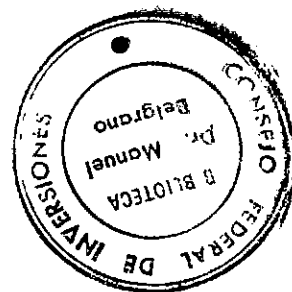


CATALOGADO

26738

SABSA, DANIEL



O

H. 22213

S 11

III

ALCANCE DEL ESTUDIO: Organización para la explotación de los servicios eléctricos transferidos en Tucumán (aspectos institucionales)

Referencia: Expediente C.F.I. N° 326

EXPERTO: Daniel Alberto Sabsay

ACTIVIDAD: Elaboración de la alternativa elegida.  
Introducción. Análisis constitucional y legal del ordenamiento jurídico federal. Atribuciones de la Nación y de las provincias en materia de servicios públicos y en especial de energía eléctrica.

Buenos Aires, 18 de febrero de 1981.

ANALISIS CONSTITUCIONAL Y LEGAL DEL ORDENAMIENTO JURIDICO FEDERAL. ATRIBUCIONES DE LA NACION Y DE LAS PROVINCIAS EN MATERIA DE SERVICIOS PUBLICOS Y EN ESPECIAL DE ENERGIA ELECTRICA.

- INTRODUCCION

Nuevo concepto de federalismo

Crisis del federalismo

Análisis de la Constitución Nacional

- REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA ELECTRO-ENERGETICA

Dominio y jurisdicción

La Constitución Nacional como único criterio para el reparto de competencias

Dominio de los recursos naturales

Jurisdicción

Aplicación del art. 67, inc. 12 C.N.

Extensión del concepto de "interprovincialidad al campo electroenergético

La "cláusula comercial" como pauta para el reparto de competencias en materia vial

- TRATADOS INTERPROVINCIALES

Concepto. Características

Régimen de los tratados interprovinciales

Derecho "intrafederal"

Importancia de la materia para el desarrollo del federalismo

Aplicación de los tratados interprovinciales en el ámbito electroenergético

- LEGISLACION NACIONAL

- CONCLUSIONES

## INTRODUCCION

Antes de tratar el tema específico de nuestro estudio, realizaremos una revisión del concepto de federalismo, en particular respecto de la forma como el mismo ha sido introducido en nuestras instituciones, o mejor dicho en la Constitución del 53-60, su desarrollo, su crisis y algunos remedios para poder superarla.

En la primera parte del estudio fueron analizadas distintas formas de descentralización funcional u horizontal, ahora abordaremos otra problemática que también hace parte del mismo fenómeno de desconcentración del poder -su correcta distribución y armonización-, claro que en el caso presente se trata de la descentralización de tipo territorial o vertical. Decíamos que ambas forman parte del mismo fenómeno porque ambas persiguen, en última instancia, objetivos idénticos y que podemos caracterizarlos a través de la célebre frase de Montesquieu respecto de la meta principal de su teoría de la división de poderes: "hacer que el poder detenga al poder"; y de tal manera garantizar la libertad de los administrados. En el Estado Federal también encontramos un fenómeno de división del poder.

González Arzac (1) sostiene que el fundamento del federalis-

---

(1) Felipe González Arzac. "Consideraciones sobre la adecuación del federalismo y la participación de las autoridades regionales en la planificación" Consejo de Inversiones. Bs.As., 1971.

mo es la sociabilidad humana, "el hombre ser esencialmente sociable, construye su destino a través de comunidades que integra, y que -a su vez- se integran en una sociedad más vasta: el Estado, caracterizado por su soberanía".

En cuanto a la distribución del poder dentro de su territorio un Estado puede ser unitario o federal. Es unitario cuando el poder de decisión se halla concentrado en un solo y único centro, sin perjuicio de que existan delegaciones en otros puntos de su territorio, pero que no gozan de autonomía, son meras divisiones administrativas. Mientras que el estado es federal cuando coexisten dos niveles bien diferenciados de poder, por un lado el gobierno federal y por el otro las provincias, tomando la terminología de nuestra constitución y sin entrar en el problema de si se trata o no de estados, ni tampoco el que de él se deriva, relativo a quien es el titular de la soberanía y si ella es o no compartida. Nuestra Corte Suprema se ha expedido al respecto en F. 154: 197: "el régimen político adoptado por la Constitución se funda en la coexistencia de la soberanía nacional y de la autonomía provincial y en F. 168: 105: "que la autonomía de los estados cede ante la soberanía única de la Nación".

Nuestro país ha adoptado luego de varios titubeos que marcan jalones en nuestra historia constitucional, el sistema fede-

ral. De este modo se incorpora a nuestras instituciones la solución escogida por la Constitución de Estados Unidos de 1787, ella consiste en el compromiso encontrado por las ex colonias inglesas que las conduce a la creación del estado federal como evolución luego de haber pasado por la confederación.

Frias (1) explica que "el Estado es un vértice de condensación de relaciones sociales, un centro de convergencias. El federalismo es un modelo de organización de esa convergencia, asegurada jerárquicamente: una aplicación más drástica del principio de subsidiariedad, por el cual el estado federal debe inclinarse ante las decisiones de otros órganos que no lo necesitan en su competencia propia".

Esta división territorial del poder contiene dos niveles de legalidad, lo que nos lleva a establecer, en primer lugar, un orden de prelación entre ambos órdenes legales, de modo tal que uno contenga al otro y que no existan fundamentos opuestos entre uno y el otro, ya que el Estado es un todo. De resultas de lo cual resultaría inconcebible la existencia de un estado formado por entidades o provincias cuyos órdenes legales estuviesen sustentados en principios opuestos, lo que implica que inclusive sus regímenes políticos podrían llegar a ser distintos. Para evitar que ocurran gro

---

(1) Pedro J. Frias. "La Provincia Argentina". Córdoba 1976.

seras incoherencias, la constitución de un Estado Federal en la regulación del todo armónico que constituye dicho Estado, prevé un orden de prelación que establece la supremacía de la constitución del estado sobre las constituciones de las provincias. Es así, como las provincias para organizarse institucionalmente, a pesar de la autonomía de que puedan gozar, deberán apelar a los principios generales, o al modelo que la constitución federal contemple. En el seno de un Estado Federal existe una distribución jerárquica del poder a respetar que provoca una relación de subordinación de las provincias hacia el gobierno federal. Consecuencia de ello es la existencia de distintos centros de creación jurídica, y su vigencia territorial y la competencia de los tribunales que apliquen dichas normas serán acordes con la división territorial que se realice.

Una vez resuelto el problema derivado de la jerarquía entre las dos entidades, se deberá estudiar un segundo problema, el que hace a la distribución de competencias, es decir qué atribuciones les daremos a cada uno de los centros de poder. De acuerdo al modo como dicho reparto sea llevado a cabo conoceremos cuales son las tendencias de las fuerzas que gravitan en el interior del estado. Y, asimismo, saber si esas fuerzas tienden a la descentralización o hacia la concentra-

ción del poder. Es en la confluencia de estas fuerzas centrífugas y centrípetas que se ubicará el justo punto medio, necesario para el adecuado desenvolvimiento del Estado Federal en un país dado. Del estudio de sus antecedentes, grado de desarrollo de cada provincia, idiosincracia de sus habitantes, etc. surgirá el equilibrio necesario y útil para que este instrumento que es el federalismo resulte positivo para el Estado.

En la base del federalismo encontramos la idea de concertación de reparto, de compromiso y a su vez la posibilidad de dar participación a los distintos componentes del estado, traando de que la misma sea equilibrada por todo un andamiaje de pesos y contrapesos, que deben ser previstos en el propio juego jurídico constituido por las relaciones que se establecerán entre los dos órdenes jurídicos. A su vez, como fenómeno de distribución producto de un acuerdo o pacto, es necesario conferirle un dinamismo que permita la posibilidad de su modificación en vista del cambio de circunstancias que pueda producirse en el futuro.

- Nuevo concepto de federalismo.

Además de la noción de federalismo que acabamos de esbozar, en el sentido de forma de distribución territorial del po-

der, se han desarrollado nuevas tendencias de corte político, filosófico y sociológico, que van más allá y ven en el federalismo a una verdadera teoría aplicable en todos los campos de la actividad humana y no solamente como un mero criterio jurídico para la organización del Estado. En este sentido más allá del principio de organización, el federalismo contiene toda una ética en la cual la tolerancia, el bien común, un máximo de libertad y más justicia son los elementos motores que permiten la realización del liberalismo, de la democracia y del Estado de derecho" (1) "El federalismo denominado integral es una doctrina que por oposición al federalismo estatal clásico, tiene por propósito englobar en el fenómeno federalista a todas las manifestaciones de la vida en sociedad" (2).

Imhoof en la obra citada expresa que entendido el federalismo desde este punto de vista, supera la noción de simple sistema de organización del Estado o de la comunidad internacional, puesto que se trata de una respuesta a la crisis de sociedad por la que atravesamos en la actualidad y a la quiebra de las ideologías y sistemas tradicionales, "esta respuesta -agrega- sólo podemos encontrarla en la aplicación a

---

(1) Rodolphe S. Imhoof. Fédéralisme "intégral et fédéralisme "coopératif. Documents du C.I.F.E. Nouvelle série N°29. Presses d'Europe. Paris 1975.

(2) Ferdinand Kinsky. "Le Fédéralisme intégral: idéologie, utopie ou réalisme?" L'Europe en Formation, N°142. 1972.

la sociedad global, es decir, a la sociedad en todos sus aspectos, políticos, por supuesto, pero también económicos, sociológicos, culturales, y aún religiosos de los principios federalistas, que entre otros son: la autonomía, la participación, la cooperación, subsidiariedad o exacta adecuación". Esta posición que encuentra históricamente como fundamento a las teorías de Proudhon, quien por oposición al marxismo propugnaba una forma de socialismo libertario, es una categoría histórica de organización social que debe dar paso a otras formas de asociación que respondan mejor a las características actuales y lleven a un tipo de acción en la cual se tomen en cuenta una cantidad de factores, históricos, sociales, económicos, etc. dentro de un marco de cooperación que supere los límites del Estado clásico. Los federalistas integrales son defensores de las comunidades económicas y como unidades más pequeñas se inclinan en favor de las regiones con gobiernos autónomos.

Para concluir con esta teoría, que aunque alejada de la noción de federalismo tal como nosotros lo entendemos comprende también a nuestra concepción y presenta muchos postulados que pueden ser de utilidad para la formulación de una política de regionalización como complemento del proceso de descen

---

(1) G. Héraud y M. Mouskhély. Fédéralisme, totalitarisme et particularisme. L'Europe en Formation, N° 37, 1963.

tralización emprendido por el gobierno nacional, transcribiremos el siguiente pensamiento: "cuando la unidad y la diversidad se concilian, y que el todo y las partes se polarizan armoniosamente, nos encontramos en presencia de una estructura federal. La unidad y la diversidad se concilian, cuando ni una ni la otra poseen la primacía, a diferencia de lo que sucede en los monismos totalitario o particularista".(1)

#### - Crisis del federalismo

En todos los países que tienen una organización de tipo federal se da una tendencia al fortalecimiento del gobierno central en detrimento de los gobiernos provinciales. Son las fuerzas centrípetas que tienden a concentrar el poder, mientras que las fuerzas centrífugas son cada vez más débiles. Resulta paradójal, constatar como en países tradicionalmente unitarios, Italia por ejemplo, se produce el fenómeno inverso, y es así como encontramos interesantes experiencias a nivel regional, que aunque tienen características propias que las distinguen del fenómeno del federalismo, en muchos aspectos presentan semejanzas; especialmente entre estados unitarios descentralizados y estados federales donde el poder se concentra de más en más.

