

# **Observatorio de Energía**

Novedades normativas y jurisprudenciales sobre petróleo, gas y electricidad

**CASSAGNE**  
ABOGADOS

## **SECCIÓN ELECTRICIDAD**

### **Apuntes en torno a una posible “estatización” de EDESUR**

*Julio C. Durand*

1. Las noticias mencionan que algunos intendentes de la Provincia de Buenos Aires han propuesto “estatizar” la empresa EDESUR. No es nuestro propósito evaluar el mérito de esta iniciativa, que ha generado adhesiones y rechazos, sino repasar los posibles modos de una eventual “estatización” y sus consecuencias.

Este análisis se basa en el marco regulatorio aplicable a la actividad, compuesto por:

a) la Constitución Nacional, las leyes 15.336 y 24.065, sus normas reglamentarias, y el Contrato de Concesión de EDESUR; y

b) los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones aplicables en virtud de la nacionalidad de los accionistas de EDESUR (en principio entendemos aplicables los TBI con Italia y Chile, en adelante los “TBI”) y el derecho internacional aplicable a la inversión.

Este segundo sistema de normas es aplicable en virtud de la presencia de accionistas extranjeros, y su relevancia no puede ser minimizada pues, desde una perspectiva realista, es muy probable que cualquier eventual decisión que se adopte sea definitivamente

evaluada y juzgada por un tribunal arbitral internacional que aplicará esos TBI y el derecho internacional.

2. Para poner a la situación en su contexto conviene recordar inicialmente que:

- el Estado Nacional, por medio de la Ley 24.065 de 1992, definió las reglas básicas de funcionamiento de la industria eléctrica argentina, que siguen (al menos formalmente) vigentes hasta el día de hoy.
- según estas reglas, los Generadores son los encargados de producir la energía que compran los Distribuidores y los Grandes Usuarios, mientras que los Transportistas operan y mantienen las instalaciones de transmisión que vinculan a todos ellos entre sí.
- el Distribuidor tiene la obligación (y el derecho exclusivo) de abastecer de energía eléctrica a los usuarios finales ubicados dentro de una zona territorial determinada, con ciertos parámetros predefinidos de calidad. Para eso opera y mantiene una “red de distribución”, por medio de la cual entrega en cada punto de suministro la energía que la empresa adquiere “en bloque” en el mercado mayorista, y recibe a cambio una “tarifa” fijada por el concedente.
- EDESUR es la distribuidora de energía eléctrica en el sur de la Ciudad de Buenos Aires y sus partidos vecinos, en los términos de su Contrato de Concesión, por el plazo de 95 años.
- fue elegida para ello por el Estado Nacional en 1992, luego de un procedimiento licitatorio competitivo, a cambio del pago de un precio.
- recientemente la concesión se “traspasó” a la Ciudad y la Provincia de Buenos Aires, pero sigue rigiéndose por la normativa dictada por las autoridades nacionales.

3. En la Argentina se denominó “privatización” (entre otras cosas) a la transferencia de la gestión de empresas de servicios públicos a sujetos privados, por medio de concesiones o

licencias. Simétricamente, la “estatización” de una empresa privatizada implicaría la extinción anticipada de la concesión o licencia, y la asunción directa de la gestión por parte de algún órgano u organismo estatal.

4. Asumimos, porque nadie ha dicho otra cosa, que la propuesta de “estatización” de EDESUR no incluye la modificación de la condición de “servicio público” de la actividad de distribución, ni la alteración sustancial de su régimen jurídico.

En tales condiciones, la “estatización” podría resultar de alguna de las siguientes decisiones:

#### 4.1) Una expropiación

La expropiación es la transferencia de un bien al Estado por razones de utilidad pública.

Todas las cosas y derechos, en general, son susceptibles de expropiación (art. 4, Ley 21.499) y por ello es teóricamente posible imaginar la “expropiación de EDESUR”.

En concreto, ésta podría materializarse por medio de una expropiación de las acciones que corresponden al/los accionista/s mayoritario/s. Como antecedentes relevantes podemos mencionar que el Estado Nacional ha expropiado, no hace tanto tiempo, el paquete accionario de control de las empresas Aerolíneas Argentinas S.A. (art. 1° de la Ley 26.466) e YPF S.A. (art. 7° de la Ley 26.741).

Desde otro punto de vista, como la “utilidad pública” de EDESUR no se relaciona con la sociedad anónima per se, sino con su actividad como concesionario del servicio público de distribución, la reasunción del servicio también podría obtenerse por medio de la expropiación de los derechos emergentes del Contrato de Concesión (aunque siempre con previa declaración legal de utilidad pública e indemnización suficiente).

