecho, automáticamente sin necesidad de notificación alguna y sin derecho a indemnización de ningún tipo en favor del oferente, debiendo CAMMESA comunicar el hecho a la mencionada Secretaría y remitiendo, a su requerimiento, los antecedentes del caso²²⁶.

Durante la ejecución de los contratos suscriptos con CAMMESA, la autoridad en materia energética adoptó decisiones que implicaron la modificación de sus términos, como es el caso de la aplicación de penalidades y las cláusulas de rescisión contractual, para lo cual aquella tuvo en cuenta la concreción de los objetivos de la convocatoria -entre ellos, la incorporación de nueva capacidad de generación de energía eléctrica que permitiera garantizar la prestación de los servicios públicos de electricidad en condiciones técnicas y económicas adecuadas- e invocó la preservación del interés público comprometido. A esos fines se ponderaron los beneficios para el sistema eléctrico derivados de la convocatoria y el cumplimiento de los objetivos planteados por la Secretaría, que contribuyeron a superar la situación de insuficiencia de capacidad de generación que motivó la declaración de la emergencia energética (Decreto 134/2015), así como la envergadura de las inversiones realizada por los generadores²²⁷.

En el caso de los contratos suscriptos bajo la Resolución SEE 21/2016, frente a atrasos de los generadores en el cumplimiento de la fecha comprometida para obtener la habilitación comercial, se dispuso que el pago de las multas correspondientes se descontaría de la suma a percibir por el generador sancionado a partir de la habilitación comercial efectiva, en doce cuotas mensuales, iguales y consecutivas, pudiendo optar el generador por extenderlo hasta en cuarenta y ocho cuotas, en este caso, con una TEA equivalente al 1,7% nominada en dólares, no pudiendo superar las cuotas la vigencia del contrato²²⁸. Para el supuesto de las demoras que dieran lugar a la rescisión contractual, de encontrarse finalizada la central, se mantendría la vigencia del respectivo contrato sin perjuicio de la aplicación de las penalidades y demás consecuencias contractuales que pudieran corresponder; y para la determinación de la fecha de finalización de la vigencia del contrato, el plazo se computaría desde la fecha comprometida de habilitación comercial²²⁹.

En el supuesto de los contratos suscriptos bajo la Resolución SEE 287/2017, se convocó a los generadores a establecer una nueva fecha de compromiso de habilitación comercial²³⁰, para lo

²²⁵ Punto 20.3.2 del contrato 287.

²²⁶ Puntos 12.5 y 10 del modelo de contrato 287; Punto 9 y 10 del contrato Resolución 21/2016.

²²⁷ Considerandos de las Resoluciones SEE 264/2018 y SSRRYME 25/2019.

²²⁸ Art. 1 de la Resolución SEE 264/2018.

²²⁹ Art. 2 de la Resolución SEE 264/2018.

²³⁰ Art. 1 de la Resolución SSRRYME 25/2019.

cual la autoridad en materia energética tuvo en cuenta que la demora en el ingreso de esos proyectos no producía afectación al normal abastecimiento de la demanda y representaba un ahorro económico para el sistema, en virtud del crecimiento moderado de la demanda y el equipamiento existente, así como los ingresos confirmados de generación renovable.

Para quienes optaran por la adecuación de la mencionada fecha se modificaban ciertas condiciones contractuales. En el caso en que la nueva fecha excediera de aquélla que originariamente daba lugar a la rescisión automática, se mantenía la vigencia del contrato, sin perjuicio de la aplicación de las penalidades y demás consecuencias contractuales, entre ellas, el cómputo del plazo de vigencia del contrato que tendría inicio a partir de la fecha de habilitación comercial comprometida inicialmente, siendo aplicable un régimen de reducción acumulada del plazo de vigencia del contrato²³¹. También se dispuso un régimen similar al previsto para los contratos suscriptos en el marco de la Resolución SEE 21/2016 para el pago en cuotas de las penalidades, con el objeto de que la aplicación efectiva de las sanciones económicas no afectara el desarrollo de los proyectos²³². Con posterioridad, en el año 2022, la Secretaría de Energía aprobó una nueva convocatoria con ciertas modificaciones adicionales²³³.

La aplicación de las medidas antes comentadas por parte de la autoridad con competencia energética implicó en consecuencia la modificación de las condiciones contractuales, que se plasmaron mediante adendas a los respectivos contratos suscriptas por CAMMESA y los generadores.

Además de las previsiones antes mencionadas, durante 2020, en el marco de las situaciones excepcionales y anómalas generadas a partir de la pandemia COVID 19, la Secretaría de Energía efectuó una revisión de las condiciones de exigibilidad de ciertas obligaciones emergentes de contratos bajo distintos regímenes -entre ellos, los suscriptos con motivo de las Resoluciones SEE 21/2016 y 287/2017- y de la regulación vigente, como resultado de lo cual instruyó a CAMMESA la suspensión de plazos y de aplicación de penalidades²³⁴.

Otra facultad reservada por la Secretaría de Energía Eléctrica en los contratos suscriptos por CAMMESA en el marco de las Resoluciones mencionadas es la aprobación de la nueva referencia para la obtención de la tasa de cambio acordada por las partes, en caso de que la referencia adoptada en el contrato se modificara, sustituyera o no se publicara en el futuro²³⁵, teniendo en cuenta de que se trata de una remuneración fijada en dólares y pagadera en pesos.

²³¹ Arts. 2 y 3 de la Resolución SSRRYME 25/2019.

²³² Art. 5 de la Resolución SSRRYME 25/2019.

²³³ Resolución SE 39/2022.

²³⁴ NO-2020-37458730-APN-SE#MDP, NO-2020-60366379-APN-SSEE#MEC y NO-2020-88681913-APN-SE#MEC.

²³⁵ Punto 13.2.7.del Título I de la Resolución SEE 287/2017 y de igual modo en los contratos consultados en el marco de la Resolución 21/2016.

4.4. Contratos de Abastecimiento suscriptos por CAMMESA en el marco del Programa RenovAr

Con el invocado objeto de aumentar la participación de las fuentes renovables de energía en la matriz energética del país, en el marco del Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables, sancionado por la Ley 26.190 y modificado y ampliado por la Ley 27.191, y su reglamentación aprobada por el Decreto 531/2016, el Ministerio de Energía y Minería convocó a interesados en ofertar en los Procesos de Convocatoria Abierta Nacional e Internacional para la contratación en el MEM de energía eléctrica de fuentes renovables de generación en las respectivas rondas del Programa RenovAr²³⁶, aprobó los pliegos y los modelos de contrato correspondientes y, una vez desarrollado cada procedimiento, instruyó a CAMMESA a adjudicar los respectivos Contratos de Abastecimiento²³⁷.

Al efectuar las convocatorias, el Ministerio de Energía y Minería consideró que la celebración de esos contratos contribuiría significativamente en el cumplimiento del objetivo establecido las Leyes 26.190 y 27.191-de alcanzar la cobertura del 8% del consumo de energía eléctrica nacional con energía proveniente de fuentes renovables al 31/12/2017²³⁸- y que del Decreto 882/2016 resultaba en forma expresa que era esencial acelerar los tiempos de instalación de las centrales de generación de energía eléctrica de fuente renovable en el marco de lo dispuesto en las referidas leyes, en atención a la contribución fundamental que significarían para superar la emergencia del sector eléctrico nacional, declarada por el Decreto 134/2015, el que también instruyó al mencionado Ministerio a realizar las acciones pertinentes²³⁹.

En las convocatorias se especificó que CAMMESA celebraría los contratos en representación de los Distribuidores y Grandes Usuarios del MEM, hasta su reasignación en cabeza de los Agentes Distribuidores y/o Grandes Usuarios del MEM²⁴⁰, y que el CAMMESA podría transferir los contratos a favor de uno o más de ellos, de acuerdo con el procedimiento que estableciera la regulación, siempre que tal transferencia no afectara la validez u operatividad de los derechos del Vendedor en su carácter de beneficiario del Fondo para el Desarrollo de Energías Renovables (FODER)²⁴¹.

Como resultado de ello, los Contratos de Abastecimiento de Energía Eléctrica Renovable fueron suscriptos entre CAMMESA, actuando por instrucción regulatoria en los términos del artículo

²³⁶ Resoluciones MEyM 136/2016 (Ronda 1), 252/2016 (Ronda 1.5), 275/2017 (Ronda 2), y Resolución SGE 100/2018, con las modificaciones introducidas por la Resolución SGE 90/2019 (Ronda 3, que se conoció como MiniRen).

²³⁷ Resoluciones MEyM 213/2016 (Ronda 1), 281/2016 (Ronda 1.5), 473/2017 y 488/2017 (Ronda 2), y Disposición SSERYEE 91/2019 (Ronda 3). En el presente se hará referencia a las Rondas 1, 1.5 y 2.

²³⁸ Conf. art. 2 de la Ley 26.190, sustituido por la Ley 27.191. Esta última también dispuso, como objetivo de la segunda etapa del Régimen instituido por la primera, lograr una contribución de las fuentes renovables de energía hasta alcanzar el 20% del consumo de energía eléctrica nacional, al 31/12/2025. Se previó que el cumplimiento de esos objetivos se hiciera en forma gradual, y que los grandes usuarios debían cumplirlos en forma efectiva e individual.

²³⁹ Considerandos Resolución MEyM 252/2016.

²⁴⁰ Art. 1 de las Resoluciones MEyM 136/2016, 252/2016 y 275/2017.

²⁴¹ Cláusula 19.3 del Modelo de Contrato (Ronda 1, 1.5 y 2).

1 de la Resolución SE 2022/2005 y en representación de los Agentes Distribuidores y Grandes Usuarios del MEM, como Comprador, y el respectivo agente generador -adjudicatario de la licitación de la ronda del Programa RenovAr de que se trate - como Vendedor²⁴².

Cabe señalar que en los procedimientos licitatorios, la evaluación de las ofertas fue realizada por CAMMESA, quien verificó el cumplimiento de los diferentes requisitos y ordenó los proyectos por tecnología en función del Componente Nacional Declarado (CND); siendo el MEyM quien determinó los beneficios fiscales asignados a cada proyecto en el marco del Régimen de Fomento de Energías Renovables²⁴³, el precio máximo de la adjudicación para cada tecnología sobre el cual debía efectuarse la evaluación de la oferta económica y descartarse las que estuvieran por encima²⁴⁴, y finalmente, la adjudicación de los respectivos Contratos de Abastecimiento, pudiendo proceder al rechazo parcial o total de las ofertas recibidas²⁴⁵.

Tanto la convocatoria como los Contratos de Abastecimiento debían regirse e interpretarse por el derecho privado, en todo cuanto no contradigan el Marco Regulatorio Federal Eléctrico²⁴⁶. Para la solución de controversias se previó el arbitraje internacional, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Desarrollo Mercantil Internacional (CNUDMI)²⁴⁷, cuya incorporación a los contratos fue habitada expresamente mediante el Decreto de Necesidad y Urgencia 882/2016²⁴⁸. Por otra parte, toda modificación o enmienda de los contratos debe efectuarse por acuerdo de partes²⁴⁹.

Ante el acaecimiento de una causal que otorgara derecho al Comprador a rescindir el contrato, este debía actuar de conformidad con la instrucción de la Secretaría de Energía Eléctrica²⁵⁰ y para el caso en que la rescisión operara a favor del Vendedor, en el procedimiento pertinente debía comunicarse a esa Secretaría²⁵¹.

Los pliegos también previeron la prioridad de pago de los Contratos de Abastecimiento, que será primera en el orden de prelación, equivalente a la que tienen los contratos de abastecimiento al MEM de la Resolución SE 220/2007, la que se mantendrá sin perjuicio de que en el futuro se implemente un sistema de recaudación exclusivo que se aplique a lo abonado por la demanda por esos contratos²⁵².

²⁴² Modelos de Contrato (Anexo 6 de los Pliegos, Resoluciones MEyM 136/2016, 252/2016 y 275/2017). En los modelos de contrato se aclara que el objeto es el abastecimiento y la compra de energía eléctrica en los términos y condiciones pactados por las Partes (en el caso del Comprador, actuando de acuerdo a lo instruido por la autoridad con competencia en materia energética).

²⁴³ Art. 5 de las Resoluciones MEyM 136/2016, 252/2016 y 275/2017.

²⁴⁴ Art. 3.6 del Pliego (Ronda 1) y 3.5 del Pliego (Ronda 2).

²⁴⁵ Art. 19 del Pliego (Ronda 1, 1.5 y 2).

²⁴⁶ Art. 6.2. del Pliego (Ronda 1, 1.5 y 2).

²⁴⁷ Cláusula 26 del Modelo de Contrato (Ronda 1, 1.5 y 2).

²⁴⁸ Art. 6.

²⁴⁹ Cláusula 33 del Modelo de Contrato (Ronda 1, 1.5 y 2).

²⁵⁰ Cláusula. 20.2 del Modelo de Contrato (Ronda 1, 1.5 y 2).

²⁵¹ Cláusula 21 del Modelo de Contrato (Ronda 1, 1.5 y 2).

²⁵² Art. 23 del Pliego (Ronda 1, 1.5 y 2).

En las bases de las convocatorias se previó también la celebración, junto con el Contrato de Abastecimiento, de un Acuerdo de Adhesión al Fideicomiso FODER²⁵³, con el Banco de Inversión y Comercio Exterior S.A. -BICE- (Fiduciario) y el Estado Nacional (Fiduciante y Autoridad de Aplicación), en virtud del cual el Vendedor adquiere el carácter de beneficiario del FODER y en cuyo marco se ofrecen distintas garantías²⁵⁴. Estas son la garantía de Pago por Energía respaldando el cumplimiento de las obligaciones de pago de CAMMESA bajo el Contrato de Abastecimiento²⁵⁵; y de pago por terminación, que involucra la obligación de compra y pago del Precio de Venta del Proyecto por parte del Estado Nacional ante ciertos eventos²⁵⁶. Asimismo, provee a los beneficiarios acceso a la garantía indirecta del Banco Mundial por los montos y plazos que en forma optativa podían solicitar los oferentes, que garantiza el pago del Precio de Venta del Proyecto en el caso en que el Estado Nacional incumpla con su obligación de pago²⁵⁷ y cuya vigencia cesa -entre otros supuestos, en la fecha en que la deuda de largo plazo en moneda extranjera de la República Argentina obtenga una calificación de Grado de Inversión.

En los procedimientos dispuestos para el caso de incumplimiento de la obligación de Pago por Energía o para ejercer la Opción de Venta del Proyecto que corresponde al Vendedor, se otorga intervención al MEyM.

El Pago por Energía se respalda con los recursos de la Cuenta de Garantía de Pago por Energía del FODER que son aportados por el Estado Nacional y por el cargo específico -aplicado a los usuarios de energía eléctrica-, fijado en un valor mínimo que permita recaudar y tener en disponibilidad una suma suficiente para garantizar por un plazo mínimo de 12 meses las obligaciones de pago mensuales que surjan de los contratos celebrados por CAMMESA²⁵⁸; en el caso en que se produzca una disminución en más de un 35% del monto indicado, el MEyM debe

²⁵³ Anexo 7 de los Pliegos (Ronda 1, 1.5 y 2). De acuerdo con lo previsto en el Régimen de Fomento de las Energías Renovables uno de los objetivos del FODER -fondo fiduciario público creado por la Ley 27.191, conformado como un fideicomiso de administración y financiero sujeto a la Ley 24.156-, es otorgar avales y garantías para respaldar los contratos de compraventa de energía eléctrica a suscribir por CAMMESA. Asimismo se autorizó al Estado Nacional a celebrar contratos con los beneficiarios del referido Régimen que suscribieran contratos de abastecimiento con CAMMESA en los que se previeran derechos de opción de compra de la central de generación o de sus activos a favor del Estado ante incumplimientos graves del contratista que constituyan una causal de rescisión del contrato; y derechos de opción de venta de la central o de sus activos por parte de su titular ante la ocurrencia de alguna de las causales de venta allí previstas (DNU 882/2016).

²⁵⁴ Arts. 24 y 25 de los Pliegos (Ronda 1, 1.5 y 2).