---

(1) G. Héraud y M. Mouskhély. Fédéralisme, totalitarisme et particularisme. L'Europe en Formation, N° 37, 1963.

Muchas son las causas que han contribuido en este proceso y responden a múltiples motivos. Creemos que no resulta ajeno a él, el fortalecimiento del Poder Ejecutivo. Como dijéramos al comienzo, el fenómeno de descentralización, de distribución y reparto del poder en el interior del estado, vertical u horizontalmente, persigue como finalidad: el acercamiento a los gobernados del nivel de decisión, a través de estructuras intermedias autónomas que permitan un grado de participación mayor y que a su vez vayan creando en sus interrelaciones todo un fenómeno de concertación que produzca una mayor distribución del poder y cooperación entre los órganos titulares de las distintas áreas de gobierno en cada uno de los niveles. Es muy difícil que el desequilibrio de los poderes del Estado en favor de uno de ellos y su concentración en el Poder Ejecutivo -en particular en manos de su titular- de un sinnúmero de atribuciones, expresas y tácitas, no traiga aparejado un desequilibrio en el ámbito de la distribución territorial del poder.

En todos los países federales donde el Poder Ejecutivo se ha fortalecido excesivamente, este acrecentamiento de poder no sólo se ha producido en desmedro de los otros dos poderes, sino que también ha redundado en un debilitamiento de las autonomías provinciales. El drenaje de poder no sólo ha provo-

cado una redistribución de poderes a nivel del gobierno federal, sino que también se ha proyectado sobre las autonomías provinciales, despojándolas de parte de sus competencias. Nos contentamos con señalar este fenómeno que ha ocupado a numerosos publicistas en el mundo entero, sin tener la pretensión de profundizarlo pues nos desviaríamos de nuestro tema.

Para Frias (1) el proceso de centralización se apoya en nuestro país en las siguientes causas:

- a) El desarrollo de los poderes delegados al gobierno federal:
  - 1) Por el desarrollo de los poderes implícitos en los poderes expresos (art. 67, inc. 28 de la C.N.).
  - 2) Por la jurisdicción federal sobre el comercio interprovincial (art. 67, inc.        de la C.N.).
- b) Distorsión cumplida por el gobierno federal sin adecuada resistencia de las provincias.
  - 1) Ausencia de una política provincial y municipal debida al predominio de los partidos nacionales y al liderato del presidente y de los bloques legislativos.
  - 2) Modus vivendi impositivo. En este aspecto considera que el reparto de atribuciones en materia tributaria ha favorecido desmesuradamente al gobierno federal por la interpretación extensiva que se ha hecho de las disposiciones constitucionales.

---

(1) Pedro J. Frias. La provincia Argentina. Derecho Público Provincial. Realidad y proyecto federal. Córdoba, 1976.

3) Modus vivendi de las prestaciones de servicios públicos.

En este otro aspecto el proceso de transferencias de estos servicios a las provincias vendría al encuentro de estas críticas y constituye un remedio a la situación. Hasta el presente la prestación de muchos servicios por grandes corporaciones nacionales casi exclusivamente -Agua y Energía Eléctrica, Gas del Estado, Obras Sanitarias de la Nación, etc.- que acumulan enormes poderes impedían la formulación de una política provincial en la materia, e inclusive en muchos casos quedando la prestación de estos servicios también en manos nacionales lo que redundaba en un avasallamiento de las autonomías provinciales a través del ejercicio de competencias que les son propias.

4) La intervención federal a las provincias. Práctica abusiva y en innumerables casos llevada a cabo en función exclusiva de razones políticas.

c) Modificación de la estructura socioeconómica.

Ante la existencia de provincias ricas y pobladas de provincias pobres y despobladas se produce un desequilibrio que impide la aplicación de un federalismo genuino.

Siendo todas estas causas absolutamente valederas no se debe dejar de destacar la cuota de responsabilidad que les cabe a las mismas provincias en esta crisis. Las provincias la mayor parte

de las veces no han tomado un rol activo, recurriendo casi sistemáticamente a la asistencia del gobierno federal, y dejando que toda iniciativa partiera de él. Tampoco se ha recurrido a la acción mancomunada de las provincias -o al menos no en la medida deseable- para la realización de obras de interés común. Este tipo de colaboración permite contar con una mayor cantidad de recursos, lo que de otro modo impide toda acción. Tal vez a través de esta colaboración, al igual que revitalizando la función de otras sociedades intermedias como son los municipios, el federalismo tomará un nuevo impulso; que este promisorio plan de transferencias sirva de punto de partida a una nueva etapa en el federalismo que instaure nuestra tradición histórica y que se haya contenido en nuestras instituciones.

#### - Crisis del federalismo

A efectos de poder realizar luego el reparto de competencias en materia electroenergética, haremos un breve examen de las disposiciones constitucionales en lo relativo a la instrumentación del sistema federal. La C.N. en su artículo 1° establece que "la Nación Argentina adopta para su gobierno la forma Representativa, Republicana y Federal..." Esta declaración es el punto de partida de la construcción jurídica constitucional que disposiciones especiales especifican.

La forma federal está implementada por la división de nuestro territorio en dos órdenes de poder bien diferenciados: el gobierno federal y las provincias. A esos efectos, resulta significativa la división de la parte orgánica de la constitución, dado que la misma contiene dos títulos: "Gobierno Federal" y "Gobiernos de Provincia", quedando así bien especificados los dos niveles de poder que gravitan en nuestro país.

La constitución les confiere a las provincias dos tipos de autonomía: la institucional y la política.

- a) Autonomía institucional. De ella hablan los artículos 5 y 106. Consiste en la facultad que tienen las provincias de dictarse su propia constitución siempre que cumplan con las cinco condiciones impuestas en el artículo 5.
- b) Autonomía política. Es la facultad que tienen las provincias de elegir a sus propias autoridades, o sea a los ocupantes de esas mismas instituciones que ellas organizan (Art. 105, 2ª parte).

La subordinación de las instituciones y autoridades provinciales a las instituciones y autoridades federales surge de otras disposiciones constitucionales, en tal sentido el art. 31 que contiene el principio de supremacía de la constitución nacional y de las leyes de la Nación y el art. 110 en

cuanto dispone que "los Gobernadores de provincia son agentes naturales del Gobierno Federal para hacer cumplir la Constitución y las leyes de la Nación"; resuelto el problema relativo al orden de prelación que debe existir entre los distintos órdenes que gravitan en el Estado Federal Argentino, para completar el marco jurídico debe tratarse el problema del reparto de competencias: ¿cuál es el criterio elegido para llevarlo a cabo?. La constitución en su art. 104 prescribe el principio general en la materia -"las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal..."- la competencia provincial es el principio y la competencia federal la excepción, a quien le corresponde una serie de facultades taxativamente enumeradas. Sin embargo, existen varias disposiciones que en su interpretación y en su desarrollo han tendido a fortalecer las atribuciones del gobierno federal. Bidegain observa que "es engañoso seguir describiendo al gobierno federal como un gobierno de facultades "delegadas expresamente" o "limitadas" o "excepcionales", si con ello se quiere indicar que el platillo de la balanza se inclina en favor de la competencia provincial. La realidad constitucional la desmiente. De las facultades "delegadas expresamente" se ha derivado para el gobierno federal una masa tan importante de actividad sobre asuntos que con seguridad no estuvieron presentes en la mente

de los constituyentes, que su mención expresa poco nos dice sobre la real extensión del poder central, si no tenemos en cuenta su contenido flexible y, en definitiva, favorable para el creciente despliegue de su autoridad en todo el país para hacer frente a problemas que tienden a convertirse en nacionales "por su área y dimensión" (1)

La constitución formal -la norma escrita- está en conflicto con la constitución real del país, ésta apoyándose en disposiciones de la primera, por ejemplo lo relativo a las facultades implícitas del gobierno federal (art. 67, inc. 28.C.N.); a pesar de lo establecido por la Corte Suprema de Justicia que considera que esta cláusula no acuerda ningún poder que no esté ya acordado por otras normas de la constitución y sólo tiene por objeto resolver cualquier duda respecto a la autoridad del Congreso de elegir los medios (F. 108#240, 121-205). Los medios conferidos al poder federal por la disposición anterior sumados a la llamada "cláusula de la prosperidad o del progreso" (art.67, inc. 16 C.N.) ponen al servicio del gobierno federal una gama amplísima de instrumentos. La interpretación conjunta de estas dos disposiciones constitucionales, justamente le ha brindado al gobierno federal el monopolio prácticamente en materia de planeamiento y coordinación, además

---

(1) Carlos Maria Bidegain. Cuadernos de Derecho Constitucional. N°III. La Distribución del Poder. Abeledo-Perrot.Bs.As.1980, Ps.60/1.

de muchas otras atribuciones.

Por otra parte, la facultad a cargo del gobierno federal de regular el comercio interprovincial (art. 67, inc.12 C.N.) en el sentido amplio que le ha dado la Corte Suprema de Justicia, comprensivo del tráfico, el intercambio y la comunicación, abarcando el transporte y las comunicaciones interjurisdiccionales también, ha sido otra fuente de fortalecimiento del poder central.

El desequilibrio de las facultades que se le confieren al poder federal y a las provincias, favorable al primero, también contribuye a acentuar el proceso.

En cuanto al art. 67, inc. 16, pensamos que si bien es cierto que dicha cláusula le confiere al poder federal lo relativo a planeamiento y al dictado de pautas generales para todo el país, ello no implica la centralización del sistema, puesto que el art. 107, cuya redacción es en gran parte idéntica a la de la cláusula del progreso, nos indica la existencia de facultades concurrentes que es necesario coordinar, lo que no implica el bloqueo de las atribuciones de los gobiernos provinciales, sino todo lo contrario. Tampoco la "cláusula comercial" (art. 67, inc. 12 C.N.) debe ser utilizada de manera extensiva y excluyente. Ella se aplica a todo lo atinente a interprovincialidad pero el sólo hecho de que

una actividad supere los límites provinciales no conduce a someterla exclusivamente a la jurisdicción nacional, en su totalidad, también acá se presenta un caso de concurrencia de facultades que es necesario armonizar.

## REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN MATERIA ELECTRO-ENERGETICA.

También en materia electroenergética estamos persuadidos de que es entre las dos categorías jurídicas de nuestro sistema constitucional que se divide el ámbito de competencias que ella origina, sin que exista vocación de monopolio de una sobre la otra pues a ello se oponen disposiciones constitucionales expresas. El reparto de atribuciones entre el gobierno federal y las provincias descentraliza el servicio, lo que coadyuva a su mejor prestación, lo acerca a las necesidades del usuario e instrumenta métodos de control más efectivos.

Para Abad Hernando (1) "en el servicio eléctrico, el ejercicio de la potestad pública, y la valoración del interés general, no requiere la exclusividad unitaria de una sola jurisdicción. Admite tal servicio la complementación y la descentralización. Justamente, ello es necesario técnicamente y es posible y debido jurídicamente".

---

(1) Jesús L. Abad Hernando. "Aspectos institucionales de la interconexión del Sistema Eléctrico Argentino y del Despacho de Carga". Enfoque de Derecho Administrativo. Primeras Jornadas de Derecho sobre problemas jurídicos institucionales de los servicios públicos de electricidad en el Estado federal. La Plata, 1978.

- Dominio y jurisdicción.

El dominio es un derecho real definido en el artículo 2506 del Código Civil como "el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona". La jurisdicción implica "potestas", competencia, son las atribuciones de los distintos poderes para la realización de determinadas actividades en vistas a la obtención de una finalidad. Villegas Basavilbaso (1) refiriéndose a la jurisdicción dice que es una potestad que se ejerce virtualmente, mientras que el dominio por ser un señorío sobre bienes (cosas o derechos), es el ejercicio directa de dominación del bien.

La Corte Suprema de Justicia ha realizado la distinción de la siguiente manera: "... dominio y jurisdicción no son conceptos equivalentes ni correlativos, pues bien puede existir uno sin la otra y viceversa. Así la jurisdicción sobre playas y riberas, que no importa el dominio nacional sobre ellas; así la que se ejerce sobre establecimientos nacionales en inmuebles no adquiridos, y así el dominio privado del Estado general en bienes situados en las provincias y sobre los cuales no ha fundado obras o establecimientos de utilidad nacional: en estos hay dominio y no jurisdicción. La jurisdicción nace

---

(1) Benjamín Villegas Basavilbaso. Derecho Administrativo. Tomo IV. T.E.A. Buenos Aires. 1952. P.15.

con el destino de orden nacional que se da a los terrenos obtenidos por compra o cesión." (F. t. CLIV, p.312, Marconetti Boglione y Cia. v. Municipalidad de Santa Fe, mayo 1929).

Para Bidart Campos (1) "dominio federal es el derecho de propiedad del Estado federal sobre determinados bienes, y jurisdicción federal las competencias propias del gobierno federal".

En principio, quien tiene el dominio tiene la jurisdicción, sin embargo como hemos visto a través de la doctrina de la C.S.J.N., ello no siempre es así. Esta disociación, o doble titularidad del dominio y de la jurisdicción sobre una misma cosa se plantea debido a las nuevas relaciones, actividades y funciones que se llevan a cabo en un Estado moderno, que no coinciden con las que sirvieron de base al articulado de nuestra Constitución. Estas nuevas actividades y el nacimiento a su vez de las nociones de planeamiento, diversificación de servicios, principios de especialidad y de subsidiariedad, nos conducen a tratar de encontrar un nuevo equilibrio dentro del sistema federal. Comenta Frias que "hay casos en que, independientemente del dominio y de su disci-

---

(1) Germán J. Bidart Campos. Jurisdicción nacional y jurisdicción provincial en materia electroenergética. Publicación de la Asociación del personal Jerárquico D.E.B.A. La Plata. 1974.

plina jurídica, económica y política, nacen interrelaciones o funciones que requieren otra competencia" (1). En la interpretación de las normas constitucionales es imprescindible tener en cuenta estos cambios, respetando el espíritu de nuestras instituciones y sin caer en la facilidad de encomendar un exceso de atribuciones a alguno de los centros de poder. Debe encontrarse un equilibrio que tome en cuenta la concurrencia de atribuciones, dada por la dicotomía entre los titulares del dominio y de la jurisdicción sobre determinadas materias. No hay duda que la forma federal dificulta nuestro cometido, pues ese equilibrio que buscamos deberá adecuarse a los niveles jurídicos existentes -gobierno federal, provincias y eventualmente municipios- conforme a las líneas directrices contenidas en la Constitución. Tamaña tarea debe ser llevada a cabo sin pecar por exceso o por defecto -desde una óptica federalista o centralista a ultranza-, ni un predominio asfixiante del poder central, ni un celo desmedido en la defensa de las autonomías provinciales permitirán una sana convergencia producto de la aplicación del principio federalista. "Si la jurisdicción federal es la respuesta natural a las nuevas interrelaciones, en una sociedad donde se multiplican las formas de poder distin-

---

(1) Pedro J. Frias. El Federalismo argentino. Introducción al Derecho Público Provincial. Depalma. Bs.As. 1980. P.170.

tas del dominio, sólo podemos concluir que el proceso social no es favorable al federalismo. Pero si media distorsión estamos reformando un poder que no es respuesta a una necesidad". (1).

La materia electroenergética ofrece al federalismo la posibilidad de poner en práctica su imaginación para coordinar el sistema. El origen de la explotación de la energía eléctrica es local o provincial a través de pequeñas centrales de producción que luego fueron desarrollándose hasta que se presentó la posibilidad y la necesidad de proceder a su interconexión, y en consecuencia a asegurar su coordinación por una autoridad nacional. A las razones de seguridad, coordinación, regularidad y homogeneidad del sistema interconectado se suman motivos de economía en la prestación del servicio, ya que por compensación entre las diferentes regiones en que está dividido el esquema de prestación del servicio eléctrico nacional se obtienen tarifas medias más reducidas. Pero estas indiscutibles ventajas no nos pueden hacer olvidar el origen local de la explotación de la energía y de la prestación del servicio eléctrico. En consecuencia, el reparto de competencias debe inspirarse en el respeto de las autonomías locales en cumplimiento de las disposiciones constitucionales y por

---

(1) Pedro J. Frias. Ob. cit., p.171.

motivos históricos que marcan un rumbo hacia la descentralización.

- La Constitución como único criterio para el reparto de competencias.

La Constitución y sólo ella, nos servirá como base para realizar la distribución de poderes, en la materia, entre la Nación y las provincias. La actividad eléctrica y el servicio público que ella origina no existían al tiempo de su sanción, ni siquiera su aparición era concebible, pero de todos modos debemos referirnos a ella, pues en su articulado encontraremos las pautas que nos permitirán elaborar el "andamiaje jurídico" en que se base un genuino reparto. De ningún modo apelaremos a la legislación, muchas de cuyas disposiciones pueden estar en contradicción con la Constitución; no siendo la ley el procedimiento adecuado para realizar su reforma. Por el contrario, acudiremos a la ley para -dado el caso- señalar justamente las disposiciones que consideremos que vayan contra lo estipulado en la Constitución, en violación al principio de supremacía establecido por los artículos 31 y 110 de la C.N.. También, de "lege ferenda", propondremos los cambios que consideremos convenientes, para el momento en que se realice la tantas veces postergada reforma de la Constitución.

- Dominio de los Recursos Naturales.

En este subtítulo, valiéndonos de los conceptos vertidos con respecto al dominio y a la jurisdicción, comenzaremos por determinar a quien le corresponde la titularidad de los recursos naturales, ya que algunos de ellos -hidráulicos, por ejemplo- son fuentes de energía. Con posterioridad analizaremos el problema de la jurisdicción y en este caso trataremos de resolver el problema de la titularidad de los derechos de uso que ella confiere.

Los recursos naturales pertenecen, en principio a los estados provinciales donde se hallen situados, se trata de un poder reservado, por lo tanto, la sola mención al art. 104 C.N. basta para fundamentar nuestra afirmación. Se trata de bienes del dominio público de las provincias y las fuentes de energía entran también dentro de esta categoría. Es así, como las provincias tienen el derecho al aprovechamiento de sus riquezas hidráulicas, caídas de agua, etc., que se encuentren en su territorio.

Becerra Ferrer (1) considera basándose en los artículos 3 y 13 C.N. que "sólo la conformidad expresa de las provincias,

---

(1) Guillermo Becerra Ferre. "Reflexiones sobre dominio y jurisdicción en materia electroenergética". Comité Ejecutivo Organizador de las primeras jornadas de derecho sobre problemas jurídico-institucionales de los servicios públicos de electricidad en el estado federal. Córdoba, 1981.

dada por los órganos políticos idóneos, podría justificar una desmembración de su territorio", lo que ocurriría en caso de nacionalización de sus fuentes de energía. Recuerda este autor, que no sólo es necesaria "la conformidad del Congreso Federal sino la conformidad de la provincia: una conformidad expresa".

En cuanto al dominio público fluvial "la tesis dominante considera los ríos y sus cauces situados fuera de la Capital Federal o de los territorios nacionales, constituyen bienes del dominio público de las provincias no de la Nación" (1). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha expresado que "en los pactos preexistentes está implícitamente consignada la propiedad provincial sobre los ríos -y sus playas- sobre los que rige un régimen similar al norteamericano, donde se admitió que los estados tienen el dominio de los ríos que corren por sus territorios y en parte de los que sirven de límites, lo que no impide que el comercio fluvial esté subordinado a las leyes y jurisdicción federal. Ese dominio no se limita a los ríos que nacen y mueren dentro de una provincia, lo que quitaría significación al artículo 107 de la C.N. Este, por otra parte, no distingue entre ríos navegables o no". (F.111:179 y 197, año 1909).(2)

(1) Benjamín Villegas Basavilbaso, ob.cit., T.IV, p.503.

(2) Carlos Valiente Noailles. Manual de Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, T.I. Fondo de Obras Jurídicas.Bs.As., 1970.P.367.

- Jurisdicción.

Planteado el problema del dominio se nos presenta el relativo a la jurisdicción, cuales serán los ámbitos en que se moverán cada uno de los dos niveles competentes y los criterios para poder efectuar el deslinde de atribuciones.

El marco de todo el sistema, o sea el dictado de las pautas dentro de las cuales la actividad electroenergética debe desenvolverse le corresponde la Estado Federal, y es materia de legislación a cargo del Congreso Federal. Ello, por aplicación del artículo 67 inc. 16 C.N. que le confiere una serie de facultades atinentes al desarrollo y al bienestar de las provincias; y al inc. 12 del mismo art. que prescribe la intervención del poder federal en todo lo relativo a interprovincialidad. La materia electroenergética es un caso típico de comunicación interjurisdiccional. Además, razones de tipo práctico imponen la necesidad de una coordinación del servicio a nivel nacional que le confiera las características de seguridad, regularidad, economicidad, etc., y que impidan que existan tantos órdenes o sistemas como provincias tenemos en el país; por ello en el país existe una Red Nacional de Interconexión y opera el Despacho Unificado de Cargas. Pero como ya especificáramos con anterioridad estas características de nuestro sistema no llevan necesariamente a su centralización.