En cualquiera de ambos casos, la expropiación de EDESUR calificaría como una “estatización” -en el sentido que explicamos en el punto anterior- siempre y cuando el nuevo titular del servicio sea la sociedad sujeta a control estatal (si se expropian las

acciones) o cualquier órgano u organismo estatal al que se encomiende esa tarea (si se expropian los derechos emergentes del contrato).

Cabe hacer notar que el art. 3º de la Ley 24.065 define que “el transporte y distribución de electricidad deberán prioritariamente ser realizados por personas jurídicas privadas”, por lo que -excepto que el Congreso Nacional disponga lo contrario- la “estatización” debería ser meramente transitoria, hasta tanto el servicio sea transferido a otro operador privado.

Paralelamente, el art. 5.1.(b) del TBI con Italia incluye algunas protecciones específicas en beneficio de la inversión extranjera en EDESUR, que ponen límites al ámbito de la actuación estatal legítima en este campo.

En concreto, el Estado argentino se comprometió a que esas inversiones:

“...no serán directa o indirectamente nacionalizadas, expropiadas, incautadas o sujetas a medidas que tengan efectos equivalentes en el territorio de la otra Parte, a no ser que se cumplan las siguientes condiciones:

— que las medidas respondan a imperativos de utilidad pública, de seguridad o interés nacional;

— que sean adoptadas según el debido procedimiento legal;

— que no sean discriminatorias ni contrarias a un compromiso contraído;

— que estén acompañadas de disposiciones que prevean el pago de una indemnización adecuada, efectiva y sin demora.”

El art. IV del TBI con Chile incluye protecciones similares. Estos compromisos coinciden esencialmente con las garantías que brinda la Constitución Nacional: de acuerdo a su art. 17, el trámite de expropiación comienza por una ley del Congreso que declare la

“utilidad pública”, y continúa con el pago de la “previa indemnización” a los titulares de las acciones.

En cuanto a esta indemnización, el art. 10 de la Ley Nacional de Expropiaciones (N° 21.499) señala que su monto deberá representar el “valor objetivo” del bien expropiado, más los daños que sean una consecuencia directa o inmediata de la expropiación, pero sin incluir el “lucro cesante”. La descripción está principalmente dirigida a la expropiación de “cosas”, y su aplicación a empresas en marcha (o a los derechos emergentes de un contrato) no es tan sencilla, ya que en estos casos la determinación del “valor objetivo” se confunde parcialmente con el “lucro cesante” (pues el “valor objetivo” de una empresa tiene relación directa con su capacidad de generar beneficios futuros) y el cálculo puede realizarse de acuerdo a diferentes métodos valuatorios, que conducen a resultados dispares. El TBI con Italia es un poco más preciso, en tanto exige que “[l]a indemnización será equivalente al valor real de mercado que la inversión tenía inmediatamente antes del momento en que las decisiones de nacionalizar o expropiar hayan sido anunciadas o publicadas y será determinada teniendo en cuenta parámetros técnicos internacionalmente aceptados...” (entre los cuales destaca, de acuerdo a la práctica internacional, la valuación en función de los ingresos futuros calculados de acuerdo al método del “flujo de fondos descontado” o “FFD”).

#### 4.2) El “rescate”

El término “rescate”, en esta materia, remite a la decisión unilateral del Estado, fundada en razones de oportunidad, mérito y conveniencia, de dejar sin efecto una concesión antes de su vencimiento.

Algunos regímenes sectoriales prohibieron de manera expresa la posibilidad de rescate (como el marco regulatorio del gas, conf. art. 4°, inc. 5° del Dto. 1738/92) mientras que otros regularon en detalle sus condiciones de ejercicio (como el anterior régimen del servicio de agua y saneamiento según el Dto. 999/92, art. 65).

La regulación aplicable a la concesión de EDESUR no se refiere al tema sino de manera indirecta, pero los TBI, tal como vimos en el punto anterior, exigen que cualquier

expropiación “directa o indirecta” (o cualquier medida “que tenga un efecto equivalente”) ha de cumplir con los requisitos del citado art. 5.1.(b) del TBI con Italia. Desde que el efecto del “rescate” es sustancialmente idéntico al de una “expropiación” de la concesión, entendemos que -en este caso particular- su implementación debe seguir las mismas pautas exigibles para una expropiación, y respetar las garantías del art. 17, CN.