²⁵⁵ La garantía de las obligaciones de pago de CAMMESA bajo el Contrato de Abastecimiento es por un plazo de 12 meses (Rondas 1, 1.5) y de 6 meses (Ronda 2). El respaldo del FODER respecto de esta obligación se limita a los fondos existentes en la Cuenta de Garantía de Pago por Energía del FODER en cada momento, conforme el procedimiento y la prioridad de pago establecidos en el Acuerdo de Adhesión (art. 6 del Acuerdo de Adhesión).

²⁵⁶ La garantía de compra y pago del Precio de Venta del Proyecto garantiza el pago del valor de venta del Proyecto en el caso que se acredite algunos de los supuestos que faculta al adjudicatario a vender la central al Estado Nacional y obliga a este último a abonar el precio de acuerdo a los parámetros establecidos (art. 7.1. de los Acuerdos de Adhesión).

²⁵⁷ Art. 9 de los Acuerdos de Adhesión. A esos fines, el FODER y el Banco Mundial suscribieron un Contrato de Garantía en virtud de la cual el Banco Mundial garantiza la obligación del Estado Nacional de integrar los aportes al FODER para pagar el Precio de Venta del Proyecto.

²⁵⁸ Decreto 531/2016, art. 7 del Anexo II. La Autoridad de Aplicación debe determinar si los recursos del Tesoro Nacional destinados a esa cuenta son sustitutivos o complementarios de los recursos provenientes del cargo para alcanzar la referida suma. Puede también modificar el plazo de garantía en las bases de la convocatoria.

determinar el cargo -aplicado a los usuarios de energía eléctrica- necesario y/o el aporte de fondos y/o destinar las partidas presupuestarias necesarias para recomponer los fondos existentes en la referida cuenta²⁵⁹.

Entre las causales que habilitan al Vendedor a ejercer esa opción de vender el Proyecto, cabe mencionar la falta de pago del Comprador de determinada cantidad de liquidaciones de venta, así como también la ocurrencia de un Evento de Inconvertibilidad o de un Evento de Intransferibilidad en la medida que la deuda de largo plazo en moneda extranjera de Argentina no posea una calificación de Grado de Inversión; la rescisión anticipada del FODER por causas imputables al Estado Nacional, o cualquier modificación o adenda, siempre que se elimine el respaldo otorgado por la Cuenta de Garantía del FODER en perjuicio del Vendedor y sin el consentimiento de este, y en tanto no se supla por ningún otro instrumento de garantía equivalente; o la falta de cumplimiento por CAMMESA con las disposiciones de cualquier laudo arbitral o sentencia judicial producto de una controversia en el marco del Contrato de Abastecimiento. Como consecuencia de este procedimiento, resulta la transferencia de los activos de la central de generación a la entidad designada por el Ministerio de Energía y Minería²⁶⁰.

El procedimiento para la activación de la garantía por pago del Precio de Venta del Proyecto²⁶¹ supone la previa emisión y transferencia al FODER de las Letras del Tesoro en Garantía por parte del Estado Nacional (a la fecha o antes de la firma del Acuerdo de Adhesión) y la asunción de la obligación de aportar al FODER los recursos necesarios para pagar el Precio de Venta del Proyecto para garantizar el pago correspondiente. En consecuencia, la garantía resulta aplicable para el caso en que el Estado no cumpla con esas obligaciones²⁶².

Durante la ejecución contractual, la autoridad en materia energética permitió la habilitación comercial de los proyectos en una fecha posterior a la comprometida contractualmente, tras valorar que la continuidad de esos contratos -bajo ciertas condiciones- respondía a los objetivos perseguidos por las Leyes 26.190 y 27.191, y se precisaron los casos en que la Autoridad de Aplicación instruiría a CAMMESA para que ejerciera la facultad de rescisión de los contratos ante el acacimiento de los supuestos que habilitaban la rescisión por el Comprador²⁶³.

En ese marco, para el caso de incumplimiento de la Fecha Programada de Habilitación Comercial²⁶⁴ se otorgó un plazo de extensión -adicional al ya previsto contractualmente-, bajo ciertas condiciones y siempre que los proyectos evidenciaran un importante grado de avance, con aplicación de las penalidades que correspondieran y sin perjuicio de lo cual el Período de Abastecimiento se iniciaría en la fecha prevista en el contrato²⁶⁵. Con posterioridad se determinó la modalidad de aplicación de penalidades durante el plazo de extensión -que además fue ampliado-,

²⁵⁹ Art. 6.2. de los Acuerdos de Adhesión.

²⁶⁰ Arts. 7.1 a 7.5 de los Acuerdos de Adhesión.

²⁶¹ Conf. arts. 7 y 8 de los Acuerdos de Adhesión.

²⁶² Art. 8 de los Acuerdos de Adhesión.

²⁶³ Considerandos de la Resolución MEyM 285/2018.

²⁶⁴ Cláusula 20.2 (a) de los Contratos de Abastecimiento.

²⁶⁵ Art. 3 de la Resolución MEyM 285/2018, sustituido por art. 2 de la Resolución SE 742/2021.

las que se reducirían en el porcentaje de avance de obra acreditado²⁶⁶; y para el caso de los proyectos que se hubieran habilitado con posterioridad a la fecha programada -y del plazo adicional previsto en el contrato-, y que no hubieran solicitado el plazo de extensión antes mencionado, se dispuso la reducción de la multa diaria en un 70%²⁶⁷ a partir de los retrasos contractualmente habilitados. Asimismo, se precisaron los casos en los que procede la rescisión por incumplimiento del Vendedor con las normas de seguridad y los estándares de calidad²⁶⁸, sin perjuicio de la imposición de las penalidades²⁶⁹.

También para el pago de las penalidades, con el objeto de que la aplicación efectiva de las sanciones económicas por incumplimiento en la obtención de la habilitación comercial en la fecha comprometida no afectara el desarrollo de los proyectos, habilitó formas de cumplimiento compatibles con dicho desarrollo favoreciendo a su vez la efectiva ejecución de los proyectos, a partir del establecimiento de diferentes modalidades de pago y otorgando plazos para su cumplimiento²⁷⁰. Ese mismo tratamiento se aplicó a la penalidad aplicable por incumplimiento del Componente Nacional Declarado (CND)²⁷¹. En función de las modalidades dispuestas se instruyó a CAMMESA a recalcular los montos de las multas impuestas ya cobradas y en proceso de cobro²⁷².

Por otra parte, la Secretaría de Energía prorrogó en sucesivas oportunidades la fecha para la suscripción de los Contratos de Abastecimiento con los adjudicatarios de la Ronda 2²⁷³, y en virtud del retraso generalizado del cumplimiento de los hitos contractuales y teniendo en cuenta el cumplimiento de las metas dispuestas por las Leyes 26.190 y 27.191, otorgó la posibilidad de extender las Fechas Programadas de Avance de Obras, sujeto al cumplimiento de requisitos que implicaran un beneficio para los usuarios, para el sistema o para la industria nacional en el sector de las energías renovables²⁷⁴. También la mencionada Secretaría prorrogó la Fecha Programada de Habilitación Comercial respecto de la Ronda 3²⁷⁵.

A estos Contratos de Abastecimiento se les aplicó también la suspensión temporal del cómputo de los plazos y de aplicación de penalidades instruida a CAMMESA por la Secretaría de Energía con motivo de la pandemia COVID 19²⁷⁶.

Finalmente, para los titulares de proyectos que por diferentes motivos no pudieron avanzar en la ejecución prevista del proyecto, la Secretaría de Energía estableció los términos para que pudieran reconducir sus contratos por prórroga del plazo -con reducción del período de abastecimiento y reducción del precio- o por reducción de la potencia contratada -manteniendo el

²⁶⁶ Art. 3 de la Resolución MEyM 285/2018, conf. sustitución efectuada por art. 2 de la Resolución SE 742/2021.

²⁶⁷ Art. 3 BIS de la Resolución MEyM 285/2018, incorporado por el art. 3 de la Resolución SE 742/2021.

²⁶⁸ Cláusulas 20.2.(d) del Modelo de Contrato (Ronda 1 y 1.5).

²⁶⁹ Art. 4 de la Resolución MEyM 285/2018.

²⁷⁰ Art. 1 de la Resolución MEyM 285/2018, sustituido por art. 1 de la Resolución SE 742/2021.

²⁷¹ Art. 21.5 de los Pliegos.

²⁷² Art. 3 TER de la Resolución MEyM 285/2018, incorporado por el art. 4 de la Resolución SE 742/2021.

²⁷³ Resoluciones MEyM 212/2018, MEN 64/2018 y SGE 37/2018.

²⁷⁴ Resolución SGE 52/2019.

²⁷⁵ Resoluciones SE 64/2020 y 227/2020.

²⁷⁶ NO-2020-37458730-APN-SE#MDP, NO-2020-60366379-APN-SSEE#MEC y NO-2020-88681913-APN-SE#MEC.

precio, el período de vigencia del contrato y las garantías constituida-; o rescindirlos -con el pago de una suma de dinero definida para cada tecnología, por única vez-. A su vez, para el caso en que, pese a las alternativas brindadas, en los plazos previstos no se alcanzara la habilitación comercial con la prórroga otorgada, o para quienes no hicieran uso de ninguna de aquéllas, la Secretaría de Energía instruyó a CAMMESA a rescindir y a ejecutar las garantías constituidas por los titulares de los proyectos²⁷⁷.

4.5. Contratos de gas suscriptos por CAMMESA para generación de energía eléctrica en el marco del Plan Gas.Ar

En el marco del “Plan de Promoción de la Producción del Gas Natural Argentino–Esquema de Oferta y Demanda 2020-2024” (el “Esquema” o “Plan Gas.Ar”) aprobado por el Decreto 892/2020, mediante la Resolución 317/2020 la Secretaría de Energía instrumentó un procedimiento de oferta y competencia de precios para adjudicar volúmenes de gas natural provenientes de todas las cuencas productivas, así como a la celebración de contratos directos entre las empresas productoras y distribuidoras, por un lado, y entre las primeras y CAMMESA, por el otro.

En la convocatoria a concurso público nacional efectuada por la mencionada Resolución SE 317/2020 se aprobó el pliego de bases y condiciones y el modelo de contrato a suscribir entre las empresas productoras y CAMMESA²⁷⁸, esta última como Comprador, actuando no en nombre propio sino en los términos del Artículo 3 de la Resolución SE 2022/2005, de la Resolución MDP 12/2019 -por la que, entre otros, se restableció la centralización de la gestión comercial y el despacho de combustibles en el OED- y del Esquema, para el suministro de gas natural a ser utilizado en las centrales de generación de energía eléctrica del MEM²⁷⁹.

Si bien en los contratos se establece la Cantidad Máxima Diaria ("CMD") de gas natural para cada mes, durante la vigencia del contrato la CMD podrá ser modificada si la Secretaría de Energía autoriza al Vendedor a destinar gas natural a la exportación en condición firme²⁸⁰, de acuerdo con lo establecido en el Esquema²⁸¹. A su vez, la CMD podrá ser modificada por la referida Secretaría si ésta efectúa reasignaciones en función de variaciones en la demanda de las prestadoras del servicio de distribución y/o de CAMMESA, o ante cambios en la participación de los Productores Firmantes del Esquema²⁸².

En cuanto al precio de venta que el Comprador pagará al Vendedor por las cantidades de gas natural entregadas y tomadas, es el precio ofertado -fijado en dólares y pagadero en pesos-, al que se le aplica el factor de ajuste establecido en el Esquema²⁸³, de acuerdo con el período

²⁷⁷ Resolución SE 1260/2021

²⁷⁸ Aprobado por el art. 4 de la Resolución SE 317/2020.

²⁷⁹ Punto 1 del modelo de contrato.

²⁸⁰ Punto 5.3 del modelo de contrato.

²⁸¹ El punto 77 del Esquema dispone que el volumen de exportación firme allí previsto que efectivamente se exporte será detráido de los contratos vigentes con CAMMESA durante el Período Estacional de Verano.

²⁸² Punto 5.4 del modelo de contrato, conf. punto 23 del Esquema.

²⁸³ Puntos 6.32 y 6.33 del Esquema.

estacional que corresponda²⁸⁴. Sin perjuicio de ello se prevé una reducción de precio en el supuesto de verificarse el incumplimiento del compromiso de inyección por parte del Vendedor en el marco del Esquema²⁸⁵.

Para la rescisión del contrato por parte de CAMMESA se requiere la previa instrucción de la Secretaría de Energía, ya sea que aquélla proceda por la baja del productor del Esquema porque la inyección es inferior a los porcentajes en él determinados o por incumplimientos del Plan de Inversiones²⁸⁶, en cuyo caso el vendedor deberá dar cumplimiento al reintegro de los montos percibidos²⁸⁷; como también en el supuesto en que la rescisión del contrato se produzca ante la solicitud del Comprador de la inyección de gas natural y ante la negativa del Vendedor durante cinco días operativos²⁸⁸.

A su vez, en caso de falta de acuerdo entre las partes en resolver las controversias derivadas del contrato, se dispone la resolución de aquélla por acto administrativo de la Secretaría de Energía²⁸⁹ y se dispone que la omisión de cualquiera de las partes en el ejercicio de cualquier derecho no constituirá renuncia a dicho derecho salvo que se realice por escrito y esté firmada por un representante debidamente autorizado de cada una de las partes, contando para ello con la correspondiente autorización de la referida Secretaría²⁹⁰.

Por último, en cuanto a la jurisdicción, a todos los efectos del contrato las partes se someten a la jurisdicción de los Tribunales en lo Contencioso Administrativo Federal con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con renuncia expresa a cualquier otro fuero o jurisdicción²⁹¹.

En estos contratos, como se indicó, CAMMESA no actúa en nombre propio sino por Instrucción Por Cuenta y Orden en los términos del Artículo 3 de la Resolución SE 2022/2005, amén de las facultades que le fueron otorgadas para centralizar la gestión comercial y despacho de combustible (Resolución MDP 12/2019) y en el marco del Esquema.

En el caso, cabe mencionar que el Esquema implementó un nuevo plan de estímulo para la producción de gas natural mediante el cual el Estado Nacional persigue distintos objetivos, entre ellos, i) viabilizar inversiones en producción de gas natural con el objetivo de satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus propios yacimientos; ii) proteger los derechos de los usuarios actuales y futuros; iii) sustituir importaciones de Gas Natural Licuado y el consumo de combustibles líquidos por parte del sistema eléctrico nacional; vi) coadyuvar con una balanza energética superavitaria y con los objetivos fiscales; vii) generar certidumbre de largo plazo en la producción y distribución de hidrocarburos; viii) otorgar previsibilidad en el abastecimiento a la

²⁸⁴ Punto 14.2 del modelo de contrato.

²⁸⁵ Conf. punto 50.2 o 50.7 del Esquema. Punto 14.3 del modelo de contrato.

²⁸⁶ Puntos 50.4 y 50.8 del Esquema, respectivamente.

²⁸⁷ Punto.18.1 del modelo de contrato.

²⁸⁸ Punto 18.3 del modelo de contrato.

²⁸⁹ Punto 20.2 del modelo de contrato.

²⁹⁰ Punto 23.3 del modelo de contrato.

²⁹¹ Punto 20.3 del modelo de contrato.

demanda prioritaria y al segmento de generación eléctrica de fuente térmica; ix) establecer un sistema transparente, abierto y competitivo para la formación del precio del gas natural compatible con los objetivos de política energética. Asimismo, como objetivos particulares se plantea i) asegurar el suministro, mediante un instrumento que permita disociar el precio del gas natural, que refleja los reales costos de producción y desarrollo, del valor que se traslada a los usuarios por medio de la tarifa; ii) lograr que los costos del sistema eléctrico no aumenten por necesidad de reemplazar gas natural de origen nacional por sustitutos importados de mayor costo.