Señala Bidart Campos (1) "que en este punto, la legislación federal de planificación y ordenamiento eléctricos no equivale ni al sometimiento íntegro y total del proceso energético a la jurisdicción federal, ni a la administración centralizada y única del servicio en todas sus fases porque -como queda dicho- esa ley no puede ir más allá de un planeamiento con las pautas y standards generales para todo el país". Este autor a efectos de facilitar la comprensión de esta doble esfera de facultades, por un lado la Nación legislando sobre política energética y por el otro lado, las provincias desarrollando sus propias fuentes de energía y asegurando sus mercados locales, compara el campo energético con lo que sucede en materia de enseñanza, en donde también el Congreso en base al art. 67, inc.16 tiene la facultad de dictar planes de instrucción general y universitaria (la ley federal de educación); recuerda el autor que esta "ley puede ordenar para todo el país los planes, ciclos y niveles mínimos de la enseñanza en todas sus ramas... lo que impide que las provincias puedan a) ajustar y ampliar las bases mínimas de esa ley de acuerdo a las modalidades y necesidades locales o regionales; b) abrir, sostener, controlar y administrar sus establecimientos educativos en todos los niveles; c) expedir certificados, títulos y diplo-

---

(1) Germán J. Bidart Campos, ob. cit.

mas con validez provincial, etc.

Ya entrando en el ámbito local, veamos los supuestos que se presentan y como se implementa la concertación y el deslinde de competencias.

1) Un primer supuesto estaría constituido por la empresa local de energía que pertenece a la provincia y que presta el servicio exclusivamente en el territorio de esa provincia, sin que la actividad supere sus límites. En este caso, el dominio coincide con la jurisdicción, y la provincia es titular del primero y posee todos los poderes para regular todas las etapas de la prestación. Es una actividad que entra dentro del ámbito del comercio local o interno, reservado de la provincia.

2) Una segunda hipótesis sólo varía respecto de la anterior en lo relativo al titular del dominio de la empresa, que en este caso es el Estado Nacional, mientras que el ámbito en el cual se presta el servicio sigue siendo estrictamente local. Puede ocurrir que la Nación haya adquirido en territorio provincial un lugar donde hubiese instalado un establecimiento destinado a la generación de energía eléctrica. El Estado Nacional puede haber recibido este establecimiento co

mo sucesor de una empresa privada que lo explotaba con anterioridad y en cumplimiento de una cláusula de la concesión, o puede haber procedido a su construcción con el consentimiento tácito de la provincia, es decir, sin que ella hubiese manifestado en ningún momento oposición alguna. Nos encontramos frente a la hipótesis del artículo 67 inc. 27, cuando dice que el Congreso de la Nación tiene la legislación exclusiva en "todo el territorio de la Capital de la Nación y sobre los demás lugares adquiridos por compra o cesión en cualquiera de las provincias, para establecer fortalezas, arsenales, almacenes u otros establecimientos de utilidad nacional". A nosotros nos interesa la última parte del artículo cuando hace mención a los establecimientos de utilidad nacional. Este texto plantea un problema de interpretación que ha motivado acalorados debates sobre su alcance, idas y venidas en la posición de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación e inclusive materia legislativa, como es la ley 18.310, que lo reglamenta y que ha sido declarada inconstitucional. El meollo del asunto a dilucidar se relaciona con la magnitud de la competencia del gobierno federal sobre estos lugares donde ha levantado establecimientos de utilidad nacional: ¿la facultad de legislar a cargo del gobierno federal, es exclusiva y excluyente de toda competencia provincial?, ¿implica la federalización del lugar que alberga el estable-

cimiento, del mismo modo como sucede sobre el territorio de la Capital Federal o sobre los establecimientos donde el ámbito federal exclusivo reposa en consideraciones que hacen a la defensa nacional?

Varias han sido las posiciones adoptadas y Rocco(1), las agrupa en cuatro tesis:

- a) la primera que ha sido sustentada por Mitre y González Calderón, entre otros, sostiene que para que se opere el traspaso de la jurisdicción de manera exclusiva, es necesario el consentimiento expreso de la provincia manifestado formalmente, de no existir esta expresión de la voluntad de la Legislatura provincial -de alguna manera se recurre a la solución de los arts. 3 y 13 como si estuviésemos frente a un caso de desmembramiento territorial- la jurisdicción amplia y absoluta a favor de la Nación no existiría sino sólo condicionada al cumplimiento de la finalidad que hubiese motivado la creación del establecimiento;
- b) una segunda postura señala que no existen motivos como para que la expresión establecimientos de utilidad nacional haya sido asimilada a los casos de establecimientos que aseguran la defensa nacional, ya que de ese modo se violan principios fundamentales del federalismo argentino;

---

(1) Orlando Rocco. "Legislación exclusiva del Congreso en lugares adquiridos conforme con el art. 67, inc. 27 de la C.N. La Ley 116-70.

c) la tercera posición parte de la distinción entre la redacción del artículo equivalente de la Constitución de los E.E.U.U. donde si se prescribe la necesaria intervención de las legislaturas provinciales para que se produzca la cesión, con el nuestro donde tal requisito no es exigido, agrega que toda vez que el legislador ha considerado necesaria la intervención de las legislaturas provinciales así lo ha manifestado, por ejemplo en los arts. 3 y 13. En consecuencia, basta el hecho de la adquisición con el destino de utilidad nacional para que proceda la jurisdicción federal;

d) por último, la cuarta tesis expresa que el imperio y la jurisdicción de las provincias donde se establecen obras de utilidad nacional "no quedan excluidos en absoluto sino sólo en la medida en que su ejercicio obstaculice directa o indirectamente el fin de esos establecimientos" (C.S.J.N., abril 18 de 1958. Fallo 43.019). Esa incompatibilidad es manifiesta tratándose de obras destinadas a la defensa nacional y excluye el ejercicio de la jurisdicción provincial.

Pensamos que es esencial encontrar la finalidad para la cual el establecimiento ha sido fundado y su compatibilidad con la utilidad nacional para que justifique en cuanto a su cumplimiento la jurisdicción exclusiva en manos del Gobierno Nacional. Se deben tratar con suma precaución todas las situaciones que puedan redundar en un ataque a las autonomías pro-

vinciales, garantizadas por los arts. 104/107 de la C.N., aplicando las soluciones con la cautela que permita obtener un compromiso, compromiso que encierre la idea de concertación y de reparto aneja al federalismo respecto del cual nuestra tradición nacional ha sido fiel.

Consideramos que en este caso también que da lugar para la jurisdicción provincial, ese es el sentido del fallo que transcribimos más arriba que supedita el ámbito de la jurisdicción federal a la finalidad de utilidad nacional que ha motivado la construcción del establecimiento.

Volviendo a la hipótesis en estudio, la realización de una explotación electroenergética por parte del Estado federal que cubra las etapas de generación y transformación de energía eléctrica en el ámbito local no excluye la jurisdicción provincial. Si la provincia compra esa energía la situación es sencilla, sería ella quien prestaría el servicio a los usuarios, asegurando las etapas subsiguientes al acto de compra del fluido eléctrico, quedando por lo tanto a su cargo la transmisión, distribución y comercialización de la energía producida en la central nacional. Esta solución no variaría por el hecho de que la empresa nacional que presta un servicio local estuviese conectada con la Red Nacional de Interco-

nexión. Ya veremos más adelante con detenimiento que la interconexión no justifica tampoco la centralización o federalización del sistema, y para sostener la validez de la concurrencia de poderes, tomamos en cuenta la escindibilidad del servicio público de electricidad y el hecho de que se preste en el interior de una provincia donde impera otro poder con plena capacidad de gobierno.

Pueden presentarse casos en que la Nación no sólo produzca la energía sino que inclusive preste el servicio público ella misma dentro de la provincia. Esta es una intervención excepcional que sólo puede estar motivada en los escasos re cursos con que cuente la provincia en cuestión y que le impidieran el ejercicio de un poder imprescindible para la implementación de un servicio público que involucra uno de los factores esenciales para el desarrollo de la provincia. En virtud del principio de subsidiariedad aplicado a la materia federal, en nuestro caso, la Nación interviene para sanear un desequilibrio impostergable en una parte de su te rritorio.

El Estado federal en ejercicio de las facultades y deberes contenidos en el art. 67, inc. 16 C.N. de "proveer lo condu cente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de

todas las provincias...", presta el servicio eléctrico, superada la situación en que se encuentra la provincia, la que en cierto modo presenta las características de un estado de necesidad que aconseja la actuación del Estado Nacional, éste debe convenir con la provincia la manera de perfeccionar el traspaso de la empresa y el del servicio al ámbito provincial.

Ahora bien, qué sucede mientras perdura la necesaria intervención del Estado federal en el ejercicio de facultades propias de la provincia, aún frente a estas circunstancias la concurrencia de poderes no desaparece. La Nación no podrá desconocer a las autoridades provinciales, y es más deberá prestar el servicio cumpliendo con las pautas y prioridades que le ordene la provincia, quien además conserva el ejercicio de su poder de policía. La Nación actúa en ayuda de la provincia, lo que no puede servir de pretexto para el avasallamiento de las facultades provinciales. En la base del concepto de colaboración y asistencia encontramos a dos protagonistas -el asistente y el asistido-, es decir que deben conciliarse dos voluntades, al igual que el ejercicio de los poderes que ellas contienen. Trasladado este razonamiento a nuestro problema, para armonizar el nivel nacional y el nivel provincial, se deben aplicar las normas constitucionales

conjuntamente, es decir, que la "cláusula del progreso"(art. 67, inc. 16 C.N.) debe ser interpretada en función de lo es establecido en los arts. 104/107 C.N. y viceversa.

- Aplicación del art. 67, inc. 12 C.N.

Otra de las disposiciones constitucionales que brinda una pauta importantísima en la materia, es el art. 67, inc.12 C.N., denominado por la doctrina "cláusula comercial". Consiste en la atribución del Congreso federal de "arreglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí". El verbo "arreglar" como sinónimo de regular atribuido al Congreso implica la facultad de legislar en lo relativo a comercio internacional e interprovincial, tanto marítimo como terrestre. Esta norma expresa un criterio importantísimo de hermenéutica para el deslinde de las jurisdicciones nacional y provincial. Correlativamente el art. 108 C.N. les prohíbe a las provincias entre otras cosas "... expedir leyes sobre comercio, o navegación interior o exterior; ni establecer aduanas provinciales;..."

En la introducción consideramos que la competencia así conferida al gobierno federal consistía una de las causas de su fortalecimiento en desmedro de los poderes provinciales,

en especial debido a la aplicación extensiva que se ha hecho de la cláusula.

La fuente jurídica de las disposiciones que analizamos es una vez más la constitución de los Estados Unidos, en su art. I, sec. 8°, inc. 3° ella contempla una cláusula similar. El alcance del término "comercio fue dado por el célebre juez Marshall en el comentado caso "Gibbons v. Odgen", considerándose que la palabra comprende tanto al acto de comercio propiamente dicho, como así también a las comunicaciones, al tránsito, a la navegación, etc.