Incluso si no se aplicara ningún TBI, Cassagne ha señalado que el “rescate” de las concesiones es un caso típico de sacrificio particular impuesto por causa de utilidad pública, que exige el respeto de las mismas garantías aplicables al caso de expropiación (nuevamente: declaración legislativa y previa indemnización).

En definitiva, para el caso de EDESUR, tanto el “rescate” como la “expropiación” reconducen el tema hacia un mismo procedimiento, que exige intervención legislativa y previo pago de una indemnización justa, que represente el valor real de mercado de la empresa (excluyendo el eventual impacto negativo de medidas públicas ilegítimas que puedan haber afectado esa valuación).

#### 4.3) El caso de la terminación anticipada por incumplimiento

Inicialmente corresponde marcar que existen claras diferencias entre la “terminación anticipada por incumplimiento” y la “estatización”. Aunque la segunda podría ser una consecuencia de la primera, se trata de dos medidas diferentes por su causa, por su objeto y por su finalidad, a tal punto que recurrir a la primera con el propósito específico de obtener la segunda implicaría una “desviación de poder”.

Al contrario, la “expropiación” o el “rescate” tienen por finalidad directa e inmediata la reasunción del servicio por parte del Estado, y por eso son modalidades de “estatización”.

En cuanto a la “rescisión por incumplimiento”, ésta tiene que justificarse en la verificación de los presupuestos de hecho previstos en el Contrato de Concesión, y debe tener como propósito la misma finalidad que justifica el otorgamiento de esa facultad (en esencia: desplazar al concesionario incumplidor para preservar la prestación del servicio

público) sin perseguir otros objetivos encubiertos, por más que puedan ser legítimos o razonables.

De este modo, la “rescisión” podría conducir a la “estatización”, si la extinción de la concesión es seguida de una reasunción de la gestión por parte del Estado (como ocurrió en el caso de Aguas Argentinas) pero ello no es inevitable ni imprescindible. El caso de EDESUR podría ser un buen ejemplo de esto último ya que propio Contrato de Concesión, en el único mecanismo de terminación anticipada que previeron las partes, no contempla la posibilidad de la “reasunción” del servicio por parte del concedente. El art. 38 dispone que tal terminación se debe materializar por medio de la venta de las acciones del Paquete Mayoritario y su transferencia al oferente que resulte adjudicado en el marco de un Concurso Público convocado a tal efecto.

Hechas estas aclaraciones, de todos modos analizaremos brevemente el régimen de terminación por incumplimiento (ya que las noticias también hacen referencia a esta cuestión).

De acuerdo al art. 37 del Contrato de Concesión de EDESUR, la relación puede extinguirse anticipadamente como consecuencia del incumplimiento verificado de algunas “obligaciones formales” de la empresa (tales como la modificación del objeto exclusivo de la sociedad o el cambio en las participaciones accionarias durante los primeros 5 años), pero también, lógicamente, como consecuencia del incumplimiento de obligaciones sustanciales relacionadas con la prestación del servicio público.

Vale notar que esta última posibilidad sólo incluye dos supuestos específicos:

a) si la distribuidora “incumpliese en forma reiterada sus obligaciones contractuales sustanciales y habiendo sido intimada por el ENTE a regularizar tal situación dentro de un plazo, no lo hiciera” (art. 37, inc. b); y

b) cuando “el valor acumulado de las multas aplicadas a LA DISTRIBUIDORA en el período anterior de UN (1) año supere el VEINTE POR CIENTO (20%) de su facturación anual neta de impuestos y tasas” (art 37, inc. c). El texto no aclara

si estas multas deben encontrarse firmes o consentidas, ni prevé qué sucede cuando el valor de la facturación anual se encuentra temporalmente reducido por una decisión unilateral del concedente, entre otras vicisitudes que podrían distorsionar el funcionamiento del sistema.

A nuestro juicio, la adopción de un régimen contractual específico que delimita las condiciones de ejercicio de la prerrogativa rescisoria para esta relación jurídica en particular, configura una “autolimitación” válida de la Administración que -frente a la ocurrencia de los incumplimientos descritos en el contrato- la constriñe a ejercer la prerrogativa rescisoria en los términos pactados (sin posibilidad de aplicar otras soluciones, aunque estén previstas en el régimen general).

El respeto de este procedimiento específico también interesa al Concesionario (y por ello puede ser exigido por él) en tanto el producido de la venta de esas acciones debe ser entregado a la empresa como contrapartida por la transferencia de los bienes afectados al servicio (menos un porcentaje, decreciente a lo largo del periodo de gestión, que se deduce como indemnización para el Concedente).