Para ello, se habilitó a la Secretaría de Energía para efectuar la convocatoria a subastas para la firma de contratos entre productores que adhieran al Esquema y los prestadores del servicio de distribución (para cubrir la demanda prioritaria) y CAMMESA (para usinas térmicas). En el marco del Esquema, el Estado Nacional abona una compensación, resultante de la diferencia entre el precio de traslado a la demanda y el precio ofertado, afectado por los factores de precio aplicable a cada Período Estacional.

Para respaldar el pago de la compensación el Esquema prevé la creación por parte del Estado Nacional de un sistema de garantía que cuente con un procedimiento de liquidación basado en los principios de celeridad y eficiencia administrativas, sin perjuicio de otros mecanismos de garantía del pago de las compensaciones a los Productores Firmantes bajo el Esquema basados en el reconocimiento de créditos fiscales, según se determine en la legislación respectiva y conforme sea reglamentado por la Autoridad de Aplicación y por la AFIP, según corresponda²⁹².

Respecto de ello, la Ley 27.591 (Ley de Presupuesto 2021) contempló el otorgamiento de incentivos para los productores de gas natural a través del pago de una compensación y la emisión de certificados de crédito fiscal en garantía, aplicables a la cancelación de las deudas impositivas que aquéllos mantengan con la AFIP, los que podrán emitirse por hasta el importe de las compensaciones que tengan derecho a percibir los productores en el marco de los planes de incentivo -en el caso, el Esquema- y ser utilizados si hubiere vencido el plazo de pago de las compensaciones sin que aquellas hubieren sido canceladas²⁹³.

A su vez, en el Esquema los Productores Firmantes cuentan con diferentes alternativas ante eventuales incumplimientos del Estado Nacional de la obligación de pago de la compensación²⁹⁴. En ese sentido, para el caso en que el Estado Nacional incumpliere sus obligaciones de pago por el plazo de 6 meses consecutivos o alternados, y/o por las sumas equivalentes a 3 veces la compensación mensual promedio que el Productor Firmante tuviere derecho a percibir, se faculta a estos a dejar de cumplir con sus propias obligaciones -v.gr. dejar de cumplir con el Compromiso de Inyección Total y optar por el derecho a la reducción proporcional de la CMD de los Contratos según su respectiva tasa de declino o a percibir por los Volúmenes Contractualizados el Precio Base y/o el Precio en Cuadros Tarifarios en cuestión- o a darse de baja del Esquema y resolver los Contratos

²⁹² Punto 40 del Esquema.

²⁹³ Art. 89 de la Ley 27.591.

²⁹⁴ Punto 99 del Esquema.

por incumplimiento del Estado Nacional del Esquema, con liberación de las cauciones respectivas. Asimismo, el Productor Firmante tendrá el derecho de ajustar y/o reducir el Compromiso de Inyección Total por terminación de los Contratos por incumplimiento de las prestadoras del servicio de distribución y/o de CAMMESA, en proporción a la CMD prevista en los Contratos terminados.

4.6. Síntesis de casos. ¿CAMMESA sólo responsabiliza al Estado cuando actúa por Instrucción por Cuenta y Orden?

Como se observa en los apartados precedentes, a partir de 2004, además del ejercicio de las atribuciones que corresponden a CAMMESA en su carácter de OED, esa Compañía Administradora empezó a desarrollar una creciente actuación comercial que se materializó -entre otros- en la suscripción de Contratos de Abastecimiento de energía eléctrica y de contratos de suministro de gas natural, en virtud de instrucciones impartidas por la autoridad con competencia en materia energética y/o de resoluciones de esa autoridad que determinaron las respectivas contrataciones.

Distintos aspectos de los contratos suscriptos por CAMMESA en los que actúa en el rol de Comprador de energía eléctrica o de gas natural para generación eléctrica, y de la regulación en cuyo marco aquéllos fueron celebrados -desarrollados en los apartados 4.1 a 4.5--, genera interrogantes respecto del carácter en que contrata CAMMESA, sin perjuicio de la representación que en cada caso se invoca y, a partir de allí, de las consecuencias que de ello podrían derivarse.

En ese sentido, en algunos contratos se aclara que la actuación de CAMMESA no es en nombre propio sino por Instrucción por Cuenta y Orden -art. 3 de la Resolución SE 2022/2005- (contratos bajo el Esquema²⁹⁵); en otros, lo hace por Instrucción Regulatoria -art. 1 de la Resolución SE 2022/2005- y en representación del MEM en su conjunto (Resolución SE 220/2007) o de los Agentes Distribuidores y Grandes Usuarios del MEM (RenovAr). También contrata -a partir de una autorización de la autoridad con competencia en materia energética- en representación de los Agentes Distribuidores y Grandes Usuarios del MEM (Resolución SEE 21/2016) o de los demandantes del MEM (Resolución SEE 287/2017); o en cuanto OED, por cuenta y cargo de los Agentes del MEM (FONINVEMEM). En este último caso, la Secretaría de Energía también suscribe el contrato en su carácter de Autoridad Regulatoria del MEM, cuyo concurso se requiere para modificarlo total o parcialmente.

En los casos en que CAMMESA actúa por “Instrucción por Cuenta y Orden” la instrucción podría configurar un mandato con representación en los términos del art. 1320 CCyC en el que las relaciones activas y pasivas nacen directamente entre el tercero (generador) y el mandante, en el caso, el Estado Nacional. En otros supuestos, sin embargo, la situación no es tan clara.

²⁹⁵ Aquí también lo hace en virtud de las facultades que le fueron atribuidas para la gestión comercial y despacho de combustibles (Res. MDP 12/2019) y del propio Esquema.

La circunstancia de que CAMMESA no actúe en nombre ni interés propio en los Contratos de Abastecimiento de energía eléctrica resultaría acorde con las restricciones estatutarias que no contemplan la comercialización de energía y potencia en el marco de esos contratos.

No obstante ello, no se configura en el caso un supuesto de representación voluntaria de los agentes del MEM ni de representación legal por resultar de una regla de derecho en los términos del artículo 358 del CCyC. De acuerdo a lo previsto en el estatuto de CAMMESA -aprobado por el Decreto 1192/92-, esta sólo actúa como mandatario de los actores del MEM para realizar las gestiones de cobro y/o pago y/o acreditaciones de las transacciones que se celebren entre los diversos actores del MEM; o como mandatario del Estado Nacional ante situaciones que pudieran generar riesgos de desabastecimiento y afectar la seguridad y la calidad habitual del sistema eléctrico, limitando su accionar a la superación de las situaciones excepcionales que le dieron origen, circunstancias estas que -en todo caso- no han sido específicamente invocadas en los contratos ni en las normas por las que la autoridad regulatoria decidió efectuar las contrataciones correspondientes.

En este aspecto, las contrataciones fueron determinadas por la autoridad con competencia en materia energética y tienen impacto sobre determinados sujetos (los Agentes del MEM o los demandantes del MEM) que no prestaron su consentimiento expreso para la celebración de los contratos, aspecto que es propio del carácter imperativo del derecho público lo cual no obsta, sin embargo, a la aplicación del derecho privado a los respectivos contratos²⁹⁶.

Por otra parte, los Agentes Demandantes del MEM no constituyen una entidad con personalidad jurídica propia e independiente de la de cada uno de esos agentes (Distribuidores y Grandes Usuarios del MEM) por lo que no parece claro que mediante la invocada representación pueda asignarse a aquéllos una fracción determinada de derechos, obligaciones y responsabilidades que surgen de los contratos suscriptos por CAMMESA, y quienes, por lo demás, no han intervenido en la decisión de celebrarlos como tampoco participan en su ejecución, independientemente de que se haya previsto en ciertos casos la facultad de transferirles proporcionalmente los contratos, de acuerdo a la norma que dicte la Secretaría de Energía²⁹⁷.

En algunos casos, la referida representación de los Agentes Demandantes del MEM podría estar orientada exclusivamente a atribuirles la obligación de pago del precio de los respectivos contratos²⁹⁸, aunque esto también podría encontrar una limitación a partir de febrero de 2016, en

²⁹⁶ Resoluciones SEE 21/2016 y 287/2017 y RenovAr.

²⁹⁷ Resoluciones SEE 21/2016 y 287/2017 y RenovAr.

²⁹⁸ Resolución SEE 21/2016. En algunos casos, se aclara que es a través del Precio Estacional (Resolución SE 220/2007 y FONINVEMEM).

virtud de la cual los Sobrecostos Contratos MEM²⁹⁹ deben asignarse a toda la demanda de energía eléctrica del MEM³⁰⁰.

Del análisis de los contratos suscriptos por CAMMESA surge que su celebración fue producto de decisiones regulatorias del Estado Nacional adoptadas en el marco de la implementación de distintas políticas dispuestas para el sector energético, y bajo la ponderación de circunstancias que hacen a la consecución del interés público tenido en miras cada momento y a criterio de la Autoridad. Ello se observa en distintos casos, tales como con motivo de la emergencia, con el objetivo de financiar y gestionar las inversiones necesarias para aumentar la oferta de generación en ausencia de concurrencia de capitales de riesgo (FONINVEMEM), o para alentar inversiones que aseguraran el suministro a largo plazo y de establecer las bases reglamentarias para impulsar el ingreso de nueva oferta energética dando señales económicas necesarias y disponiendo las vías de acción para la instalación de nueva oferta de generación (Resolución SE 220/2007), o con motivo de la necesidad de incorporar nueva capacidad de generación de energía eléctrica en atención al estado crítico en que se encontraba el Sistema Eléctrico Argentino (Resolución SEE 21/2016); como también para cumplir con los objetivos perseguidos por las Leyes 26.190 y 27.191 (RenovAr), y para la promoción de la producción de gas natural (el Esquema).

Posiblemente por los objetivos perseguidos en la implementación de tales políticas, el Estado Nacional se reservó diversas facultades tanto en los procesos de selección de los que resultaron la celebración de los respectivos contratos, como en la ejecución contractual, y en distintos casos, adoptó medidas que implicaron modificar los términos de los contratos.

En tal sentido, el Estado Nacional efectuó las convocatorias, aprobó los pliegos de bases y condiciones y los modelos de contratos y determinó, una vez realizados los procedimientos de selección, quiénes debían suscribir los contratos con CAMMESA. Asimismo, se aseguró su intervención en las decisiones relevantes durante la ejecución contractual y modificó luego las condiciones de los acuerdos suscriptos al disponer, entre otros, la posibilidad de fijar nuevas fechas de habilitación comercial de los proyectos y la prórroga de los plazos de ejecución, así como al variar la modalidad de pago de las penalidades y las condiciones de resolución contractual -la que dejó de aplicarse siendo procedente, en cambio, la reducción del plazo contractual de acuerdo a la magnitud del atraso-³⁰¹.

²⁹⁹ Sobre la base de la Nota SE 4566 del 21/07/09 se calcula para cada mes y para cada generador con Contrato de Abastecimiento MEM el Sobrecosto Contrato Abastecimiento MEM (SCAMEM), como la diferencia entre su remuneración por energía y potencia incluyendo las posibles sanciones y/o penalizaciones que le fueren aplicables y que le corresponde por su respectivo contrato, y la que le hubiera correspondido si se valorizara su energía en el Mercado Spot y su disponibilidad de potencia de acuerdo a lo dispuesto en el anexo 21 de Los Procedimientos.

³⁰⁰ Conf. art. 10 de la Resolución 6/2016 del Ministerio de Energía y Minería.

³⁰¹ Cfr. Resoluciones SEE 264/2018 (aplicable a los contratos Res. SEE 21/2016) y SSRRYME 25/2019 (aplicable a los contratos Res. SEE 287/2017); Resolución MEyM 285/2018, y su modificatoria, Resolución SE 742/2021 (RenovAr); Notas NO-2020-37458730-APN-SE#MDP, NO-2020-60366379-APN-SSEE#MEC y NO-2020-88681913-APN-SE#MEC (aplicables a los casos de los contratos suscriptos en el marco de las resoluciones citadas).

La autoridad con competencia en materia energética tiene facultades de resolución de controversias derivadas de la interpretación de los contratos³⁰², cuyos términos, en algunos supuestos, solo pueden ser modificados con su intervención³⁰³; en otros, si bien pueden ser modificados por las partes³⁰⁴, de acuerdo con los antecedentes analizados las modificaciones fueron efectuadas a instancias de la mencionada autoridad³⁰⁵.

A su vez, CAMMESA depende de transferencias de fondos públicos efectuadas por el Estado Nacional para asumir los costos totales de energía eléctrica del sistema entre los que se encuentran los montos correspondientes a los pagos de los Contratos de Abastecimiento. Ello sucede como consecuencia del desfasaje entre el Precio Estacional determinado por la SE y el costo total de la energía.

En ese sentido, más allá del rol de Comprador asignado a CAMMESA en el marco de los respectivos contratos cabe señalar que, en línea con los objetivos para los que fue creada y las funciones que originariamente desarrolló, CAMMESA no cuenta con un presupuesto propio que le permita efectuar el pago de la energía o del gas natural que contrata, bajo las distintas modalidades antes señaladas³⁰⁶.

En los Contratos de Abastecimiento se prevé el pago prioritario de las obligaciones, y algunos de ellos también cuentan con mecanismos que respaldan la obligación de pago en caso de insuficiencia de recursos, a través de la constitución de un Fondo de Garantía de Pago³⁰⁷ o de la Cuenta de Garantía de Pago del FODER³⁰⁸ para los contratos suscriptos en el marco del programa RenovAr; otros, por el contrario, carecen de todo tipo de garantía³⁰⁹. También se ofrecen garantías en el marco del programa RenovAr para la obligación de compra y pago del proyecto de generación

³⁰² Contratos Resolución SE 220/2007 y FONINMEM.

³⁰³ Contrato FONINMEM. En los Contratos Resolución 220/2007 la resolución del contrato por acuerdo de partes solo procede a propuesta de las partes y con la autorización de la SE, quien puede autorizarla o rechazarla a su solo juicio.

³⁰⁴ Contratos Resoluciones SEE 21/2016, 287/2017 y RenovAr.

³⁰⁵ Si bien los Contratos RenovAr prevén que ante atrasos en Hitos de Avance de Obras las Fechas Programadas de Avance de Obras no podrán modificarse sin el consentimiento del Comprador (cláusula 7.2), las modificaciones fueron realizadas con intervención de la Secretaría.

³⁰⁶ Tampoco cuenta con fondos propios para asumir el pago de la importación de combustibles líquidos a utilizar en reemplazo del gas natural para abastecer a centrales eléctricas, ni a los generadores como consecuencia de la mora de las distribuidoras en el pago de la energía vendida, derivada de los congelamientos y atrasos en materia tarifaria. En este último caso, la necesidad de transferencia de fondos se ve incrementada si se consideran las distintas medidas adoptadas por el Estado Nacional que contemplan mecanismos a aplicar por las deudas de los distribuidores con CAMMESA por la compra de energía eléctrica en el MEM con motivo de acreencias tarifarias o ingresos no reconocidos a distribuidores en el marco de sus respectivos contratos -Leyes 27.341 y 27.431 (art. 15), Ley 27.591 (art. 87); esta última previó el establecimiento de un régimen especial de regularización de obligaciones pudiendo reconocer créditos equivalentes a hasta 5 veces la factura media mensual del último año o el 66% de la deuda existente; y la deuda remanente debe ser regularizada mediante un plan de pagos, con hasta 60 cuotas mensuales, hasta 6 meses de gracia y una tasa de interés equivalente de hasta el 50% de la vigente en el MEM-.

³⁰⁷ Fondo de Garantía de Pago de la Resolución SEE 287/2017. De forma similar, el Fondo de Garantía de Pago para garantizar los pagos de los Contratos de abastecimiento MEM a partir de fuentes renovables (GENREN), en cuyo marco CAMMESA (compradora) debía abonar mensualmente un cargo adicional de hasta el 10% al pautado en concepto de retribución por la generación y energía asociada, a fin de garantizar en hasta un 20% las obligaciones futuras de los contratos (art. 4, b) de la Resolución SE 712/2009).

³⁰⁸ Art. 7 de la Ley 27.191, reglamentado por el art. 7 del Anexo II del Decreto 531/2016.