Nuestra Corte Suprema que ha recogido expresamente exa corriente jurisprudencial ha establecido que "el vocablo comercio comprende no sólo el tráfico mercantil, sino la circulación de efectos y personas y la transmisión por telégrafo, teléfono u otros medios de ideas, órdenes y convenios. El derecho de reglamentar ese tráfico corresponde exclusivamente al gobierno central, y es extenso y absoluto, como lo sería en un sistema unitario" (Fallos, T. 154, p. 104; t. 201, p.536) (1)

La "cláusula comercial" concuerda con los arts. 9/12 y 26 de la C.N. que confieren jurisdicción exclusiva al gobierno fe-

---

(1) Carlos Valiente Noailles, ob. cit., p.362.

deral en lo relativo a la reglamentación de la circulación fluvial y territorial. Es por ello que la Corte ha entendido que "la constitución ha querido hacer un solo país para un solo pueblo... no habría nación si cada provincia se condujera económicamente como una potencia independiente. Pero no se ha propuesto hacer una nación centralizada. La Constitución ha fundado una unión indestructible pero de estados indestructibles (arts. 13 y 67 inc. 14)... No ha pretendido la Constitución rehacer la naturaleza y suprimir la característica de cada provincia sino dar a sus instituciones un denominador común" (1) . También en un caso específico: "el decreto de la provincia de Santiago del Estero que prohíbe la salida de ganado fuera del territorio provincial, excede las facultades del poder de policía y las atribuciones que las leyes 12.830 y 14.440 otorgan a los gobiernos locales, y atenta contra los principios de la libre circulación territorial, el derecho de propiedad y de las libertades de comercio e industria consagrados por los arts. 9, 10, 11, 67 y 108 de la C.N."(F.252:39, año 1962). Y en materia impositiva: "no son inconstitucionales los gravámenes que se cobran por la enajenación o consumo de mercaderías introducidas dentro del territorio, una vez incorporadas a la riqueza local" (190:499, año 1941). De tal modo, la C.S.J.N. ha ido afinando un concepto subjetivo y suscepti-

---

(1) Carlos Valiente Noailles, ob. cit., p.361.

ble de extenderse desmedidamente. Queda claro que las provincias guardan jurisdicción plena respecto a su comercio interno; la riqueza local o incorporada pueden gravarla, organizar su circulación o tránsito, etc., como les plazca, pero esa competencia encuentra un límite material ,cual es el territorio de la provincia, todo lo que trascienda ese límite entra dentro del concepto de interprovincialidad, y por lo tanto en los aspectos inherentes a ella y sólo en cuanto a ellos el ámbito provincial cede frente a la jurisdicción nacional; "la circunstancia de que la mercadería gravada no se produzca en la provincia no es óbice para que ésta, en ejercicio de sus facultades (arts. 104 y 107 de la C.N.) establezca los impuestos que crea convenientes, una vez que aquélla ha entrado en la circulación económica provincial o confundiéndose con ésta. Entonces es cuando nace el poder impositivo provincial. Lo que no puede hacer es gravar la entrada, tránsito o salida de su territorio; o gravar de manera distinta artículos similares que lleguen de otra provincia que a los producidos en ella". (188: 437, año 1940).

- Extensión del concepto de "interprovincialidad" al campo electroenergético.

Para que la "cláusula comercial" sea aplicable a nuestra ma-

teria deberán darse los dos requisitos que la Constitución impone: que se trate de una actividad comercial y además, que ella supere la esfera provincial de manera de situarse en el terreno de lo "interestadual", elemento imprescindible para que intervenga la jurisdicción nacional.

El proceso eléctrico está compuesto por varias etapas en cuyo transcurso interviene la realización de actos de naturaleza comercial. En algunos casos el traspaso de fluido eléctrico a las provincias, a través del sistema interconectado, cuando el mismo proviene de una fuente federal, hace que las provincias deban pagar por esa energía que reciben. Aparte de este fenómeno de transmisión a título oneroso, el proceso eléctrico finaliza en una etapa de comercialización del fluido, que consiste en el pago de la tarifa por parte del usuario como contraprestación por el consumo de energía eléctrica que él realiza. El servicio público constituido por la provisión regular de energía eléctrica debe verse necesariamente compensado por el pago hecho por la comunidad para su mantenimiento, y esto hace a la misma noción de servicio público. De esta manera comprobamos el cumplimiento del primer recaudo del art. 67, inc. 12 de la C.N.

La interconexión del sistema, que como dijéramos en otra parte de la exposición, le confiere unidad y constituye una ne-

cesidad indiscutible, fundada en motivos de orden técnico, en nuestro país está implementada a través de la Red Nacional de Interconexión que cumple con su cometido conforme a las pautas y standards que dicta el Despacho Unificado de Cargas. Es obvio que como consecuencia la interconexión a que llevan las propias particularidades del negocio eléctrico, se cumple con el carácter de interprovincialidad, segundo requisito que es necesario adicionar al primero de la naturaleza comercial de la actividad, para que sea aplicable la "cláusula comercial", y que la regulación de la actividad, o mejor dicho algunos de sus aspectos, sea de la competencia del gobierno federal.

La armonía del sistema hace que la mayor parte de la actividad eléctrica que tiene lugar en nuestro país, esté integrada en un todo interconectado, que supera los límites de una sola provincia, para abarcar a varias de ellas. Es en este punto, donde dadas las previsiones constitucionales, resulta necesario efectuar un distingo entre la generación aislada y la generación interconectada, ya que ésta última suscita jurisdicción federal, no siendo así respecto a la primera.

Respecto a la generación aislada, si nos encontramos frente

a una empresa provincial productora de energía, que prestare un servicio limitado estrictamente al territorio de esa provincia, coincide con la solución que viéramos con anterioridad de superposición del dominio y la jurisdicción. La fórmula sería la siguiente: frente a un establecimiento del dominio provincial sujeto a un uso estrictamente provincial, la jurisdicción -la potestad reglamentaria de ese uso- será también provincial. Claro que siendo estos casos cada vez más excepcionales, el proceso eléctrico nos obliga a compatibilizar con mucho cuidado las distintas jurisdicciones que concurren como resultado del fenómeno de la interconexión. A esta altura del análisis se nos presenta un interrogante crucial: ¿la interconexión provoca la federalización de todo el negocio eléctrico?. Dadas sus características, y en particular el hecho de tender necesariamente a la interconexión, grande ha sido la tentación de subsumirlo integralmente a la jurisdicción federal. Razonan así quienes consideran que dado que la interconexión entra dentro del ámbito del gobierno federal, ella arrastra a todo el sistema también hacia la misma competencia. De acuerdo a este criterio el servicio eléctrico en su totalidad resulta inescindible una vez que ha entrado a formar parte de la Red Nacional de Interconexión, y razones de eficiencia y coherencia en su prestación aconsejan que el mismo quede integralmente en manos de una empresa

nacional. Se invoca también una supuesta anarquía que se crearía en virtud de la atomización a que daría lugar un adecuado reparto de la materia entre la Nación y las provincias.

Olvidan quienes así piensan que al Estado Federal le compete dar el marco a través del cual se desarrollará toda la actividad, lo que no impide que las provincias puedan ejercer válidamente sus atribuciones constitucionales y desarrollar sus propios mercados locales.

El proceso eléctrico no es inescindible, por el contrario está compuesto por las etapas de generación, transformación, transmisión, distribución y comercialización, las que constituyen otras tantas actividades perfectamente separables.

Quedaría dentro del ámbito del Estado Federal todo lo concerniente a la interconexión y aquellas etapas que estuviesen íntimamente ligadas a ella, siendo el resto de la competencia provincial.

"Es válida la existencia y subsistencia de organismos o empresas locales de suministro de energía que sólo estarían parcialmente sometidas a jurisdicción federal en los casos y aspectos relacionados con la "comunicación" interprovincial o internacional. O sea que la interconexión interprovinc

cial o internacional no atrae íntegra y totalmente a jurisdicción federal el proceso eléctrico en todas sus fases -perfectamente escindibles-, sino sólo las fases y los casos que, admitida aquella separación real, se vinculan con la interprovincialidad o internacionalidad. La jurisdicción federal sobre electoductos interprovinciales, o redes de interconexión de la misma índole, o centrales de producción que abastecen también interprovincialmente las etapas del proceso eléctrico, no puede, pese a su base constitucional en la cláusula comercial, eliminar la jurisdicción provincial sobre los mercados eléctricos locales y los servicios públicos circunscriptos al ámbito provincial" (1).

- La "cláusula comercial" como pauta para el reparto de competencias en materia vial.

Veamos lo que ocurre en esta otra materia, donde a pesar de sus particularidades la aplicación de la "cláusula comercial" obliga a realizar un reparto de competencias entre la Nación y las provincias, para el cual se toman en cuenta los mismos criterios. Creemos que la comparación ayudará a comprender el mecanismo, ya que en este caso al no tratarse de una substancia inmaterial como es la energía eléctrica, la comprensión de la escindibilidad o separación de las

---

(1) Germán J. Bidart Campos, ob.cit.



etapas que componen el servicio resutla más gráfica y precisa.

También con respecto a calles y caminos el deslinde de jurisdicciones se realiza en base al criterio contenido en el art. 67, inc. 12 de la C.N. La jurisdicción es nacional si el camino sirve al tráfico interprovincial o internacional, y es provincial, en cambio, cuando sólo cumple funciones internas, o sea que hace al "comercio local", al no atravesar más de una provincia. Marienhoff (1) considera que en este terreno se aplica "... la misma regla que deslinda ambas jurisdicciones en materia de comercio, en general, y de ríos navegables, ferrocarriles, etc., en particular. Toda norma legal que altere el principio expuesto, es susceptible de ser constitucionalmente impugnada". También acá se pone de manifiesto la jerarquía constitucional del reparto de competencias hecho en base al carácter local o interno; o interprovincial o internacional del comercio (en sentido lato). Veamos lo que expresa este tratadista respecto a las consecuencias de la "interprovincialidad", y al alcance de la jurisdicción nacional que ella suscita. En primer término, señala que "para que un camino se considere sujeto a la jurisdicción nacional, no basta con que, mediante sucesivas conexiones de caminos loca

---

(1) Miguel S. Marienhoff. Tratado del Dominio Público. T.E.A. Bs.As., 1960, Ps. 499-501.

les, pueda servir o sirva de hecho al tránsito o tráfico interprovincial o internacional. Es menester que forme parte de una red troncal que integre un "sistema", tal como ocurre con los de la red caminera construída por la Nación en mérito a la ley nacional de vialidad". Y en segundo término, precisa los límites de cada ámbito "sobre los terrenos ocupados por caminos nacionales, las provincias no han perdido su dominio eminente, sino tan sólo su jurisdicción a los efectos limitados al tránsito. No se trata de terrenos federalizados, en los que la Nación ejerza poderes de legislación y jurisdicción exclusivos, sino de lugares meramente sometidos a la jurisdicción nacional para un objeto determinado -el "tránsito", en este caso-, en los que el imperium y la jurisdictio de las provincias no quedan excluídos sino en la medida en que su ejercicio obstaculice directa o indirectamente el fin a que responden esos bienes".