Con relación a la existencia de un incumplimiento “sustancial” en los términos previstos, recordemos que la obligación principal del Concesionario es brindar un servicio con condiciones de calidad predeterminadas, que el art. 27 del Contrato de Concesión define como “satisfactorias” (aunque no sea esa la percepción de los usuarios). El análisis exhaustivo de las “obligaciones de servicio público” asumidas por EDESUR excede el propósito de esta breve comunicación, por lo que nos limitaremos a recordar que la empresa está sujeta a exigencias vinculadas a la “calidad del servicio técnico” (que controla la frecuencia y duración de las interrupciones), a la “calidad del producto técnico” (el nivel de tensión) y a la “calidad del servicio comercial” (vinculado con la atención al usuario).

El control del cumplimiento de estas obligaciones está a cargo del ENRE. En materia de “calidad del servicio técnico”, por ejemplo, el control consiste en comparar periódicamente la cantidad y duración de las interrupciones “computables” con los valores previstos en el Contrato (aclarándose que no cualquier interrupción es “computable” a estos efectos, y no cualquier interrupción “computable” es susceptible de sanción, sino solo aquellas que exceden el nivel máximo autorizado).



La contrapartida de esta obligación de calidad es el derecho a una cierta tarifa. Por eso, en el caso de EDESUR, la determinación de la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones no puede prescindir de la consideración de las sucesivas renegociaciones, congelamientos y postergaciones de los derechos y obligaciones contractuales (especialmente a partir de las leyes de emergencia 25.561 y 27.541) ni del análisis del cumplimiento de las correlativas obligaciones del concedente.

5. Para concluir: es sabido que a lo largo de la historia el Estado argentino ha alternado modalidades “estatales” y “privadas” en la gestión de sus servicios públicos, y la comunidad -en distintos momentos y situaciones- ha apoyado mayoritariamente una u otra solución.

En términos prácticos, la decisión estatal de prestar el servicio de distribución de manera directa, o delegar la gestión a sujetos privados, corresponde a las autoridades competentes de la jurisdicción titular del servicio, y del mismo modo en que en el pasado se adoptó una modalidad, ésta se puede modificar si cambian las circunstancias.

Dicho eso, es necesario destacar que en el caso de EDESUR existe una situación preexistente, y un marco normativo nacional e internacional, que condicionan las vías de acción y predeterminan algunas de sus consecuencias.

De acuerdo a ese marco, la “estatización” de EDESUR podría lograrse por medio de un “rescate” de la concesión, o una expropiación de las acciones del Paquete Mayoritario. En cualquiera de ambos casos, como consecuencia de la protección del derecho de propiedad reconocido en nuestra Constitución Nacional, y los compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino frente a los inversores extranjeros, la decisión debe ser adoptada por el Congreso, y su ejecución está condicionada al previo pago de una indemnización justa, que represente el “valor de mercado” de la empresa o de su porción de control (en principio, valuada según el método del FFD, y prescindiendo del impacto negativo de cualquier incumplimiento anterior del concedente). El incumplimiento de estas pautas generaría responsabilidad del Estado, en la esfera local, y en el ámbito internacional (donde esa responsabilidad se traduce en un deber de indemnizar el perjuicio sufrido por la

inversión, que puede ser exigido por medio de un arbitraje internacional, cuyas decisiones deben ser reconocidas por el Estado).

Por otra parte, frente a la verificación de ciertos incumplimientos específicos (previstos en el Contrato de Concesión) el Estado puede decidir la terminación anticipada de la concesión. Si bien normalmente la consecuencia sería la reasunción del servicio por parte del Estado, en este caso el propio contrato incluye el compromiso estatal de ejecutar esa terminación por medio de la venta de las acciones del Paquete Mayoritario en un concurso público (lo que implícitamente excluye la reasunción de la gestión del servicio en forma directa).

Es interesante pensar si la eventual omisión de completar el procedimiento de venta de las acciones (con el objeto de obtener la “estatización” definitiva del servicio) implica un incumplimiento de la cláusula contractual que invalida la terminación anticipada, o solamente otorga al afectado el derecho a reclamar una indemnización sustitutiva del precio que se hubiera obtenido en el concurso público (menos las penalidades deducibles según el art. 38).

En cualquier caso, este incumplimiento también podría generar responsabilidad en la esfera nacional e internacional, del mismo modo en que lo haría un “rescate ilegítimo”.

\*\*\*