³⁰⁹ Resoluciones SEE 220/2007 y 21/2016.

de energía eléctrica renovable ante ciertas causales de venta que puede invocar y hacer valer el vendedor de esos contratos -por ejemplo, ante la falta de Paga por Energía del Comprador- a través de Letras del Tesoro en Garantía, como garantía soberana.

Como consecuencia de todo lo anterior, sin perjuicio del carácter en que CAMMESA haya contratado en los respectivos contratos y de la calidad de parte Compradora declamada en esos instrumentos, el Estado Nacional no podría ser considerado un tercero totalmente ajeno a las partes cuando es el propio Estado el que, sobre la base de valoraciones de interés público, decidió efectuar las contrataciones, definió sus términos, transfiere los fondos para efectuar los pagos de los costos totales de la energía, incluyendo el correspondiente a los contratos (como consecuencia del desfasaje resultante entre el Precio Estacional establecido por la Secretaría de Energía y el costo de la energía), cuyo cumplimiento -en algunos casos- garantiza por diversos medios, y modifica las condiciones contractuales indicando a CAMMESA las pautas a observar.

En cualquier caso, ante un incumplimiento, acto u omisión de CAMMESA que pudiera derivar en una acción por responsabilidad dirigida contra ella o contra los Agentes Demandantes del MEM, cuya representación fue invocada al momento de contratar, la propia CAMMESA y, en su caso, los referidos agentes, podrían eventualmente alegar para eximirse de responsabilidad, su calidad de terceros y/o el "hecho del príncipe", esto es, la resolución emitida por la autoridad pública a al que debe adecuarse, que le impide cumplir con la obligación a su cargo.

Ante un eventual reclamo, CAMMESA podría pretender invocar como defensa que, tanto al contratar como en su posterior accionar (u omisión), ajustó su proceder a las resoluciones impartidas por la Secretaría de Energía, máxime si se tiene en cuenta que la Ley 24.065 dispone que esa Secretaría es la autoridad responsable de determinar las normas a las que CAMMESA debe ajustar su accionar³¹⁰, y sin perjuicio del alcance que pueda otorgarse a esa competencia.

En ese marco, tal como se ha expuesto a lo largo del presente, los contratos celebrados por CAMMESA cuentan con la participación de un sujeto relevante -el Estado Nacional- que decide la contratación, adopta decisiones durante su ejecución, transfiere los fondos para el suplir el déficit entre el Precio Estacional y el del costo de la energía, y asume ciertas obligaciones -de garantía, entre otras- que puede eventualmente comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación (u omisión) de CAMMESA.

Más allá del reclamo que podría plantearse contra CAMMESA o, en los casos así previstos, contra los Agentes Demandantes del MEM en su carácter de parte Compradora, cabe entonces evaluar la posible responsabilidad del Estado, no solo en los casos en que CAMMESA contrató por "Instrucción Por Cuenta y Orden" -art. 3 de la Resolución SE 2022/2005- (el Esquema), de considerarse que se trata de un mandato con representación, sino en los restantes supuestos analizados, a cuyos fines las notas antes desarrolladas resultan de suma importancia.

³¹⁰ Conf. art. 36 de la Ley 24.065.

En esos supuestos, como se señaló, se observan ciertas características comunes en los distintos Contratos de Abastecimiento celebrados por CAMMESA, pero también diferencias que deben ser consideradas en el análisis propuesto.

Ciertos Contratos de Abastecimiento no previeron la aplicación del derecho privado (FONINVEMEM y Resolución SE 220/2007) y se requiere del concurso de la Secretaría para modificar total o parcialmente el contrato (FONINVEMEM), o de su aceptación o rechazo, por ejemplo, para que sea procedente -a su solo juicio- la resolución propuesta por las partes en caso de mediar razones objetivas (Resolución SE 220/2007); manteniendo la Secretaría facultades de interpretación ante divergencias generadas durante la ejecución contractual. Entre las facultades de la Secretaría de Energía, cabe mencionar a título de ejemplo, que en los contratos celebrados en el marco de la Resolución SE 220/2007 la determinación de la remuneración de la Vendedora se efectúa en base a los costos aceptados por esa Secretaría, pudiendo revisarlos cuando alguno de sus componentes presentara variaciones significativas, de manera de garantizar que dicho costo siempre estuviera cubierto por la remuneración asignada al correspondiente contrato.

Se observan otras situaciones intermedias (Resoluciones SEE 21/2016 y 287/2017) en las que si bien se previó algún esquema de garantía a través del Fondo de Garantía de Pago -o FGP- (Resolución SEE 287/2017), no surge de la información pública que éste se haya conformado. Tanto la convocatoria como los contratos se rigen e interpretan de acuerdo a las leyes, normas y principios generales del derecho privado, cualquier modificación requiere del acuerdo de partes y para resolver sus divergencias, las partes se someten a los Tribunales Nacionales en lo Civil y Comercial con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Por último, se encuentran los Contratos de Abastecimiento bajo regímenes específicos (RenovAr) en cuyo marco se estructuraron esquemas de garantías para respaldar el cumplimiento de las obligaciones surgidas de los contratos suscriptos por CAMMESA -entre ellas, la de pago- a través del FODER, con garantía soberana del Estado Nacional y la garantía indirecta del Banco Mundial para respaldar el pago del Precio de Venta del Proyecto por parte del Estado Nacional, en el caso en que este incumpla con su obligación de pago. Se trata de contratos a los que les resulta de aplicación el derecho privado, para cuya modificación -según lo en ellos previsto- se requiere de acuerdo de partes y en los que para resolver las controversias las partes se someten al arbitraje internacional, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI.

5. Posibles escenarios de responsabilidad estatal

Si bien CAMMESA no es un órgano del Estado por el que este deba responder ni se trata, como ya se señaló, de un ente descentralizado cuya actuación pueda eventualmente generar responsabilidad estatal, las especiales circunstancias en que CAMMESA contrata y en las que actúa durante la ejecución contractual, en el marco de instrucciones y/o de actos administrativos emitidos por la autoridad con competencia en materia regulatoria, y de la injerencia de esta última tanto en la

formación como en la vida del contrato, determinan que podría generarse algún tipo de responsabilidad patrimonial del Estado en los casos en que esa actuación genere daños.

En términos generales, la responsabilidad estatal puede presentarse de distintos modos; cuando el accionar que causa un daño proviene de la actuación estatal en el campo del derecho civil o comercial, se trata de responsabilidad civil o de derecho privado del Estado, mientras que cuando el referido accionar es en el campo del derecho público se la ha considerado en general regida por el derecho público, en la especie, administrativo³¹¹.

De acuerdo con la naturaleza del vínculo, puede tratarse de responsabilidad estatal contractual -donde el daño tiene origen en el incumplimiento de una obligación contractual – o extracontractual -donde la responsabilidad se genera por la violación el deber genérico de no dañar-. Ambos tipos de responsabilidad pueden ser regidos por el derecho público o privado, en función de la naturaleza de las cuestiones involucradas³¹².

Según lo previsto en el CCyC, las disposiciones de ese código que regulan la responsabilidad civil³¹³ no son aplicables a la responsabilidad del Estado, de manera directa ni subsidiaria (art. 1764), la que se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda (art. 1765).

En ese marco la responsabilidad estatal estará determinada por la ley perteneciente a la órbita del derecho administrativo. En el ámbito nacional, la Ley 26.944 -dictada con anterioridad a la entrada en vigencia del CCyC- regula la responsabilidad por actividad lícita e ilícita del Estado, y también establece que las disposiciones del CC no son aplicables a la responsabilidad del Estado ni directa ni subsidiariamente³¹⁴ pudiendo aplicarse, de corresponder, la analogía³¹⁵.

Se analizan a continuación posibles encuadres de responsabilidad estatal frente a daños generados durante la ejecución contractual por incumplimientos de CAMMESA, derivados de omisiones o de instrucciones u actos administrativos emitidos por la Secretaría de Energía, y teniendo en cuenta las circunstancias en que se celebraron las respectivas contrataciones.

³¹¹ TAWIL, Guido S., *“Introducción a la responsabilidad del Estado”*, en TAWIL, Guido S., *“Responsabilidad del Estado”*, Ciudad de Buenos Aires, 1era. Edición, Abeledo Perro., 2019, p. 12.

³¹² TAWIL, Guido S., *“Introducción a la responsabilidad del Estado”*, op. cit., pp. 12 y 13.

³¹³ Arts. 1708 a 1780.

³¹⁴ Art. 1 de la Ley 26.944.

³¹⁵ CASSAGNE, Juan C., *“Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado”*, La Ley, 01/10/2012, p. 1. La analogía no es un método de interpretación sino de integración del derecho al cual se recurre cuando no se encuentra entre las normas vigentes la que resulta directamente aplicable, y consiste en generalizar las normas particulares existentes y aplicar el principio así obtenido a otros casos no previstos. El fundamento reside en la idea de igualdad. PIZARRO, Ramón D., *“Responsabilidad del Estado y del funcionario público”*, Buenos Aires, 2da. Edición, Astrea, 2016, Tomo 1, p. 148.

5.1. Responsabilidad indirecta y subsidiaria o responsabilidad directa

La responsabilidad refleja o indirecta se verifica “[...] cuando se impone a alguien la obligación de reparar los daños causados por otro. En tal caso, el responsable indirecto no es el autor de un daño que proviene de un acto ajeno” (LLAMBÍAS, Jorge J., 1982)³¹⁶.

El fenómeno de la descentralización administrativa, potenciado por la creciente absorción por parte del Estado de distintas actividades a partir de entidades con personalidad jurídica distinta creadas por aquél, hizo necesario determinar en qué medida podría corresponder al Estado responder por los daños causados por esas entidades³¹⁷.

Si bien, como se desarrolló en el apartado 2 del Capítulo III, CAMMESA no es una entidad autárquica, los distintos fundamentos a los que tradicionalmente se ha recurrido para atribuir responsabilidad al Estado por la actividad de sus entidades descentralizadas -ya sea que se trate de entes autárquicos o empresas y sociedades del Estado- resultan de utilidad para analizar la responsabilidad que podría corresponder al Estado por los daños generados por CAMMESA durante la ejecución de los contratos que suscribe, por aplicación de las instrucciones o de los actos dictados por la Secretaría de Energía.

En ese marco, no cabría en el caso referir a la responsabilidad indirecta o refleja -regulada históricamente en el artículo 1113 del CC y actualmente en el artículo 1753 del CCyC³¹⁸ que establece la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes- como fundamento de la responsabilidad del Estado³¹⁹, atento la ausencia de relación de subordinación entre CAMMESA y el Estado Nacional al no existir un control de tutela, el que básicamente se ejerce a través del recurso de alzada³²⁰ -y menos aún una relación de jerarquía, que se presenta sólo entre órganos de un mismo ente-.

Se ha señalado, también, que para que el control que ejerce el Estado sobre un ente -refiriendo a las entidades empresariales del Estado- pueda generar su responsabilidad indirecta en los términos del artículo 1753 del CCyC, esto es, considerando que el ente es su “dependiente”,

³¹⁶ LLAMBÍAS, Jorge J., “*Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*”, Buenos Aires, 2da. Edición, Perrot, 1982, t-IV-A, num. 2.440, p. 234.

³¹⁷ Si bien la Ley 26.944 no contempla expresamente a la responsabilidad del Estado por las obligaciones asumidas por sus entes descentralizados, y solo contiene una limitación de la responsabilidad del Estado por los perjuicios ocasionados por concesionarios o contratistas de los servicios públicos (art. 6), se señala que la doctrina se inclina por su aplicación. PIZARRO, Ramón D., op. cit., Tomo 2, p. 168; sobre este tema CARRILLO, Santiago, COYEGO María, “*Responsabilidad del Estado por los actos de sus entes descentralizados*”, en ABERASTURY, Pedro, “*Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944*”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014, pp. 276 y ss.

³¹⁸ Actualmente el art. 1753 CCyC dispone “*Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente. El principal responde objetivamente por los daños que causen los que están bajo su dependencia, o las personas de las cuales se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones, cuando el hecho dañoso acaece en ejercicio o con ocasión de las funciones encomendadas. La falta de discernimiento del dependiente no excusa al principal. La responsabilidad del principal es concurrente con la del dependiente*”.

³¹⁹ En materia de entes descentralizados, cierta doctrina sostiene la aplicación de los principios de la responsabilidad indirecta del Estado por la actividad de aquéllos. En tal sentido, MARIENHORFF, Miguel S., op. cit., Tomo 1, p. 441 y 442.

³²⁰ Recurso regulado en los arts. 94 y ss. del Decreto 1759/1972, reglamentario de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativo 19.549.

debe acreditarse que el control genera una relación de subordinación entre el ente y el Estado de manera que este último pueda dirigir las actividades de aquél, y que esa subordinación dependerá de cuan profunda sea la injerencia estatal³²¹.

No obstante ello, ni el control de gobierno -que es el ejercido por el Estado cuando designa a sus representantes en los directorios, que le otorga el control en la toma de decisiones de la entidad-, ni el control orgánico -a través de normas que le permiten establecer sistemas de vigilancia adicionales a los previstos en el derecho privado- permiten atribuir responsabilidad al Estado por el accionar de los entes donde ejerce tales controles³²².

En el primer caso, será en definitiva el directorio de la entidad empresaria el órgano colegiado el que adopta las decisiones del ente y no el Estado; y en el segundo, los controles adicionales que pudieran establecerse encontrarían justificación en la aplicación de los fondos públicos pertinentes, sin atribuir por ello al Estado facultades de dirección sobre la entidad.

Respecto del control directo, que sería el que está establecido por las normas y permite que el Estado emita directivas que deban ser acatadas por la entidad empresarial, y que podría ser el criterio que más se aproxima al concepto de dependencia³²³ cabe precisar que, si bien la Ley 24.065 dispone que la Secretaría de Energía es la autoridad responsable de determinar las normas a las que CAMMESA debe ajustar su accionar, ello se limita a las que le corresponden en su carácter de OED y para el cumplimiento de sus funciones de despacho y de administración de transacciones económicas en los términos de los artículos 35 y 36 de la referida ley.

En consecuencia, la ausencia de relación de subordinación de CAMMESA con el Estado Nacional en los términos antes señalados, y dado que no se configuran situaciones de control que habiliten a considerarla como un dependiente del Estado, haría inaplicable a su respecto cualquier fundamento que pudiera habilitar la aplicación de la teoría de la responsabilidad indirecta para comprometer al Estado por la actividad de aquella compañía.

Tampoco sería aplicable al caso como fundamento de atribución de responsabilidad del Estado la unidad del patrimonio estatal³²⁴ ya que en este caso tratándose de una sociedad anónima

³²¹ SYKES, Nicolás, *“La Responsabilidad del Estado por la Actuación de las Empresas y Sociedades del Estado”*, en TAWIL, Guido S., *“Responsabilidad del Estado”*, Ciudad de Buenos Aires, 1era. Edición, Abeledo Perrot, 2019, p 751.

³²² SYKES, Nicolás, op. cit., p. 751 a 753.

³²³ SYKES, Nicolás, op. cit., p. 753. Aun en ese caso, para su procedencia habría que considerar la aplicabilidad de manera analógica de la responsabilidad objetiva indirecta establecida en el art. 1753 del CCYC.

³²⁴ Respecto de las entidades descentralizadas han propugnado la aplicación de la responsabilidad del Estado sobre la base de la propiedad estatal de los bienes de los entes, MERTHEIKIAN, Eduardo, *“La Responsabilidad Pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema”*, Buenos Aires, Ábaco, 1998, ps. 236-243 y *“La responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de entidades descentralizadas (Empresas, sociedades de objeto comercial o industrial y entidades autárquicas)”*, RAP N° 265, octubre 2020, p. 11; COMADIRA, Julio R., *“La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados (A propósito de un fallo sobre ferrocarriles argentinos)”*, ED 145-380. BARRA refiere a la comunicabilidad de patrimonios entre la Administración centralizada y la Administración descentralizada, de donde la separación de personalidades no significaría una real separación de patrimonios; BARRA, Rodolfo C., *“Principios de derecho administrativo”*, Buenos Aires, Abaco, 1980, ps. 183. Ello surge también de la CSJN, “Gómez, Gerardo

en la que la participación estatal se limita al 20% del capital accionario, resulta claro que el patrimonio de CAMMESA no pertenece al Estado Nacional. Sin perjuicio de ello, como antes se indicó, este último efectúa transferencias de fondos públicos para posibilitar el pago de las diferencias entre el Precio Estacional y el costo de la energía, que incluye los costos en el marco de los Contratos de Abastecimiento.