Marienhoff aplica a los límites de la jurisdicción nacional la misma interpretación que hiciéramos del art. 67, inc. 27 de la C.N. respecto al establecimiento de utilidad nacional, reduciendo su campo de acción al cumplimiento de su "finalidad", con lo que deja entender que en la medida en que la misma no sea entorpecida cabe la intervención de la jurisdicción provincial, ella según este autor regularía "lo atinen-

te al resto de actividades que reflejen la vida social, costumbre, higiene, etc.". La argumentación esgrimida por Marienhoff, quien para limitar la jurisdicción nacional exclusivamente a lo atinente a lo "interestadual", recurre a la noción de finalidad del establecimiento de utilidad pública -además, de introducir la idea de "sistema"-, es que ambas nociones persiguen un objetivo común, el logro de un adecuado equilibrio entre los dos niveles del sistema federal, y de esa manera asegurar su vigencia.

El siguiente fallo de la Corte Supre, a nos dará una idea de como juega en la práctica la concurrencia de las dos jurisdicciones: "No viola la Constitución el cobro de patentes por la provincia, a una empresa de la Capital, con motivo de la construcción de un camino nacional en el territorio de aquélla. Ello es así, pues no obstante estar sometido el camino a la jurisdicción nacional, la actividad en cuestión no deja de ejercerse en la provincia". (201:536, año 1945) (1).

---

(1) Carlos Valiente Noailles, ob.Cit., p.366.

## TRATADOS INTERPROVINCIALES.

El art. 107 de la C.N. establece que "las provincias pueden celebrar tratados parciales para fines de administración de justicia de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con conocimiento del Congreso Federal...". Los límites a esta facultad de las provincias los encontramos en el art. 108 donde el constituyente junto a otros poderes delegados por las provincias y que éstas no pueden regular, les prohíbe "celebrar tratados parciales de carácter político".

Esta norma y la posibilidad para las provincias de celebrar "tratados parciales", puede ser interpretada como complementaria de la "cláusula comercial", o por lo menos como una manera de mitigar su ámbito y quebrar así el monopolio del gobierno sobre lo interprovincial. Dada la claridad de ciertas prescripciones, es necesario observar el problema con cautela para no caer fácilmente en una asimilación excesiva de facultades supuestamente concurrentes.

### - Concepto. Características.

Los tratados interprovinciales son una herramienta que tienen las provincias para regular intereses comunes. A pesar

de que encontramos algunos antecedentes durante el siglo pasado, como por ejemplo el tratado concluído en el año 1856 -casualmente en Tucumán-, entre esta última provincia, Salta y Jujuy, que preveía la constitución de un tribunal de segunda instancia, sólo desde hace poco tiempo han tomado una trascendencia significativa. En los últimos veinte años han sido celebrados una cantidad de tratados interprovinciales, con diversos objetos, entre los que se destacan los destinados a la creación de corporación económicas o a la explotación de cuencas hídricas.

Frias (1) los define como, "todo acuerdo en que dos o más provincias regulan intereses comunes, de naturaleza no política con conocimiento del Congreso Federal. Y lo siguen siendo, por extensión siempre que se den esos extremos, cualesquiera sean la denominación, las partes y las materias de dichos convenios". Bidegain (2) propone que se los denomine "pactos" para distinguirlos de los tratados celebrados por el Estado general, en este caso las provincias actúan como parte del conjunto. La mayoría de los autores concuerda en que la expresión "conocimiento del Congreso Federal", no implica que estén sujetos a su aprobación. Para ello se seña-

---

(1) Pedro J. Frias. Los Tratados Interprovinciales. La Ley.153-689.

(2) Carlos Maria Bidegain, ob.cit., p.86.

la la diferencia entre la redacción actual del artículo y la de su antecedente del proyecto de Alberdi, en el que si se exigía la "aprobación del Congreso Federal"; este cambio en el texto marca una clara intención del constituyente. Por otra parte, la necesaria concordancia que deben guardar estos tratados con la Constitución Nacional (arts. 5, 27, 31, etc.), cuyo incumplimiento podría motivar hasta la intervención federal de la provincia, hace innecesaria la exigencia de una aprobación expresa. Los tratados interprovinciales de límites no son tratados en el sentido del art. 107, sino que a ellos se refiere expresamente el art. 67, inc. 14, el que especifica la necesaria aprobación del Congreso Federal. Esta particularidad de este otro tipo de tratados interprovinciales con firma nuestra postura, ya que demuestra que cada vez que el constituyente ha querido someter la validez de estos tratados a la previa aprobación por parte del Congreso de la Nación, lo ha establecido expresamente.

- Régimen de los tratados interprovinciales.

La Constitución Nacional solo prevé su existencia, sin especificar cuales son los órganos habilitados para celebrarlos, ni tampoco, por supuesto, su régimen jurídico y las relaciones jurídicas que ellos originan. La mayoría de las constitu

ciones provinciales se refieren a ellos. Por ejemplo la Constitución de Tucumán confiere al gobernador la atribución de celebrarlos, sujetos a la posterior aprobación de la Legislatura. Es así como el art. 103 (Atribuciones del Poder Ejecutivo provincial), inc. 15: "Celebrar y firmar tratados con otras provincias para fines de administración de justicia, de intereses económicos y trabajos de utilidad común, con aprobación de la Legislatura y con conocimiento del Congreso Nacional". Y concordantemente el art. 67 "Corresponde al Congreso... inc. 19: Aprobar o desechar los tratados que el Poder Ejecutivo celebre con otras provincias, de acuerdo con las atribuciones que la Constitución Nacional confiere a los Gobiernos Provinciales".

Por lo tanto, serían tres los requisitos de validez de estos tratados: a) negociación y firma por el Sr. Gobernador de la provincia; b) aprobación de los instrumentos por la Legislatura de la provincia; y c) traslado del tratado parcial al Congreso Federal para su conocimiento.

- Derecho "Intrafederal".

Ubertone (1) pone de manifiesto la existencia de una nueva rama del derecho público interno que nace como consecuencia

---

(1) Fermín Pedro Ubertone. Los "tratados parciales" en la Constitución Nacional. La Ley. 141-876.

del surgimiento de este tipo de vínculo en el interior del Estado Federal, que no ha sido suficientemente estudiada aún. Esta rama, que él denomina derecho "intrafederal", está compuesta a su vez por dos subramas: el derecho "interprovincial" que abarca las relaciones que se establecen entre las provincias y el derecho "intrafederal en sentido estricto" que comprende las relaciones entre las provincias y el Estado central. Para el estudio de la materia -aconseja el autor- pueden aprovecharse las categorías desarrolladas por otras ramas jurídicas afines, y más "adelantadas". A tales efectos, señala el régimen de los tratados conforme al derecho internacional público, los principios generales en materia de contratos y derecho societario, y los conceptos y régimen jurídico de los actos y contratos administrativos y la competencia de los funcionarios públicos; sin olvidar a la Constitución Nacional que será la primera fuente de derecho "intrafederal", junto con las constituciones provinciales. Más adelante el autor considera que la exposición de la materia deberá realizarse sobre la base de una división en parte general y parte especial. La primera contendría, como en cualquier otra materia, los principios aplicables a la misma, en la segunda se tratarían los casos concretos de tratados parciales, las normas concretas que de ellos emanen, la vigencia del mismo en relación a las normas constitucionales de

las partes contratantes en ese tratado, las cláusulas que con tengan, etc.

En la medida en que la celebración de estos tratados prospere, más se hará sentir la necesidad del dictado de normas que compongan la base jurídica dentro de la cual se moverá su existencia. Tales normas deberán ser lo suficientemente amplias como para fijar reglas generales que no impidan ni entorpezcan la concreción del plexo tan variado de relaciones que puede suscitar la aplicación del art. 107; por el contrato, deberán servir de ayuda para facilitar la creación de nuevas estructuras, dando una mayor certeza jurídica a todos sus efectos y permitiendo un replanteo del federalismo.

- Importancia de la materia para el desarrollo del federalismo.

Para Bidegain (1) estos tratados sirven para implementar un fecundo federalismo concertado. Importante instrumento para la realización de una acción coordinada de los diferentes gobiernos locales, junto a la libre circulación de personas, plena fe de actos públicos, igualdad de las prerrogativas y derechos de los habitantes en cualquier lugar del país, extradición recíproca (arts. 7 a 12 de la C.N.), en razón de que la disposición del art. 107 las complementa.

---

(1) Carlos Maria Bidegain, ob. cit., p.84.

Este instrumento permite una renovación del federalismo que le confiere un dinamismo sin el cual el concepto se vacía de contenido y su debilidad es remediada con el fortalecimiento del poder central. "La crisis del federalismo no es la muerte, sino un estado que puede ser de transformaciones profundas, sin alterar la esencia de las cosas. Es un fenómeno generalizado en los estados federales en los que surgen nuevas instituciones que no se acomodan a los moldes tradicionales. No tiene porque un sistema enquistarse en determinados esquemas, pues los tiempos que corren exigen dar paso a la imaginación creadora (1). Los tratados interprovinciales pueden dar nacimiento a las regiones como una nueva categoría de sociedades intermedias que actuarían en la división territorial del país y a su vez como nuevos centros de decisión que contribuirían a la implementación de la política llamada de los "polos de desarrollo".

Por aplicación del art. 107 conjuntamente con el art. 13 "podrán admitirse nuevas provincias en la Nación; pero no podrá erigirse una provincia en el territorio de otra u otras, ni de varias formarse una sola, sin el consentimiento de la Legislatura de las provincias interesadas y del Congreso", correlativamente con el art. 67, inc. 14 que comprende entre

---

(1) Pablo A. Ramella. Nuevas Estructuras Federales. La Ley 1979-D-764.

las atribuciones del Congreso la de "arreglar definitivamente los límites del territorio de la Nación, fijar los de las provincias, crear otras nuevas", le confiere a la región un status constitucional. A contrario sensi las Legislaturas de las provincias pueden aprobar la fusión de las mismas con otras con el consentimiento del Congreso Federal. El acuerdo interprovincial suscripto y aprobado por las autoridades competentes que tuviera por objeto la creación de una región con aprobación del Congreso es constitucional.

- Aplicación de los tratados interprovinciales al ámbito electroenergético.

Los tratados interprovinciales han posibilitado la creación de muy variadas instituciones. Absteniéndonos de citar aquellos en que ha intervenido el gobierno federal; encontramos entre los más significativos: al celebrado en 1960 entre las provincias de Santa Fe y Entre Ríos para la construcción del tunel subfluvial que actualmente une bajo el río Paraná a las capitales de ambas provincias contribuyendo de manera notable al acrecentamiento de los intercambios entre ellas. También se han creado corporaciones económicas como la Corporación Financiera Regional del Noreste, que es un ente financiero de fomento para el Noreste Argentino; el Comité de Cuencas Hídricas del Noroeste dedicado al estudio y al apro

vechamiento de las cuencas hídricas del N.O.A. Se han firmado numerosos acuerdos en materia de obras públicas o sobre actividades judiciales, culturales, científicas, etc.

En materia electroenergética la concertación provincial implementada a través de la firma de tratados puede resultar sumamente provechosa para su desarrollo, ya que ofrece la posibilidad de aunar esfuerzos económicos, técnicos, etc. que permitirán un acrecentamiento de las posibilidades de explotación de recursos naturales, sin necesidad de requerir sistemáticamente el concurso del gobierno federal.

Un primer problema se plantea y el mismo se refiere a la materia que hará de objeto o finalidad del tratado a concluirse entre las provincias. Al respecto encontramos dos hipótesis diferentes:

a) Que el tratado persiga el fomento, estudio e inclusive la realización de planes de electrificación o la realización de obras para la explotación de fuentes de energía comunes, o la creación de un fondo interprovincial o regional de la energía eléctrica, etc. Creemos que este tipo de actividades pueden ser desarrolladas independientemente por las provincias, en concordancia con lo que dispone el art. 107, cuando establece que "las provincias pueden... promover su industria, la

construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad provincial, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de sus ríos, por leyes protectoras de estos fines, y con sus recursos propios". La redacción casi idéntica de este artículo y la de la última parte de la "cláusula del progreso" (art. 67, inc.16) -sólo difieren en cuanto a los medios con que cada uno cuenta para la consecución de esos objetivos, el inc. 16 le confiere a la Nación la posibilidad de sancionar "leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo"- establece facultades claramente concurrentes entre la Nación y las provincias.

La intervención de la Nación en un tratado de este tipo, se ve motivada en "proveer lo conducente..., al adelanto y bienestar de las provincias...", o sea que es la obligación de asistencia que tiene el gobierno federal de ser ella necesaria. Pero, ello no implica que las provincias no puedan desarrollar sus potencialidades en forma autónoma o concertada a través del acuerdo llevado a cabo entre ellas o algunas de ellas para la realización de un objetivo común. Por lo tanto, la concertación entre las provincias no provoca forzosamente la actuación del Estado Federal, ya que ella sólo será necesaria si la actividad materia de la concertación ori-

ginara la aplicación de otras disposiciones constitucionales.

b) La segunda hipótesis consiste en la posibilidad de que las provincias puedan concluir de manera autónoma un tratado que tenga por objeto la gestión en común de un servicio público. ¿La constitución admite tal posibilidad?.

De hecho nos internamos en un dilema novedoso, pues como viéramos al comienzo de este capítulo la concertación provincial autónoma -es decir sin la participación del Estado Federal- no ha conducido nunca a la firma de un tratado que tuviese por objeto algo semejante. Aplicada esta solución al terreno electroenergético, ella daría la posibilidad a que dos o más provincias pudieran convenir la explotación mancomunada de sus fuentes de energía comunes o no, para la producción de energía y luego pactar la compra y venta del fluido eléctrico entre ellas, e inclusive crear un sistema conjunto encargado de la distribución, y al que también se le podría encomendar la comercialización con el poder inherente de fijar las tarifas.

Pensemos en el caso del N.O.A., en esta "región" -entre comillas pues la denominación no tiene un status constitucional expreso- Agua y Energía Eléctrica ha organizado la Gerencia Noroeste, formada por las provincias de Tucumán, Salta, Jujuy,

Catamarca y Santiago del Estero. Esta Gerencia constituye un todo homogéneo tanto a los efectos de la prestación del servicio, como en lo que hace al tendido de redes, e interconexión, o sea que estamos frente a un conjunto por si mismo. Grande es la tentación de poder organizar la "región" en forma autónoma a los efectos de la explotación de fuentes de energía y a la gestión de su sucedáneo el servicio que ella origina. La mayor dificultad con que se enfrente el proyecto, es la existencia, esta vez sí, de otra norma constitucional que impone obligatoriamente la intervención del Estado Federal: la ya analizada "cláusula comercial" (art. 67, inc. 12 de la C.N.).

Becerra Ferrer (1) plantea la hipótesis como una alternativa a la regla general -el art. 67, inc. 12- pues la concertación provincial haría las veces de barrera de contención para la aplicación de la "cláusula comercial" en la especie. "Puede suceder que una provincia convenga con otra u otras la prestación de un servicio de electricidad, cualesquiera fuere la fuente generadora y prestación última del servicio. Vale decir: la provincia de Córdoba puede convenir con la provincia de San Luis por ejemplo, o la provincia de San Luis, y viceversa, la prestación del servicio público en territorio provincial, ya sea por sí, ya interconectados por servicios provinciales de la otra provincia. Esta facultad

---

(1) Guillermo Becerra Ferrer, ob. cit.

de las provincias para realizar servicios interconectados de viene del art. 107 de la Ley Suprema". El autor hace la salvedad de que los tratados parciales no son simples contratos o convenios administrativos, sino tratados económicos, realizados por entes autónomos en ejercicio de su autonomía, en razón de lo cual recomienda el seguimiento de un procedimiento imperativo (los requisitos exigidos por la constitución tucumana) para su celebración, "en virtud de estos tratados interprovinciales -concluye el autor- puede convenirse la prestación del servicio en cualquiera de sus etapas con los grandes beneficios que ello implica para las provincias, sus empresas, y en definitiva, para los propios usuarios, destinatarios finales de todo servicio público".

Bidart Campos (1) evoca también la posibilidad y dice que "todavía sería viable pensar en acuerdos interprovinciales que, con base en el artículo 107, establecieran una electrificación regional para dos o más provincias. De reconocerse esa competencia, la jurisdicción federal brotaría per se de la constitución solamente a los fines de la interprovincialidad, pero no sobre el servicio eléctrico local de cada provincia".

---

(1) Germán J. Bidart Campos, ob. cit.

Creemos junto a Bidart Campos que la conclusión de tratados interprovinciales no hace caer la competencia del Estado Federal en todo lo atinente a la interconexión. Es decir, que las provincias pueden concertar entre ellas sin necesidad de que el Estado Federal intervenga, toda materia que no involucre la noción de "comercio" interestadual según la "cláusula comercial", en la medida que esto ocurra la competencia provincial desaparece para dar lugar a la jurisdicción federal. La "regla de hierro" del art. 67, inc. 12 de la C.N., no decae a pesar de que el oncierto provincial concuerde en la creación de soluciones de tipo regional.

El vocablo "comercio" usado por el constituyente no es sinónimo de la expresión "intereses económicos" del art. 107, ya que se pueden regular intereses económicos sin que para ello necesariamente deban realizarse actividades comerciales como objeto de la regulación. Toda interpretación que se aparte de esta solución es de "lege ferenda" y a pesar de la lógica de su razonamiento, será inconstitucional. La elasticidad de las disposiciones de nuestra Ley Suprema tienen un límite que cede ante la claridad del sentido de ciertas prescripciones.

Hasta tanto no se cambie esta regla tan estricta que impide

la concreción de experiencias tan interesantes a nivel regional, la segunda hipótesis requerirá necesariamente al Estado Federal como coprotagonista junto a las provincias. Es por ello que pensamos que ha sido muy acertado el dictámen de la Comisión Asesora para el Estudio de la Reforma Constitucional, que estableció entre las dos cuestiones que justificaban la introducción de reformas normativas "a lo que cabría denominar la región". "Las normas constitucionales sólo contemplan dos centros estatales de decisión -la Nación y las provincias- y excluyen toda otra autoridad intermedia. En éste como en tantos otros aspectos, sin embargo, la realidad sobrepasa a la norma. Las delimitaciones socioeconómicas, determinadas por la naturaleza desbordan a las delimitaciones políticas fijadas discrecionalmente por los hombres. Así, junto a la figura jurídica de la provincia, surge la figura extrajurídica de la región, comprensiva de varias provincias ligadas entre sí por una comunidad de vida y acaso de destino. Esta segunda figura no puede ser ignorada ya. El interés plural que ella representa, y que por lo demás se ajusta a la moderna doctrina de los "polos de desarrollo", merece ser jurídicamente tutelado. Ello equivale a reconocer que el esquema bipartito de la Constitución es insuficiente y que la regla de todo lo supraprovincial es nacional, derivada especialmente del art. 67, inc.12, debe ser

modificada, creándose la valiosa posibilidad de que lo supraprovincial sea regional; es decir, pertenezca a un orden todavía descentralizado, todavía inmediatamente vinculado a los intereses que siguen siendo locales y que se perciben mejor cuando se los mira de cerca."

De acogerse esta recomendación en el texto constitucional, ella impediría la intervención excluyente sistemática del Estado Federal en un aspecto tan importante del proceso eléctrico como es la generación interconectada de energía eléctrica.

## LEGISLACION NACIONAL.

Realizaremos un breve examen de la ley 15.336, aunque existen otras leyes nacionales que se ocupan de la actividad eléctrica en el país -las N° 14.772 y 17.004- es en ésta donde encontramos mayores referencias a la materia objeto de este estudio. Analizaremos aquellas disposiciones de la referida ley que atribuyen competencia federal para la regulación de determinadas actividades comprendidas en el proceso eléctrico, y de esa manera realizan un reparto de poderes entre la Nación y las provincias.

Recordamos otra vez que la ley no es el medio idóneo para llevar a cabo una división de atribuciones entre el Estado Federal y las provincias, si dicho reparto desconoce lo establecido en la Constitución Nacional. Al decir de Bidart Campos (1) "la ley es impotente frente a la constitución, y si acaso federaliza etapas o servicios eléctricos que escapan a su competencia, hay que afirmar rotundamente su inconstitucionalidad. De modo que no es la fórmula legal de federalización la que subsana discusiones o dudas, porque si con ella se lesionan la jurisdicción y las competencias provinciales, la ley de federalización debe considerarse inconstitucional."

---

(1) Germán J. Bidart Campos, ob., cit.

El artículo 1 de la ley especifica cuales son las actividades que quedan sujetas a sus disposiciones, son aquellas "destinadas a la generación, transformación y transmisión, o a la distribución de la electricidad, en cuanto las mismas correspondan a la jurisdicción nacional". Esas actividades están enumeradas en el artículo 6, quedan sometidas a la jurisdicción nacional, la generación de energía eléctrica, cualquiera sea su fuente, su transformación y transmisión, cuando:

- a) Se vinculen a la defensa nacional;
- b) Interconexión interprovincial o con algún territorio sujeto a legislación federal exclusivo;
- c) Lugar sometido a la legislación exclusiva del Congreso Nacional;
- d) Interconexión de aprovechamientos hidroeléctricos o mareomotores para su racional y económica utilización;
- e) Integren la Red Nacional de Interconexión;
- f) Interconexión con el extranjero;
- g) Su origen sea nuclear.

También se declara sujeto a la jurisdicción nacional el servicio público de electricidad "cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación"; en consecuencia, de producirse esta situación, también quedarán federalizadas las etapas de distribución

y comercialización del fluido eléctrico.

Pensamos que en varios aspectos el Congreso Nacional se ha extralimitado en su poder de legislar en esta materia.