Por último, la imposibilidad de quiebra de determinadas entidades empresariales del Estado como fundamento para determinar la responsabilidad estatal en esas entidades -ya sea porque surja de sus propias normas de creación o porque se considere que lo contrario implicaría que el propio Estado pueda ser llevado a la quiebra-, no es de aplicación dado que CAMMESA no cuenta con esa limitación, y en virtud de lo dispuesto en la Ley de Concursos y Quiebras en cuanto a que pueden ser declaradas en concurso las sociedades en las que el Estado Nacional sea parte, cualquiera sea el porcentaje de su participación³²⁵.

En función de lo anterior no se trataría, en principio, de una responsabilidad del Estado de naturaleza subsidiaria (y no concurrente ni solidaria), de aplicación para el supuesto de responsabilidad estatal frente a obligaciones de sus entes descentralizados³²⁶, que supondría que solo sería posible ejecutar al Estado luego de haber recorrido, sin éxito, el camino procesal frente a CAMMESA y donde la ejecución del Estado procedería ante la insuficiencia patrimonial de CAMMESA³²⁷.

Por otro lado, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieran corresponder a CAMMESA -y que no es objeto del presente trabajo- ante incumplimientos de CAMMESA resultantes de actos, instrucciones u omisiones de la autoridad con competencia en materia energética, podría configurarse un supuesto de responsabilidad directa del Estado Nacional por la propia actuación -u omisión, según el caso- de sus órganos.

c/ Comisión Administradora de Emisoras Comerciales y LS 82 TV Canal 7", 1969, Fallos 273:111. Se trataría de un caso de responsabilidad del Estado como "dueño" del ente que causa el daño, en los términos de los arts. 1757 y 1758 del CCYC, aunque aquí también para su procedencia habría que considerar aplicable de manera analógica la responsabilidad objetiva indirecta establecida en esos artículos.

³²⁵ Art. 2 de la Ley 24.522.

³²⁶ MERTHEIKIAN, Eduardo, op. cit., p. 242; MARIENHOFF, op. cit, Tomo 1, pp. 440 y ss.; BARRA, Rodolfo C., op. cit., p. 182; COMADIRA, Julio R., "*La Responsabilidad...*", op. cit., p. 389. Este autor sostiene que, en ausencia de norma expresa que así lo establezca, pretender la responsabilidad solidaria del Estado por las actividades de sus entes descentralizados podría llevar a diluir la personalidad jurídica independiente de estos entes o vaciarla de contenido. La responsabilidad subsidiaria armonizaría con el principio de unidad patrimonial del Estado y el de personalidad diferenciada del Estado y sus entes. Por otra parte, el CCYC dispone que la solidaridad no se presume (art. 828). La ausencia de responsabilidad directa y solidaria del Estado Nacional por la actividad de los entes descentralizados fue reconocida por la jurisprudencia (CSJN, "Boccara, Armando c/ Nación", 1970, Fallos 277:225, entre otros).

³²⁷ No obstante lo anterior, cabría analizar en cada caso las previsiones de los respectivos contratos. En tal sentido, particularmente para el caso de incumplimiento de pago de la remuneración por parte de CAMMESA -incumplimiento que derivará de la falta de transferencias de fondos por parte del Estado Nacional- en ciertos contratos la garantía de pago del Estado Nacional opera en forma indirecta para el supuesto en que CAMMESA no pague (por ej. en RenovAr a través del FODER o de la garantía del Banco Mundial) por lo que la responsabilidad en cabeza del Estado Nacional sería en el caso de carácter subsidiario y no correspondería requerir directamente al Estado el pago garantizado contractualmente en esos términos, aplicando el procedimiento allí establecido.

En ese sentido, en ciertos escenarios la responsabilidad del Estado sería directa -esto es, por la identidad entre el sujeto causante del daño y el obligado a repararlo-, por cuanto los eventuales daños se generarían por causas atribuibles al Estado y no de la mera actuación -u omisión- de CAMMESA, como sería el supuesto en que el Estado instruyera a CAMMESA o emitiera un acto administrativo que implique modificar y/o de cualquier modo violentar los términos de los contratos definidos por el propio Estado y suscriptos por la Compañía Administradora, afectando derechos adquiridos del Vendedor.

En cualquier caso, corresponderá ponderar en cada situación particular las previsiones contractuales y el marco jurídico aplicable al contrato de que se trate. Por ejemplo, particularmente en los contratos celebrados en el marco de RenovAr, para el supuesto en que CAMMESA incumpla sus obligaciones de pago se establece una garantía expresa del Estado Nacional que opera en forma indirecta a través del FODER³²⁸, en cuyo caso deberá aplicarse el procedimiento establecido en el Acuerdo de Adhesión para obtener el pago correspondiente. De igual modo, si ese mismo incumplimiento se reiterara en los términos previstos en el Acuerdo de Adhesión (o ante otros incumplimientos) podrá ejercerse la Opción de Venta del Proyecto, donde el pago del Precio de Venta del Proyecto se encuentra garantizado a partir de la Obligación de Integración de Aportes del Estado Nacional al FODER -contra entrega de las Letras del Tesoro en Garantía por un monto equivalente- y, ante el incumplimiento, mediante el pago de las respectivas Letras que se considerarán vencidas y exigibles y, finalmente, en su caso, por la garantía indirecta del Banco Mundial.

En otro enfoque, podrían plantearse también supuestos de responsabilidad directa del Estado por desestimación o prescindencia de la personalidad societaria, en el caso en que se pudiera acreditar que con su accionar el Estado Nacional hizo posible que CAMMESA realice actos ajenos a sus fines societarios, por aplicación de lo establecido en el artículo 54³²⁹ de la Ley General de Sociedades 19.550 y en el art.144³³⁰ del CCyC, de similar tenor³³¹.

³²⁸ Los recursos de la Cuenta de Garantía de Pago por Energía del FODER son aportados por el Estado Nacional y por el cargo específico a los usuarios de energía eléctrica (Decreto 531/2016, art. 7 del Anexo II), debiendo determinar la Autoridad de Aplicación si los recursos del Tesoro Nacional son sustitutivos o complementarios de del cargo. En caso de disminución del valor mínimo fijado en más de un 35%, la Autoridad de Aplicación debe determinar el cargo y/o el aporte de fondos y/o destinar las partidas presupuestarias necesarias para recomponer los fondos existentes en la referida cuenta (Art. 6.2, Acuerdos de Adhesión).

³²⁹ En su parte pertinente dispone: *“Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación de la sociedad que encubra la consecución de fines extrasocietarios constituya un mero recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de terceros, se imputará directamente a los socios o a los controlantes que la hicieron posible, quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados”* (3er. párrafo).

³³⁰ *“Inoponibilidad de la personalidad jurídica. La actuación que esté destinada a la consecución de fines ajenos a la persona jurídica, constituya un recurso para violar la ley, el orden público o la buena fe o para frustrar derechos de cualquier persona, se imputa a quienes a título de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible quienes responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados. Lo dispuesto se aplica sin afectar los derechos de los terceros de buena fe y sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados”*.

³³¹ Esta tesis ha tenido amplio desarrollo en el ámbito societario y laboral y su incorporación en el CCyC supone hacerla extensiva a cualquier persona jurídica privada. HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián, op. cit., Tomo I, p. 285.

Por último, si se admitiera la responsabilidad directa del Estado Nacional en los términos señalados, tampoco resultaría de aplicación la limitación de la responsabilidad del Estado a su aporte o participación en el capital de la sociedad³³² (en el caso, CAMMESA), ya que no se trataría de una deuda contraída por la sociedad sino de perjuicios generados por actos del propio Estado Nacional.

5.2. Responsabilidad extracontractual del Estado

Frente a los daños que pudieran derivarse de la aplicación por parte de CAMMESA de un acto administrativo o de una instrucción impartida por la Secretaría de Energía podría plantearse la responsabilidad extracontractual del Estado, con independencia del reclamo que pudiera realizarse contra CAMMESA -o en su caso, contra los Agentes Demandantes del MEM- en su carácter de parte Compradora asignada en los respectivos contratos.

Ello, teniendo en cuenta que la aplicación de esos actos o instrucciones –que se presumen legítimos y tienen fuerza ejecutoria³³³-, obligatorios para CAMMESA en virtud de su ejecutividad, al igual que la propia decisión de contratar, involucran la instrumentación de decisiones tomadas en forma exclusiva por Estado basadas en valoraciones propias de autoridad regulatoria, que pueden originar el incumplimiento de obligaciones contractuales fijadas por el propio Estado, siendo susceptibles de producir perjuicios a la parte Vendedora a partir de la afectación de derechos adquiridos en el marco de los contratos que aquél instruyó celebrar.

Esos derechos y obligaciones habrían nacido de las decisiones de la autoridad con competencia en materia energética que dispusieron la celebración de contratos, en los términos fijados por ella, más allá de la celebración de esos instrumentos por CAMMESA. La existencia de derechos adquiridos ha sido reconocida por la jurisprudencia no sólo en actos contractuales, sino también en actos administrativos, de estructura bilateral o unilateral, que puedan dar nacimiento a derechos subjetivos del administrado³³⁴.

En ese marco, cualquier acto o instrucción de la administración -o, en su caso, omisión-, que implique una violación por parte del Estado de los compromisos asumidos en los contratos celebrados a instancias y por decisión de aquel, de los cuales se desprenden derechos y obligaciones determinados por el propio Estado, sería susceptible de ser cuestionada en su legalidad y, en su caso, generar responsabilidad estatal.

El contenido de esos actos o instrucciones podría dar lugar a planteos de nulidad por resultar violatorios de la ley aplicable, en particular, a lo ordenado en los distintos actos administrativos que dispusieron la celebración de las contrataciones en los términos definidos por la autoridad con

³³² Conf. art. 21 de la Ley de presupuesto 24.624, luego incorporado como art. 69 de la ley complementaria permanente de presupuesto.

³³³ Conf. art. 12 de la Ley 19.549.

³³⁴CSJN “Metalmecánica SACI c/ Estado Nacional”, 1976, Fallos 296:672.

competencia en materia energética y a la finalidad de cumplimentar diversos objetivos de interés público declamados en dichos actos.

Por otra parte, la modificación o alteración de cualquier derecho u obligación nacida en el marco de los respectivos contratos por aplicación de un acto administrativo o instrucción podría infringir el principio de la confianza legítima. Se trata de un principio del estado de derecho que tiende a proteger al administrado frente a una variación intempestiva y arbitraria de las reglas y decisiones del Estado tenidas en cuenta por aquél para dirigir su accionar, y que exige la observancia de conductas leales y honestas, como el mantenimiento de los compromisos asumidos, haciendo a la confianza y seguridad de los negocios.

Las disposiciones sobre la base de las cuales se celebraron los respectivos contratos generan en la parte Vendedora la legítima expectativa que el Estado Nacional mantendrá las condiciones previstas en esas disposiciones -que incluyen el texto de los contratos- y, en ese marco, el principio de la confianza legítima se erige en una pieza clave en la limitación y el control del ejercicio de la potestad administrativa de volver sobre los propios actos³³⁵.

Podrían plantearse distintos supuestos causantes de responsabilidad estatal por los daños derivados de decisiones de la autoridad con competencia en materia regulatoria cuya aplicación por parte de CAMMESA implique el incumplimiento, total o parcial, o de un modo distinto a lo convenido en los respectivos contratos, y/o a lo dispuesto en los actos administrativos que dispusieron las respectivas contrataciones. Podrían incluirse, a su vez, los actos administrativos que dispongan la rescisión de los contratos por razones de oportunidad, mérito y conveniencia, en cuyo caso se estaría en el ámbito de la responsabilidad del Estado por actividad lícita.

También podría aplicar a los incumplimientos de CAMMESA de obligaciones asumidas en los contratos a partir de omisiones de la referida Secretaría, por ejemplo, el incumplimiento de pago por falta de transferencia de fondos, sin perjuicio de lo cual en ciertos casos serían aplicables las garantías expresamente, previstas en los regímenes específicos, como en RenovAr, o el Fondo de Garantía de Pago previsto para los contratos suscritos en el marco de la Resolución SEE 287/2017.

En tal caso, previo a la impugnación judicial de cualquier instrucción o acto administrativo de alcance general susceptible de afectar derechos del Vendedor, correspondería impugnarla en sede administrativa, por ilegítima, mediante la interposición de un reclamo administrativo impropio en los términos del artículo 24 inciso a) de la Ley de Procedimientos Administrativos 19.549; y en los casos en que se considere legítima, la instancia judicial para reclamar daños y perjuicios contra

³³⁵La jurisprudencia tiene dicho que la actuación administrativa de un estado de derecho está (y debe estar) caracterizada en gran medida por la existencia y a la vez por la permanencia de un determinado statu quo de reglas y decisiones fijas, que estimulan, dirigen y limitan la vida social y el comportamiento del individuo dentro de la sociedad CNCont.Adm, Sala IV, "Ticoral S.R.L. c/ D.G.I.", 27/04/07. La CSJN tiene dicho que la Administración debe ser leal, franca y pública en sus actos, Fallos 10:203.

el Estado por responsabilidad extracontractual estaría habilitada, sin necesidad de presentar un reclamo administrativo previo en función de lo dispuesto en el artículo 32 de la mencionada ley.

En esta hipótesis, resultaría de aplicación la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944³³⁶. La acción indemnizatoria podría deducirse, en su caso, juntamente con la de nulidad del acto administrativo correspondiente, o después de finalizado el proceso de anulación que le sirve de fundamento³³⁷.

Para su operatividad deberían configurarse todos los presupuestos o requisitos para que proceda la responsabilidad extracontractual del Estado, según se trate de responsabilidad por actividad u omisión ilegítima³³⁸, o por actividad legítima³³⁹.

En el primer caso estos son la existencia del daño cierto, la imputabilidad material de la actividad o inactividad a un órgano estatal, la relación de causalidad adecuada entre la actividad o inactividad del órgano y el daño cuya reparación se persigue, y la falta de servicio³⁴⁰ consistente en una actuación u omisión irregular por parte del Estado, donde la omisión sólo genera responsabilidad cuando se verifica la inobservancia de un deber normativo de actuación expreso y determinado³⁴¹.

En el segundo, además de los presupuestos comunes de ambos tipos de responsabilidad (que, sin embargo, se regulan con mayor rigurosidad en el régimen de la responsabilidad derivada de la actuación lícita -daño cierto y actual, imputabilidad material de la actividad a un órgano estatal y relación de causalidad directa, inmediata y exclusiva-), deben concurrir los presupuestos específicos: la ausencia de deber jurídico de soportar el daño y el sacrificio especial en la persona dañada, diferenciado del que sufre el resto de la comunidad, configurado por la afectación de un derecho adquirido³⁴². La Ley 26.944 destaca el carácter excepcional de la responsabilidad por actuación lícita.

³³⁶ Arts. 1, 3 y 4 de la Ley 26.944.

³³⁷ Art. 8 de la Ley 26.944.

³³⁸ Art. 3 de la Ley 26.944.

³³⁹ Arts. 4 y 5 de la Ley 26.944.

³⁴⁰ Se trata de un factor de atribución objetivo, que se configura por el funcionamiento anormal, defectuoso o incorrecto de la Administración Pública o, como afirma la Corte Suprema, por una "violación o anormalidad frente a las obligaciones del servicio regular" (Fallos: 321:1124; 330:653), que puede plasmarse tanto en comportamientos activos (emisión de actos de alcance individual o general), en operaciones materiales, y por la omisión o inactividad administrativa, de índole material como formal.

³⁴¹ La recta interpretación de la expresión "deber normativo" comprende no solo los impuestos por el ordenamiento jurídico positivo sino también los que nacen de los principios generales del derecho (vgr. de razonabilidad y de no dañar a otro, arts. 28 Y 19 CN), que integran -junto con las normas- el ordenamiento jurídico. PERRINO, Pablo E., "La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos", El Derecho, 31/3/2015, pp. 1 y ss. De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, para establecer la existencia de una falta de servicio por omisión corresponde efectuar una valoración en concreto, con arreglo al principio de razonabilidad, del comportamiento desplegado por la autoridad estatal en el caso, teniendo en consideración los medios disponibles, el grado de previsibilidad del suceso dañoso, la naturaleza de la actividad incumplida y circunstancias de tiempo, modo y lugar (Zacarias Claudio H. c/ Córdoba Provincia de y otros", 28/04/1998, Fallos: 321:1124.)

³⁴² Se funda, principalmente, en razones de equidad, en la garantía de igualdad frente a las cargas públicas (art. 16 CN) y el derecho de propiedad (arts. 14 y 17 CN).

Si bien la extensión del resarcimiento de los daños provenientes de la actividad estatal trasciende los objetivos del presente se advierte que, en el ámbito de la responsabilidad por actuación legítima, la doctrina³⁴³ y la jurisprudencia³⁴⁴ no han sido pacíficas y que la Ley 26'944 dispone la improcedencia en tales casos de la reparación del lucro cesante³⁴⁵, circunstancia que no está exenta de cuestionamientos en cuanto a su constitucionalidad³⁴⁶.

Este enfoque, sin embargo, no está exento de cuestionamientos si se tiene en cuenta el rol determinante del Estado en la celebración de los Contratos de Abastecimiento, su cumplimiento, ejecución y modificación -antes desarrollados-, con mayor amplitud en ciertos casos (FONINMEM y Resolución SE 220/2007), frente a los cuales podría debatirse que se trate de una responsabilidad de naturaleza extracontractual.

5.3. Responsabilidad contractual del Estado

En algunos supuestos la discusión podría centrarse en la calidad de parte del Estado Nacional en los contratos suscriptos por CAMMESA -más allá del carácter de parte Compradora asignado a esta última y de la representación atribuida en cada caso- basada en las disposiciones dictadas por la Secretaría de Energía que determinaron la celebración y el contenido de tales instrumentos, las facultades que esa Secretaría se reservó y desempeñó durante su ejecución, y los cometidos públicos que se invocaron en todas las normas que habilitaron las respectivas contrataciones. Entre otros, abarcaría los supuestos en que CAMMESA actuó por Instrucción Por Cuenta y Orden (art. 3 de la Resolución SEE 2022/2005), de considerarse que se trata de un mandato en los términos del art. 1320 del CCyC.

En ese marco, si por lo desarrollado hasta aquí pudiera sostenerse que el Estado Nacional es parte en los contratos que suscribió CAMMESA, ya sea en el caso en que lo hizo por Instrucción Por Cuenta y Orden o en otros supuestos en los que se arribe a esa conclusión por las especiales características de la participación estatal y de su injerencia decisiva en las respectivas contrataciones, se estaría en el ámbito de responsabilidad contractual del Estado, legítima o ilegítima, según el caso concreto.

³⁴³ Una postura admite la indemnización plena comprensiva del lucro cesante, con fundamento en la aplicación de principios constitucionales o generales del derecho, o en normas de derecho privado aplicables por analogía; y otra niega la procedencia del lucro cesante sobre la base de la aplicación directa de normas de derecho público, en el caso, la Ley de Expropiaciones 21.499 (art. 10).

³⁴⁴ El Máximo Tribunal registra precedentes en los que excluyó el lucro cesante en los casos de responsabilidad por acto lícito ("Laplacette", 26/02/1943, Fallos 195:66; "Los Pinos", 22/12/1975, Fallos 293:617, "Cantón", 15/05/1979, Fallos 301:403; "Motor Once", 14/05/87, Fallos 310:943; "Petruccelli", 13/06/1989, Fallos 312:956); en otros -algunos de ellos muy recientes-, postuló que la indemnización debe ser plena y abarcar tanto el daño emergente como el lucro cesante ("Sánchez Granel", 20/09/1984, Fallos 306:1409; "Juncalán", 23/11/1989, Fallos 312:2266, "Prada", 16/06/93, Fallos 316:1425; "Cachau", 16/06/93, Fallos 316:1335; "Torrero", 10/08/1995, Fallos: 318:1440; "El Jacarandá" 28/7/2005, Fallos 328:2654; "Zonas Francas Santa Cruz", 09/06/2009, Fallos: 332:1367).

³⁴⁵ Art. 5 de la Ley 26.944

³⁴⁶ Ello en tanto, en la órbita extracontractual, se vulnera el principio de igualdad ante las cargas públicas y la inviolabilidad del derecho de propiedad (arts. 16 y 17 CN). CAMPOLIETI, Federico, *"El alcance de la indemnización en la responsabilidad del Estado por actividad lícita"*, en TAWIL, Guido S., "Responsabilidad del Estado", Ciudad de Buenos Aires, 1era. Edición, Abeledo Perrot, 2019, pp. 407 y ss.

La naturaleza contractual de la responsabilidad del Estado Nacional resultaría de considerar que subyace una relación jurídica que vincula al Estado, a través de CAMMESA, quien habría actuado por instrucción de la autoridad estatal -en cualquiera de las modalidades dispuestas en los respectivos actos- con el Vendedor, que suscita la responsabilidad estatal por el daño causado al Vendedor a raíz del incumplimiento de las obligaciones contraídas por el Estado en virtud de los contratos. De esta manera, el Vendedor tendría derecho a reclamar que el Estado Nacional cumpla con lo dispuesto en los contratos, que se instrumentaron y ejecutaron al amparo de las resoluciones de la autoridad con competencia en materia energética y cuyo texto fue aprobado por ella y, en su caso, repare los daños sufridos.

La naturaleza contractual de la responsabilidad podría sostenerse también si se admite, como señala la doctrina y la jurisprudencia, que lo que caracteriza a ese tipo de responsabilidad no es que ella derive necesariamente de un contrato, sino que se trate de una obligación preexistente, cualquiera que sea su fuente generadora (un contrato o una ley). En ese marco, la calificación de responsabilidad contractual resultaría aplicable a todos los supuestos en los que se infringe un tipo de deber jurídico calificado, aun cuando no tenga por fuente un contrato³⁴⁷.

De este modo, se incluye dentro de la responsabilidad contractual de derecho público no solo la responsabilidad derivada de contratos públicos sino también de otras fuentes siempre que exista un deber preexistente específico y determinado en relación con el objeto de la obligación y al sujeto obligado, como el caso de los actos administrativos unilaterales, los actos bilaterales, cuasicontratos, enriquecimiento sin causa, y deberes derivados de normas de alcance general, sean de naturaleza legal o reglamentaria. Para que ello ocurra se requiere que se trate de una obligación específica y concreta de dar, hacer o no hacer, impuesta en el caso por el Estado, definida en cuanto al objeto de la obligación y determinada en cuanto al sujeto acreedor³⁴⁸.

En el caso, bastaría con que el deber vulnerado constituya una verdadera obligación, cualquiera sea su fuente -como las nacidas en el marco de los respectivos actos administrativos que determinaron los términos y condiciones que integran los contratos, y su efectiva celebración-, para que se genere la responsabilidad contractual del Estado.

En lo que respecta a la responsabilidad estatal suscitada en el ámbito de su actividad contractual, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que *"si bien la noción de contrato es única, común al derecho público y al derecho privado, pues en ambos casos configura*

³⁴⁷ CNCiv., Sala H, "M., M. I. c/ O.S.D.E. y otros s/ daños y perjuicios", 15/03/2017, ED- Diario, Tomo 273, 413; PICASSO, Sebastián, "La singularidad de la responsabilidad contractual", Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011, pp. 29 y ss.; LLAMBIAS, Jorge J., "Tratado de derecho civil. Obligaciones", Buenos Aires, Perrot, 1967, Tomo I, p. 175; ALTERINI, Atilio A., AMEAL Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M., "Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales", Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, p. 152; BUERES, Alberto J., "El acto ilícito", Buenos Aires, Hammurabi, 1986, p. 66, PIZARRO, Ramón D., op. cit., Tomo 1, pp. 80 y 86.

³⁴⁸ SAENZ, Jorge A., "La responsabilidad contractual en el derecho público argentino" en "Responsabilidad del Estado", Jornada en homenaje a María Graciela Reiriz, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008, pp. 73,74. Ver también SAENZ, Jorge A., "Sistema de responsabilidad por incumplimiento obligacional del Estado (llamada responsabilidad "contractual") en el Derecho Administrativo Argentino", en ROSATTI, Horacio, "Ley 26944 de responsabilidad del Estado, Análisis crítico y exegético", Rubinzal Culzoni, pp. 395 y ss.

un acuerdo de voluntades generador de situaciones jurídicas subjetivas, el 'régimen jurídico' de estos dos tipos es diferente. Así existen diferencias de fondo que determinan que tengan un régimen especial y sus efectos no sean los mismos que los de los contratos civiles. Cuando el Estado, en ejercicio de funciones públicas que le competen y con el propósito de satisfacer necesidades del mismo carácter, celebra un acuerdo de voluntades, sus consecuencias serán regidas por el derecho público"³⁴⁹.

Sin embargo, cabe apuntar que, en materia de contratos administrativos -especie dentro del género contrato- la presencia del elemento subjetivo, esto es, que el Estado o una persona pública estatal sea parte de la relación jurídica contractual, es un requisito para su existencia³⁵⁰. Si bien en el plano doctrinario se ha señalado el replanteo del elemento subjetivo como nota esencial para la configuración del contrato administrativo³⁵¹, o cuanto menos, el "intenso estiramiento" de ese principio³⁵², circunstancia que también podría derivarse de algunos precedentes judiciales³⁵³, no ha sido esa la jurisprudencia mantenida a lo largo del tiempo por el Máximo Tribunal³⁵⁴.

En tal sentido, de acuerdo a la doctrina de la Corte Suprema expuesta en distintos precedentes, los contratos administrativos son aquellos en los que una de las partes es la Administración Pública, negando la posibilidad, cuanto menos en el orden nacional, de calificar como tal al celebrado entre particulares³⁵⁵.

Entre esos precedentes, al analizar cómo debía definirse un contrato de construcción, operación y mantenimiento (COM) celebrado entre dos empresas privadas (Pluspetrol y Central

³⁴⁹ CSJN, "Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/ Corrientes, Provincia de y Banco de Corrientes", 03/03/1992, Fallos: 315:158; "Punte, Roberto Antonio c. Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de", 21/03/2006, Fallos: 329:809, entre otros.

³⁵⁰MARIENHOFF sostiene que no es un requisito sino un presupuesto elemental, MARIENHOFF, Miguel. S., ob. cit., Tomo 1, p. 46; DIEZ lo postula como una condición fundamental, DIEZ, Manuel M., con la colaboración de HUTCHINSON Tomás, "Manual de Derecho Administrativo", Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, Tomo I, p. 286. Exigen la presencia del elemento subjetivo, entre otros, ESCOLA, Héctor, "Tratado integral de los contratos administrativos", Buenos Aires, Depalma, 1979, Volumen I, p. 197; GORDILLO, Agustín, op. cit, https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXI.pdf, p. XI-3; SAYAGUES LASO, Enrique, "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1959, Tomo I, p. 514. Por su parte, Dromi señala que pueden celebrar contratos administrativos los entes públicos no estatales y los entes privados que ejercen técnicamente la función administrativa por delegación estatal. DROMI, Roberto, "Derecho Administrativo", Buenos Aires, 9na. Edición actualizada, Ciudad Argentina, 2001, pp. 361 y 362.

³⁵¹ CANDA, FABIÁN O., "El elemento subjetivo en la contratación administrativa. ¿Necesariamente una de las partes debe ser el Estado?", Universidad Austral, Contratos administrativos, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000, pp. 65 y ss.

³⁵² MUÑOZ, Guillermo A., "Contratos de la Administración", en MUÑOZ, Guillermo A. – GRECCO, Carlos M. I, "Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo", Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999, p. 337.

³⁵³ CSJN, "Schirato Gino c/Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y Cooperativa Escolar de la Escuela N° 14", 15/04/1982, Fallos: 304:490. Asimismo, la jurisprudencia de algunos tribunales inferiores, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, "Maco S.R.L c/Asociación Cooperadora Dr. Ricardo Gutiérrez de la Escuela Juan Larrea N° 2 del Consejo Escolar y otros/cobro de pesos y daños y perjuicios", 24/06/1983; Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, Sala V, "Paisa Asociados c/Petroquímica General Mosconi S.A.I.C.", 7/11/1985. Asimismo, SCBA, "Utilducto SA contra Aguas Bonaerenses SA s/ Pretensión anulatoria", 8/07/2008.

³⁵⁴ Conf. CSJN, "Dulcamara S.A. c/ENTel s/cobro de pesos", 29/03/1990, Fallos: 313:376, "Cinplast I.A.P.S.A. c/ENTel s/ordinario", 02/03/1993, Fallos: 316:212; "Davaro, Saúl c/ Telecom S.A. s/ juicio de conocimiento", 08/09/1992, Fallos 315:1883; "Pluspetrol Energy S.A. c/Ente Nacional Regulador de Electricidad", 22/07/2007, Fallos: 330:2286.

³⁵⁵ COVIELLO, Pedro J.J., "El elemento subjetivo en los contratos administrativos según un fallo de nuestra Corte Suprema (breves anotaciones al caso "Pluspetrol")", 1, EDA, 2007.

Térmica Güemes, como comitentes, y Transener, como contratista) se tuvo en cuenta que la Administración Pública no era absolutamente ajena a esos contratos, sino que tenía un papel destacado antes, durante y después de la incorporación de esta nueva infraestructura al sistema de transporte de energía eléctrica, y que era indudable que concurrían en ese contrato elementos de carácter público. Si bien se admitió que, en lo esencial, las relaciones entre el comitente y el ejecutor de la obra se encontraban sustancialmente regidas por el derecho público, se consideró que la Administración Pública no era parte del contrato COM, razón por la cual no podía asignársele el carácter de contrato administrativo³⁵⁶.

La posibilidad de que determinados contratos celebrados entre privados puedan ser considerados administrativos fue expuesto por BARRA para los casos en los que una de las partes desarrolle actividades propias de la Administración cumpliendo una "delegación transestructural de cometidos"³⁵⁷, como así también a partir otras figuras³⁵⁸. En esos supuestos, los particulares delegados, cada vez que cumplimentaran el cometido estatal que les fue atribuido, ejercerían funciones propiamente administrativas.

Particularmente, se reconoció la existencia de contrato administrativo de obra pública en un supuesto en que si bien, en términos formales, el Estado Nacional no era parte de la relación jurídica sustancial, la Corte Suprema consideró que no surgía que aquél fuera un tercero en las relaciones contractuales. Antes bien, resultaba claro que actuaría por delegación de facultades a través de las entidades intermedias, correspondiendo su responsabilidad por la forma de financiar la obra, por su destino y por el contralor que ejercería de los bienes, así como por las atribuciones que poseía, sin que apareciera como razonable extender la misma a dichas entidades en términos que exceden los límites impuestos por las propias normas³⁵⁹. En el caso, se tuvo en cuenta que se trataba de un fin

³⁵⁶ Dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte hace suyo en "Pluspetrol Energy S.A. c/Ente Nacional Regulador de Electricidad", 22/07/2007, Fallos: 330:2286.

³⁵⁷ De esta forma la Administración Pública transfiere el ejercicio de un cometido administrativo típico a favor de un ente privado, sin renunciar a él, a través de la delegación que en lugar de darse dentro de la organización administrativa escapa de ésta y se instala en una estructura ajena, desvinculada de dicha organización. En consecuencia, por estar dentro del campo propio de la función administrativa, el derecho administrativo es el régimen jurídico que le resulta aplicable. BARRA, Rodolfo C., "*Principios de derecho administrativo*", Provincia de Buenos Aires, 1era. Edición, Abaco, 1980, p. 247 y "*Tratado de Derecho Administrativo*", Buenos Aires, Ed. Abaco, 2006, Tomo II, pp. 605/613.

³⁵⁸ Como podría ser, conforme lo señala GAUNA, la sustitución (MIELE, G., "*Principi di Diritto amministrativo, Pádova*", 1952; HUTCHINSON Tomás, "*Las corporaciones profesionales*", Buenos Aires, Ed. Fundación de Derecho Administrativo, 1982, pp. 33 y 48), la descentralización impropia (LILISSET BORREL, F., "*La vicariedad en el ejercicio de la función administrativa*", Revista de Administración Pública, mayo-agosto, N° 80, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1976, p. 203), la delegación intersubjetiva (GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNANDEZ, Tomás R., "*Curso de derecho administrativo*", Buenos Aires, Ed. Thomson Civitas/LL, 2006, Tomo I, pp. 380/381), o el considerar a los particulares como órganos indirectos del Estado (ZANBONI, G., "*Corso Di Diritto Administrativo*", Milano, 1958/1959, Volumen III, pp. 385 y ss.), GAUNA, Juan O., "*Ejercicio Privado de Funciones Públicas*", LL, 1990-D, 1205. La posibilidad de que los sujetos privados celebren contratos administrativos se admitió en la jurisprudencia francesa en los casos Prade (1938), Leduc (1961); al respecto ver, Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo Federal N° 5, "Maco S.R.L c/Asociación Cooperadora Dr. Ricardo Gutiérrez de la Escuela Juan Larrea N° 2 del Consejo Escolar y otro s/cobro de pesos y daños y perjuicios", 24/06/1983.

³⁵⁹ CSJN, 15/04/1982, "Schirato Gino c/Estado Nacional (Ministerio de Cultura y Educación) y Cooperativa Escolar de la Escuela N° 14", Fallos: 304:490, LL, 1982-D-373 y ss. Con motivo de una rescisión contractual

específico estatal (velar por la educación y dar solución al deterioro edilicio), que el convenio recaía sobre un bien del dominio público, que el aporte emanaba de manera preponderante del tesoro nacional, y que el Estado se reservaba los derechos de supervisión, inspección y contralor técnico y administrativo, así como la posibilidad de iniciar las acciones legales en caso que, por causas que no le fueran imputables, se suspendieran o se paralizaran los trabajos.

Más allá de que, como se indicó, no es esta última la doctrina seguida hoy por la Corte Suprema, en los contratos celebrados por CAMMESA y en las disposiciones que determinaron las respectivas contrataciones, cabe analizar la configuración de los restantes elementos que hacen a la caracterización del contrato administrativo, esto es, que el objeto se constituya por un fin público o propio de la Administración y la presencia explícita o implícita de cláusulas exorbitantes del derecho privado³⁶⁰.

En cuanto al objeto, si bien para efectuar las contrataciones analizadas previamente la autoridad con competencia en materia energética tuvo en miras el propósito de satisfacer objetivos de interés público, las operaciones de compra o venta de la electricidad se reputan actos comerciales de carácter privado³⁶¹. No podría afirmarse que la Administración Pública haya transferido el ejercicio de un cometido administrativo típico a favor de un ente privado (en el caso, CAMMESA) en los términos antes referidos,

Tampoco parece, en principio, que se haya estructurado en los contratos y en las disposiciones que determinaron su celebración, la inserción de un régimen exorbitante del derecho común, siendo de aplicación -en algunos casos- el derecho privado por expresa disposición en las respectivas contrataciones. No obstante ello, también es de destacar que el Estado Nacional -como se desarrolló en aparados anteriores- durante la ejecución de los contratos, modificó plazos y condiciones, entre ellas, lo atinente a la modalidad de pago de penalidades, dispensa de resolución contractual (bajo ciertas condiciones) y el modo de computar el período de abastecimiento, lo que podría traducirse en el reconocimiento de un régimen de prerrogativas de poder público³⁶². Otra prerrogativa estatal estaría dada en algunos casos por la facultad de la Secretaría de Energía de realizar la primera interpretación de los contratos, al disponer que le compete la resolución final ante divergencias o controversias derivadas de la interpretación y/o ejecución de los contratos³⁶³.

La presencia de fondos públicos, que fue considerado por la Corte Suprema en el caso antes comentado, adquiere allí una relevancia trascendental, ya que para la obra pública el requisito

que la actora consideraba ilegítima, ambos codemandados -Estado nacional y la Cooperadora Escolar, que había suscripto el contrato- alegaban su falta de vinculación contractual con aquélla.

³⁶⁰Conforme lo ha señalado la CSJN en "Dulcamara" (Voto del ministro Fayt).

³⁶¹ Art. 4 de la Ley 15.336. A su vez, la energía eléctrica se considerará una cosa jurídica susceptible de comercio (art. 2).

³⁶²La facultad unilateral de la Administración de introducir cambios en las prestaciones que debe cumplir el cocontratante se denomina *ius variandi*, y se justificaría por la naturaleza del contrato y por la necesidad de introducir cambios necesarios para alcanzar la más adecuada consecución del fin público perseguido. PIZARRO, Ramón D., op. cit., Tomo 2, p. 292.

³⁶³Contratos de abastecimiento suscriptos por CAMMESA bajo la Resolución 220/2007 y FONINVEMEM.

de los fondos públicos se erige como un elemento especialmente a considerar por expresa disposición legal³⁶⁴; circunstancia que por ello difiere de los contratos suscriptos por CAMMESA.

Amén de todo lo anterior, en la mayoría de los casos tampoco cabría presumir que se trata de contratos de índole administrativa ya que de los términos de los Contratos de Abastecimiento y de sus antecedentes surge que están sometidos a un régimen jurídico de derecho privado³⁶⁵. En las respectivas convocatorias y los contratos suscriptos por CAMMESA se rigen y serán interpretados de acuerdo con las leyes, normas y principios generales del derecho privado, en todo cuanto no contradigan el marco regulatorio eléctrico³⁶⁶; a su vez, las controversias se resuelven en Tribunales Nacionales en lo Civil y Comercial con sede en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³⁶⁷ o aplica el arbitraje internacional, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI³⁶⁸.

Sobre el particular, corresponde hacer una distinción entre contratos administrativos regidos por un régimen de derecho público y contratos civiles de la Administración regidos por el derecho privado³⁶⁹, aunque en muchos casos la doctrina disienta en la determinación del criterio diferenciador³⁷⁰.

Siguiendo la clasificación de reconocida doctrina, en el último caso se trata de contratos de la Administración regidos parcialmente por el derecho privado o derecho común -o contratos mixtos, privados o comunes de la Administración-³⁷¹, los que se rigen principalmente por el derecho privado, sobre todo en lo atinente al objeto, no así en lo referido a la competencia y a la forma que se regirán por el derecho administrativo³⁷². Aun en el caso en que estos contratos contengan cláusulas

³⁶⁴ Art. 1 de la Ley de Obras Públicas 13.064.

³⁶⁵ Ello surge también del art. 1 del Régimen de Contrataciones de la Administración Nacional, Decreto 1023/2001.

³⁶⁶ Resolución SEE 287/2017, contratos celebrados en el marco de la Resolución SEE 21/2016; y RenovAr.

³⁶⁷ Contratos celebrados en el marco de las Resoluciones SEE 21/2016 y 287/2017.

³⁶⁸ Contratos celebrados en el marco de RenovAr; DNU 882/2016.

³⁶⁹ No admiten la división en contratos administrativos y contratos privados, BARRA, Rodolfo C., *“Contrato de Obra Pública”*, Tomo I, Parte General, pp. 21 y 37, DROMI, Roberto, *“Contratos de la Administración”*, Régimen Jurídico Unitario, Buenos Aires, JA, Doctrina, 1974, pp. 613/623 y *“Derecho Administrativo”*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 9na. edición actualizada, 2001, p. 359. Respecto de las teorías negativas del contrato administrativo, consultar el desarrollo efectuado por ESCOLA, Héctor, op. cit., Volumen II, pp. 34/43.

³⁷⁰ Se pretende fundar la singularidad del contrato administrativo en su vinculación directa con el interés público o con los fines esenciales del Estado, criterios que, conforme lo señala MUÑOZ, se confunden con el concepto amplio de servicio público o la misión del servicio público propio de la doctrina francesa. En cambio, en los contratos regidos por el derecho privado, su relación con el interés público sería indirecta o los privilegios de la Administración no aparecerían ni en la etapa de ejecución ni en las modalidades de extinción, entre otros. MUÑOZ, Guillermo A., op. cit., pp. 334, 335. Propone como criterio diferenciador la presencia de prerrogativas en cuanto a la interpretación, ejecución y extinción del contrato, DIEZ, Manuel M, con la colaboración de HUTCHINSON, Tomás, *“Manual de Derecho Administrativo”*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1997, Tomo I, p. 285. Sostiene que los contratos pueden ser administrativos por su objeto, en cuyo caso aparejan cláusulas virtuales o implícitas exorbitantes del derecho privado, o cuando no siendo administrativos por su objeto, contengan cláusulas expresas exorbitantes del derecho privado, MARIENHOFF, Miguel, S., op. cit., Tomo III-A, pp. 53 y ss. En lo relativo a los distintos criterios de diferenciación, consultar CASSAGNE, Juan C., *“Los contratos de la Administración Pública”*, en Contratos administrativos, Buenos Aires, Astrea, 1982, Tomo I, pp. 23 y ss.

³⁷¹ MARIENHOFF, Miguel S., op. cit., Tomo III-A, p. 20.

³⁷² PIZARRO, Ramón D., op. cit., Tomo 2, p. 256.

exorbitantes, se ha considerado que habría una injerencia del derecho administrativo, pero sin que dicha inserción convierta de por sí a todo el contrato en administrativo³⁷³.

De esta forma, estos contratos comunes se encontrarían más próximos al derecho privado, aunque no se trate en sentido estricto de contratos de derecho privado, ya que la mera presencia del Estado impone connotaciones de derecho público, como es el caso de la aplicación de las normas de competencia del derecho administrativo -y no de capacidad del derecho privado-, así como el cumplimiento de ciertos requisitos previos a contratación en el marco del derecho público - como el procedimiento de licitación previa a la contratación y la emisión de dictámenes de los órganos competentes, que se rigen por el derecho administrativo-³⁷⁴.

La distinción del tipo de contrato tiene entonces importancia en cuanto al régimen jurídico aplicable y, en el plano procesal, en la determinación de los tribunales intervinientes³⁷⁵. Así, la responsabilidad contractual del Estado originada, principalmente, por el incumplimiento de una obligación nacida de un contrato administrativo, se rige por el derecho público, rigiéndose en cambio por las reglas del derecho privado la responsabilidad estatal cuando los daños provengan de la actuación del Estado en el campo del derecho civil, en cuyo caso serán de aplicación las previsiones del CCyC.

Sin perjuicio de lo anterior, y si bien las operaciones de compra o venta de la electricidad se reputan actos comerciales de carácter privado, por las notas características de los Contratos de Abastecimiento antes analizadas se desprende que no se trataría de los típicos supuestos de actuación del Estado en el campo del derecho civil, como lo casos de gestión de bienes de dominio privado del Estado, o de actos de comercio de bancos oficiales.

Por último, advirtiendo la dificultad de encuadrar la cuestión planteada en el presente en las figuras típicas analizadas, podría indagarse la posibilidad de acudir a otras categorías siguiendo a cierta doctrina que postula que no habría sólo dos categorías de contratos de la administración sino toda una gama³⁷⁶. En algún lugar de esa gradación, en la que se ubicarían los contratos celebrados por la administración en un virtual pie de igualdad jurídica con otro sujeto de derecho público o privado (la compraventa de inmuebles), o incluso, en situación de desventaja (el contrato de crédito

³⁷³ CASSAGNE, Juan C., *"El contrato administrativo"*, op. cit., pp. 30 y 31. En contra, MARIENHOFF, Miguel S., quien considera que la inserción convertiría a todo el contrato en administrativo, op. cit., Tomo III-A, pp. 74 y ss.

³⁷⁴ PIZARRO, Ramón D., op. cit., Tomo 2, p. 259.

³⁷⁵ En principio, bajo la competencia de la justicia civil para los contratos comunes y la justicia en lo contencioso administrativo para los contratos administrativos.

³⁷⁶ Gordillo, Agustín, op. cit., https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/capituloXI.pdf. Se distinguen al menos tres grandes grupos de contratos o tipos principales de regímenes jurídicos de contratos celebrados por la administración, algunos más próximos a la esfera del derecho privado, con un virtual pie de igualdad entre las partes, sin ser con ello totalmente contratos privados; otros, con regímenes intermedios -que crecieron al amparo del extendido sector público de la economía que existió hasta fines de la década del 80 del siglo XX-; y los contratos que tienen un régimen más severo para el contratista en función de la necesidad de tutelar el interés de los usuarios del servicio que aquél presta en condiciones monopólicas o de exclusividad. En ese marco, los primeros tienen mayor dosis de derecho común, los segundos se rigen por un derecho administrativo de coordinación o cooperación y los últimos, están sometidos a un derecho administrativo más estricto, de subordinación.

externo); los contratos con ligeras notas de derecho público a favor de la administración (el subsidio, la subvención, la donación) y, por fin, contratos en que aparece un crescendo de potestades y privilegios estatales (locación y concesión o permiso de uso del dominio privado o público del Estado; contrato de suministro y de obra pública, relación de empleo público; concesiones de obras públicas, concesiones y licencias de servicios públicos, contrato de empréstito público interno), podrían encontrar ubicación los contratos aquí analizados.

CAPÍTULO V. Conclusiones

Con la privatización de los servicios eléctricos, el desmembramiento de las actividades eléctricas y la interacción de los nuevos agentes del mercado eléctrico surgió la necesidad de crear un organismo independiente de quienes operaran en el mercado eléctrico, que centralizara la función de despacho y efectuara las operaciones del sistema que, hasta entonces estaba a cargo de la Gerencia Despacho Nacional de Cargas de AyE.

La ley 24.065 estableció los lineamientos del organismo encargado del Despacho Nacional de Cargas (DNDC) que tendría a su cargo el despacho técnico del SADI y que debía constituirse bajo la forma de una sociedad anónima, habilitando la participación accionaria de los distintos actores del MEM pero asegurando a su vez al Estado la participación y poder de veto en el directorio (art. 35), La mencionada ley dispuso también los principios que debía observar la Secretaria de Energía en la determinación de las normas a las que debía ajustarse el DNDC para el cumplimiento de sus funciones (arts. 35 y 36).

Las funciones de despacho y de administración de transacciones económicas son cumplidas por un mismo ente, CAMMESA. Las respectivas funciones le fueron asignadas a esa sociedad a partir del Decreto 1192/1992, la que se rige por las normas de las sociedades anónimas previstas en la Ley General de Sociedades 19.550 y fue constituida como una entidad sin fines de lucro; constituye un ente que cumple funciones de interés público y las actividades que hacen al cumplimiento de su objeto social fueron calificadas de interés nacional, indispensables para la libre circulación de energía eléctrica.

A partir de la emergencia pública en materia social, económica, administrativa, financiera y cambiaria declarada por la Ley 25.561 y las medidas dictadas en consecuencia, a partir del año 2002, la Secretaria de Energía comenzó a adoptar decisiones regulatorias de invocado carácter transitorio en cuyo marco impartió instrucciones a CAMMESA que podían involucrar tanto a agentes y participantes del MEM como a terceros ajenos al MEM, y afectar fondos propios del MEM y fondos específicos, aportados por el Fondo Unificado ³⁷⁷. Esas instrucciones, junto con otros actos emitidos

³⁷⁷ Conf. Resolución SE 2022/2005.

por la Secretaría de Energía, implicaron que CAMMESA fuera adquiriendo funciones más amplias que las previstas en el marco regulatorio y en su acto de creación, que se mantienen hasta hoy.

En ese marco, en un contexto en el que, desde hace aproximadamente 20 años, el Estado Nacional subsidia la energía eléctrica y en el que la nueva oferta de generación ha sido canalizada por el Estado a partir de la celebración de Contratos de Abastecimiento a través de CAMMESA - cuya principal obligación (el pago de la energía contratada) depende de transferencias estatales para poder ser cumplida-, con un rol estatal determinante en la formación y vida de los respectivos contratos, el análisis de las relaciones jurídicas nacidas en ese marco -y sus consecuencias- no debería estar ajeno a esas particularidades.

Entre otras, cabe considerar que el Estado se ha valido del OED para ejecutar decisiones de orden regulatorio e implementar las políticas definidas en materia energética, en cuyo marco determina la celebración de los contratos, tiene injerencia durante su ejecución, dispone modificaciones y asume obligaciones; circunstancias todas ellas que pueden eventualmente comprometer la responsabilidad patrimonial del Estado por la actuación (u omisión) de CAMMESA, en el marco de instrucciones y de los actos administrativos emitidos por la autoridad con competencia en materia regulatoria.

En cualquier caso, deberá considerarse el supuesto particular en que se genere el incumplimiento y tener presente los términos del contrato incumplido y el régimen jurídico aplicable a cada contrato toda vez que, sin perjuicio de ciertas notas comunes en las modalidades adoptadas, de los Contratos de Abastecimiento analizados surgen diferencias sustanciales.

En ese sentido, en ciertos supuestos la injerencia estatal en el contrato resulta más nítida, como es el caso de los Contratos de Abastecimiento que no prevén la aplicación del derecho privado y que disponen la intervención de la Secretaría ante controversias suscitadas entre las partes -sea para su resolución u oficiando de mediador-, para la modificación del contrato, o para obtener su aceptación o rechazo antes de la adopción de determinadas decisiones (FONINMEM y Resolución SE 220/2007); en otros contratos, sería algo más remota. Se trata del caso de los Contratos de Abastecimiento que se rigen por el derecho privado, requieren del acuerdo de partes para su modificación y en los que se estableció que las controversias se resuelven en los tribunales civiles y comerciales (Resoluciones SEE 21/2016 y 287/2017), con esquemas de garantía limitados (a través del FGP, cfr. Resolución SEE 287/2017); o de Contratos de Abastecimiento estructurados bajo esquemas con regulación más desarrollada y autosuficiente, a los que se les aplica el derecho privado, se requiere del acuerdo de partes para su modificación, la resolución de controversias se somete a arbitraje internacional y para los que se prevé un régimen de garantías específico para respaldar el cumplimiento de las obligaciones a través de un fondo fiduciario (FODER), con garantía soberana del Estado Nacional y con garantía indirecta del Banco Mundial (RenovAr).

Un caso aparte podría estar configurado por los contratos celebrados por CAMMESA para comprar gas natural para generación de energía eléctrica en el marco del Plan Gas.Ar en los que

actúa por “Instrucción por Cuenta y Orden” (art. 3 de la Resolución SEE 2022/2005). De considerarse que se trata de un mandato en los términos del art. 1320 del CCyC, las relaciones activas y pasivas nacen directamente entre el tercero (productor) y el mandante, en el caso, el Estado Nacional, en cuyo caso los derechos, obligaciones y responsabilidades recaen sobre este último. A su vez, resultaría de aplicación la obligación del Estado Nacional de indemnizar a CAMMESA los daños que pudiera sufrir como consecuencia de la ejecución del mandato, no imputables a CAMMESA (inc. c del art. 1328 CCyC).

No obstante ello, del desarrollo de los apartados anteriores surge que la responsabilidad que eventualmente podría derivar a partir de los actos, instrucciones u omisiones de la autoridad con competencia en materia energética, no parece encuadrar en las categorías típicas de la responsabilidad estatal.

En ese sentido, sin perjuicio de que formalmente CAMMESA sea la parte Compradora en los distintos contratos y de la representación invocada en cada caso, podría plantearse la calidad de parte del Estado Nacional en esos contratos, basada en las disposiciones dictadas por la Secretaría de Energía que determinaron la celebración y el contenido de los contratos, las facultades que se reservó y desempeñó durante su ejecución, y los cometidos públicos que se invocaron en las normas que habilitaron las respectivas contrataciones. En esos supuestos, sea que la respectiva contratación se haya efectuado por Instrucción Por Cuenta y Orden o en otros supuestos en los que se arribe a esa conclusión por las especiales características de la participación estatal y de su injerencia decisiva en las respectivas contrataciones, se estaría en el ámbito de responsabilidad contractual del Estado, legítima o ilegítima, según el caso concreto.

En ese análisis, sin embargo, se observan limitaciones para la clasificación de los respectivos contratos como contratos administrativos, en particular, por la ausencia del elemento subjetivo, que es un requisito para la existencia del contrato administrativo conforme la jurisprudencia imperante. Tampoco pareciera posible su abordaje como contratos civiles de la Administración regidos por el derecho privado, como serían los típicos casos que involucran la gestión de bienes de dominio privado del Estado, o los actos de comercio de bancos oficiales.

El estudio podría centrarse entonces en la responsabilidad estatal que derive del acto administrativo dictado por la autoridad con competencia en materia energética cuya aplicación genere de daños y la responsabilidad de indemnizar. En tal caso, sin perjuicio de que en los supuestos analizados el Estado se habría valido de CAMMESA para efectuar las respectivas contrataciones, se trataría de responsabilidad estatal en el ámbito extracontractual, en la medida en que se compruebe la ocurrencia de los presupuestos que condicionan esa responsabilidad.

Lo anterior, sin embargo, no estaría exento de cuestionamientos si se tiene en cuenta el rol determinante del Estado en la celebración de los contratos, su ejecución y modificación, principalmente en los casos en que tiene una injerencia más directa (v.gr. FONINMEM y Resolución 220/2007). En otros supuestos que cuentan con regulaciones más desarrolladas y

autosuficientes (v.gr. RenovAr) algunas cuestiones podrían también encontrar resolución en el marco de esos regímenes específicos.

BIBLIOGRAFÍA

ALTERINI, Jorge H., *“Código Civil y Comercial Comentado”*, Buenos Aires, 2da. Edición actualizada y aumentada, La Ley, 2016.

ALTERINI, Atilio A., AMEAL Oscar J., LÓPEZ CABANA, Roberto M., *“Derecho de Obligaciones Cíviles y Comerciales”*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997.

BALBÍN, Carlos, F., *“Manual de Derecho Administrativo”*, Buenos Aires, 3ra. Edición actualizada y ampliada, La Ley, 2015.

BALBÍN, Carlos F., *“Régimen Jurídico de las actividades empresariales del Estado. Las empresas absorbidas por el Estado”*, en ob. conj. “Organización administrativa, función pública y dominio público”, Buenos Aires, RAP, 2005.

BARRA, Rodolfo C., *“Principios de derecho administrativo”*, Buenos Aires, 1era. Edición, Ábaco, 1980,

BARRA, Rodolfo C., *“Tratado de Derecho Administrativo”*, Buenos Aires, Ábaco, 2006.

BARRA, Rodolfo C., *“Las privatizaciones de la década del 90 y su influencia en el Derecho Administrativo argentino”*, Madrid, Documentación Administrativa, Instituto Nacional de Administración Pública, mayo-diciembre 2004.

BARRA, Rodolfo C., *“Contrato de Obra Pública”*, Tomo I, Parte General, Buenos Aires, Ábaco, disponible en <http://www.rodolfobarra.com/libros/Rodolfo-Barra-Contrato-de-Obra-Publica-Tomo-I.pdf>

BARREIRO, Rubén A., *“Derecho de la Energía Eléctrica”*, Buenos Aires, Ábaco, 2002.

BASTOS, Carlos M.; ABDALA, Manuel A., *“La transformación del sector eléctrico argentino”*, Chile, 1era. Edición, Editorial Antártica S.A., 1993.

BELLUSCIO, Augusto C., *“Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado”*, Ciudad de Buenos Aires, Astrea, 2004.

BIANCHI, Alberto B., *“Anotaciones sobre los conceptos de Administración Pública y Función Administrativa”*, El Derecho, tomo 129.

BIELSA, Rafael, *“Derecho Administrativo”*, Buenos Aires, 4ta. Edición, Depalma, 1947.

BORDA, Guillermo A., *“Tratado de Derecho Civil, Contratos”*, Buenos Aires, 9ª. Edición, La Ley, 2008.

BUERES, Alberto J., *“El acto ilícito”*, Buenos Aires, Hammurabi, 1986.

CAMPOLIETI, Federico, *“El alcance de la indemnización en la responsabilidad del Estado por actividad lícita”*, en TAWIL, Guido S., “Responsabilidad del Estado”, Ciudad de Buenos Aires, 1era. Edición, Abeledo Perrot., 2019.

CANDA, Fabián O., *“El elemento subjetivo en la contratación administrativa. ¿Necesariamente una de las partes debe ser el Estado?”*, Universidad Austral, Contratos administrativos, Buenos Aires, Ciencias de la Administración, 2000.

CARRILLO, Santiago, COYEGO María, *“Responsabilidad del Estado por los actos de sus entes descentralizados”*, en ABERASTURY, Pedro, “Responsabilidad extracontractual del Estado. Ley 26.944”, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2014.

- CASSAGNE, Juan C., *"Derecho Administrativo"*, Buenos Aires, 6ta. Edición actualizada, Abeledo Perrot, 1998.
- CASSAGNE, Juan C., *"La actuación estatal a través de la forma societaria mercantil"*, El Derecho, 69- 853.
- CASSAGNE, Juan C., *"Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado"*, La Ley, 01/10/2012.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *"Los contratos de la Administración Pública"*, en *"Contratos administrativos"*, Buenos Aires, Astrea, Tomo I, 1982.
- CURÁ, José M.; BELLO KNOLL, Susy, *"La sociedad anónima con participación estatal mayoritaria (su naturaleza jurídica a la luz de un fallo clarificador)"*, La Ley, 1991-A, 365.
- COMADIRA, Julio R., *"Procedimientos Administrativos. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Anotada y Comentada"*, Buenos Aires, 1era. Edición, La Ley, 2003.
- COMADIRA, Julio R., *"La responsabilidad del Estado por las obligaciones de sus entes descentralizados (A propósito de un fallo sobre ferrocarriles argentinos)"*, ED 145-380.
- COVIELLO, Pedro J. J., *"El elemento subjetivo en los contratos administrativos según un fallo de nuestra Corte Suprema (breves anotaciones al caso "Pluspetrol")"*, 1, EDA, 2007.
- DIEZ, Manuel M., con la colaboración de HUTCHINSON Tomás, *"Manual de Derecho Administrativo"*, Tomo I, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.
- DEVOTO, Alberto E., *"Regulación y control del servicio de electricidad en Argentina"*, publicado en *"Que hay de nuevo en las regulaciones: telecomunicaciones, electricidad y agua en América Latina"*, Buenos Aires, EUDEBA, CLAD, 1998.
- DONCEL JONES, Juan C., *"Los organismos descentralizados del Estado que actúan como empresas del derecho privado (con especial referencia a C.A.M.M.E.S.A.)"*, Buenos Aires, La Ley, 1997- F.
- DROMI, Roberto, *"Contratos de la Administración"*, Régimen Jurídico Unitario, Buenos Aires, JA, Doctrina, 1974.
- DROMI, José R., *"Derecho Administrativo"*, Buenos Aires, Astrea, 1992.
- DROMI, José R., *"Derecho Administrativo"*, Buenos Aires, 9na. Edición actualizada, Ciudad Argentina, 2001.
- DURAND, Julio C., *"El Marco regulatorio eléctrico en la emergencia"*, El Derecho, Revista de Derecho Administrativo, 28/2/2005.
- ESCOLA, Héctor, *"Tratado integral de los contratos administrativos"*, Depalma, Buenos Aires, 1979, Volumen I y II.
- FONROUGE, Máximo, *"Lineamientos del régimen jurídico de la electricidad"*, en VV.AA., Servicio Público, policía y fomento, Buenos Aires, RAP, 2003.
- Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas (FIEL), *"La regulación de la competencia y de los servicios públicos. Teoría y experiencia argentina reciente"*, Capítulo 13, *"La regulación del sector eléctrico"*, Buenos Aires, 1998, pp. 237 y ss.
- GAUNA, Juan Octavio, *"Ejercicio Privado de Funciones Públicas"*, LL, 1990-D, 1205.
- GORDILLO, Agustín, *"Tratado de derecho administrativo y obras selectas"*, Tomo 1, Parte general, disponible en <https://www.gordillo.com/tomo1.php>

HERRERA, Marisa; CAMELO, Gustavo; PICASSO, Sebastián, “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Buenos Aires, 1era. edición, Infojus, 2015

LLAMBÍAS, Jorge J., “*Tratado de derecho civil. Obligaciones*”, Buenos Aires, Perrot, 1967, Tomo. I.

LLAMBÍAS, Jorge J. “*Tratado de Derecho Civil, Obligaciones*”, Buenos Aires, Perrot, 1982, Tomo IV-A.

LORENZETTI, Ricardo L., “*Código Civil y Comercial Comentado*”, Santa Fe, 1era. Edición, Rubinzal-Culzoni Editores, 2014.

MARIENHORFF, Miguel S., “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Buenos Aires, 4ta. Edición actualizada, Abeledo Perrot, 1990.

MERTHEIKIAN, Eduardo, “*La Responsabilidad Pública. Análisis de la doctrina y la jurisprudencia de la Corte Suprema*”, Buenos Aires, Ábaco, 1998.

MERTHEIKIAN, Eduardo, “*La responsabilidad subsidiaria del Estado por la actuación de entidades descentralizadas (Empresas, sociedades de objeto comercial o industrial y entidades autárquicas)*”, RAP N° 265, octubre 2020.

MUÑOZ, Guillermo A., “*Contratos de la Administración*”, en MUÑOZ, Guillermo A.– GRECCO, Carlos M., “*Fragmentos y Testimonios del Derecho Administrativo*”, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1999.

NIELSEN ENEMARK, Carlos A., “*La naturaleza jurídica de la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico S.A. (CAMMESA)*”, Revista Argentina de la Energía, Hidrocarburos y Minería n° 10, Buenos Aires, Ábaco, agosto-octubre de 2016.

PALACIOS, Mariano, “*Constitución y energía eléctrica. Evolución de la regulación del sector eléctrico (1990’s-2010’s)*”, Revista Argentina de la Energía, Hidrocarburos y Minería, n° 2, Buenos Aires, Ábaco, agosto-octubre de 2014.

PERRINO, Pablo Esteban, “*La falta de servicio en la Ley de Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y agentes públicos*”, El Derecho, 31/3/2015.

PICASSO, Sebastián, “*La singularidad de la responsabilidad contractual*”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2011.

PIZARRO, Ramón Daniel, “*Responsabilidad del Estado y del funcionario público*”, Buenos Aires, 2da. Edición, Astrea, 2016, Tomo 1 y 2.

RIVERA, Julio C., MEDINA, Graciela, “*Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*”, Ciudad de Buenos Aires, 1era. Edición, 1era. Reimpresión, La Ley, 2015.

ROITMAN, Horacio, “*Ley de Sociedades Comerciales, Comentada y Anotada*”, Buenos Aires, La Ley, 2006.

SAENZ, Jorge A., “*La responsabilidad contractual en el derecho público argentino*” en “*Responsabilidad del Estado, Jornada en homenaje a María Graciela Reiriz*”, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2008.

SYKES, Nicolás, “*La Responsabilidad del Estado por la Actuación de las Empresas y Sociedades del Estado*”, en TAWIL, Guido S., “*Responsabilidad del Estado*”, Ciudad de Buenos Aires, 1era. Edición, Abeledo Perrot, 2019.

SAYAGUES LASO, Enrique, “*Tratado de Derecho Administrativo*”, Montevideo, 1959, Tomo I,

SOBRE CASAS, Roberto P., “*Los contratos en el mercado eléctrico*”, Tesis Doctoral, Universidad Complutense de Madrid, 2001

TAWIL, Guido S., *“Introducción a la responsabilidad del Estado”*, en TAWIL, Guido S., *“Responsabilidad del Estado”*, Ciudad de Buenos Aires, 1era. Edición, Abeledo Perrot, 2019.