Con respecto a los incisos b) y f) no encontramos objeción alguna, se trata de consecuencias de la aplicación del art. 67, inc.12 de la C.N., en el primer caso es la interconexión interprovincial que origina la jurisdicción nacional mientras que en el segundo la interconexión internacional suscita el mismo efecto. Ya hemos visto que el proceso eléctrico revestía en algunas de sus actividades las particularidades de la noción constitucional del término "comercio"; por otra parte la ley somete a jurisdicción nacional exclusivamente a las etapas ligadas íntimamente a la interconexión. De lo que se deduce que la distribución y la comercialización entran dentro del ámbito provincial. La jurisdicción nacional sobre las actividades que cumple la Red Nacional de Interconexión (inc. e), entendemos que es el efecto lógico de lo dispuesto para las hipótesis de las que hablamos previamente. La Red Nacional de Interconexión está compuesta por bienes de propiedad del Estado Federal, que cumplen con una finalidad nacional aneja al servicio nacional interconectado que aseguran.

Cuando el inc. c) habla de "lugar sometido a la legislación

exclusiva del Congreso Nacional", no se refiere a otra cosa que a la hipótesis del establecimiento de utilidad nacional (art. 67, inc. 27 de la C.N.), también acá concordamos con el articulado de la ley; ya que en esta hipótesis tampoco se considera que el proceso eléctrico queda federalizado en su totalidad. Al igual que los supuestos anteriores la prestación del servicio público queda en manos provinciales, respetándose así la eventual existencia de mercados locales a pesar de la presencia del establecimiento de utilidad nacional.

Contrariamente a lo comentado hasta este punto, consideramos que los otros supuestos previstos en la ley son inconstitucionales.

Respecto al inciso a) que habla de vinculación a la defensa nacional, o bien se da la existencia del establecimiento de utilidad nacional o sino será necesaria una concertación entre la Nación y las provincias, ya que la Constitución Nacional no confiere un poder semejante al gobierno federal, poder que es difícil de delimitar. La defensa nacional puede ser resguardada tanto por el gobierno federal como por las provincias, ambos órdenes forman la Nación, de estar ella en juego, ambos se consideran lo suficientemente implicados como para acudir en su auxilio. Y, justamente el acuerdo

do que reconozca a los dos centros de decisión permitirá una acción común que contribuirá, llegado el caso, en mayor medida y con mejor resultado, a la consecución de tan alto objetivo.

Pasando al caso d) tampoco acá consideramos que el Congreso Nacional pueda atribuirse per se tal facultad de no darse la "interprovincialidad". Si los aprovechamientos "que sea necesario interconectar entre sí o con otros de la misma o distinta fuente, para la racional y económica utilización", se encontraren en provincias diferentes, lo que como resultado de su interconexión hiciera intervenir el carácter "interestadual" de la "cláusula comercial" de la Constitución Nacional, o que la Nación adquiriese por compra o cesión el lugar donde se realice la obra y allí estableciere un establecimiento de utilidad nacional, por ley se pueden reglamentar esas facultades. De no ser así la jurisdicción nacional sólo podría intervenir como consecuencia de la concertación con las provincias involucradas.

En el supuesto del inc. g) pensamos también que únicamente la presencia del establecimiento de utilidad nacional suscita la jurisdicción federal.

Frias (1) en el tratamiento de estas hipótesis que él tam-

---

(1) Pedro J. Frias. ob.cit., p.195/6.

bién considera que contradicen el texto constitucional, dice que "es necesario que exista un establecimiento de utilidad nacional -un complejo de obras y servicios- para que sea legítima la jurisdicción nacional... En efecto, lo que "interesa" a la defensa nacional no es en si defensa nacional como servicio indivisible del gobierno federal; todo puede interesar a la defensa nacional, y por ello mismo es conveniente que cualesquiera de las hipótesis especiales de ejercicio de la jurisdicción nacional se refiera, específicamente, a la causal constitucional del art. 67, inc. 27: el establecimiento de utilidad nacional.

Más adelante, este autor señala que "los fines nacionales -cuando no son indivisibles en su servicio- se atienden también desde las provincias; ellas son la base operativa ordinaria de todo servicio jurisdiccionalmente divisible. No es subestimarlas desconocer la posibilidad de una jurisdicción provincial sobre una usina atómica?"

Es por todo esto que en el estudio hemos dado tanta trascendencia a la materia de los "acuerdos interprovinciales", que en este caso se concretarían entre las provincias y el Estado Federal.

En cuanto al servicio público de electricidad, consideramos que la facultad discrecionalidad que confiere la ley al Es-

tado Federal de someter a su jurisdicción los servicios públicos de electricidad "cuando una ley del Congreso evidenciara el interés general y la conveniencia de su unificación", tampoco es constitucional; la facultad de crear un servicio público es local o nacional dentro de sus respectivos ámbitos; El Estado Federal sólo posee una jurisdicción exclusiva sobre el servicio que prestare en la Capital Federal o en el Territorio Nacional de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur. En el territorio de las provincias ya hemos visto que aún en los casos en que el Estado Federal prestare el servicio, su jurisdicción estará limitada por el ejercicio concurrente del poder de policía de la provincia, además de ser ella quien indicará las pautas generales para su prestación por parte de la Nación.

Aunque las disposiciones que hemos comentado hacen a lo esencial en cuanto al reparto de competencias, la ley también contiene otras estipulaciones cuya aplicación puede prestar se a controversia.

Por ejemplo el art. 10 declara de "utilidad pública y sujetos a expropiación los bienes de cualquier naturaleza, obras, instalaciones, construcciones y sistemas de explotación, de cuyo dominio fuera indispensable disponer para el cumplimien

to de los fines de esta ley..." Este artículo de constituir una puerta abierta para la Nación para la expropiación de las fuentes de energía provinciales -que como vieíamos forman parte del dominio público provincial y por lo tanto son inexpropiables-, sería inconstitucional. La expropiación só lo puede tener como objeto el uso de esos bienes, pero no puede dar acceso al dominio de los mismos.

Frias considera que la ley plantea una imprecisión en cuanto a la titularidad del poder de concesión, señala al respecto citando a Cano "que es inconveniente la doble jurisdicción y facultad de otorgar concesiones para el uso de re cursos hidráulicos, que la ley 15.336 permite ejercer simultáneamente a ambos niveles de gobierno, sobre los mismos ríos. Compartimos su punto de vista: es preferible atribuir a los gobiernos provinciales la facultad de conceder el uso del agua -para fin energético y todo otro-, aunque se admita que la concesión y el manejo de los sistemas y servicios eléctricos interprovinciales sea reconocida al gobierno nacional.

Con la solución arbitrada por la ley se asegura unidad en la programación eléctrica, pero se la destruye en la hidráulica, que comprende muchos otros usos distintos al eléctrico, y a veces competitivos." (1)

---

(1) Pedro J. Frias, ob. cit., p.197

Todas estas observaciones y el afán puesto de manifiesto por el gobierno nacional en el proceso de transferencia de servicios eléctricos a favor de las provincias; demuestran la necesidad de dictar una nueva legislación en la materia que se ajuste mejor a la realidad actual.

## CONCLUSIONES

El federalismo es otra forma de descentralización de los poderes del Estado, además de la funcional u horizontal, se trata de la descentralización territorial o vertical. Ella plantea dos problemas básicos, el primero que hace al orden de prelación a establecerse entre los niveles de decisión que se crean, y el segundo relativo al reparto de competencias entre esos centros de poder. Tanto estos interrogantes como todos los que surjan una vez escogida la solución federalista a aplicar, deberán ser resueltos tomándose en cuenta la idea de concertación, de reparto y compromiso que existe en la base de la noción misma de federalismo; por otra parte, en la elaboración de la estructura jurídica deberá tenerse en cuenta una dosis importante de elasticidad y de dinamismo que permita su adaptación a las circunstancias cambiantes por las que puede atravesar el destino del Estado, y el cumplimiento de los objetivos que inspiran a la división territorial del poder del Estado.

Casi todos los países que han adoptado el sistema federal atraviesan una crisis que se manifiesta en un excesivo fortalecimiento del poder central. En nuestro país esta crisis responde a múltiples motivos: políticos, económicos, socia-

les, al igual que a la interpretación extensiva de las disposiciones constitucionales; sin embargo, no resultan ajenos a ella la actitud poco activa de las provincias y el no haberse recurrido a la imaginación para la elaboración de nuevas fórmulas institucionales, que prevean la creación de otras sociedades intermedias, además de las previstas expresamente en la Constitución Nacional.

Del análisis del articulado de la C.N. y del desarrollo en la aplicación e interpretación del mismo, surge la evidencia que de un régimen en el que se establecía un gobierno federal de facultades delegadas expresamente o limitadas a excepcionales se ha pasado a otro con marcado predominio del gobierno central. La constitución formal se halla en conflicto con la constitución real del país. Tanto las cláusulas de los inc. 12 y 16 del art. 67, como otras disposiciones que hacen al reparto de competencias, no deben ser interpretadas de manera que excluyan por completo los poderes provinciales.

En principio, el deslinde entre la titularidad del dominio de una cosa y la titularidad de la jurisdicción, o de los derechos sobre los usos a que esa cosa puede estar sometida, labor que es indispensable llevar a cabo debido a las nuevas relaciones, actividades y funciones que se realizan

en un Estado moderno, deberá efectuarse sin pecar por exceso ni por defecto, desde una óptica federalista o centralista a ultranza. La materia eléctrica ofrece al federalismo la posibilidad de poner en práctica su imaginación para coordinar el sistema.

La C.N., y sólo ella, nos servirá como base para la realización del reparto de competencias en materia eléctrica, entre la Nación y las provincias. No siendo la ley el medio adecuado para su reforma, las disposiciones que ella contenga que contradigan a la C.N. serán inconstitucionales.

Los recursos naturales son del dominio público de las provincias donde ellos estén situados, y las fuentes de energía entran dentro de esta categoría, ello por aplicación del art. 104 de la C.N.

La necesidad de una coordinación de la materia eléctrica a nivel nacional no equivale a su sometimiento íntegro a la jurisdicción nacional, a ella le corresponde exclusivamente fijar las pautas del sistema.

En caso de existencia de empresas nacionales de electricidad en territorio provincial, que revistan las características del art. 67, inc. 27 C.N., la jurisdicción de la Na-

ción no es excluyente de la jurisdicción provincial, sino exclusivamente en lo relativo al cumplimiento de la finalidad de utilidad nacional para la cual el establecimiento ha sido fundado. Si esa explotación electroenergética cubre sólo las etapas de generación, transformación y transmisión de la energía eléctrica la provincia se aseguraría la jurisdicción en lo relativo a la prestación del servicio; si inclusive el servicio estuviese en manos del gobierno federal, la Nación deberá prestarlo cumpliendo las pautas y prioridades que le ordene la provincia, quien además conserva el ejercicio de su poder de policía.

El traspado de energía eléctrica de una provincia a otra, constituye una "actividad comercial interestadual", en el sentido del art. 67, inc. 12 C.N. Pero el fenómeno de interconexión a que está sometido el sistema eléctrico nacional (Red Nacional de Interconexión) no conduce a la federalización de todo el negocio eléctrico, sino solamente de aquellas etapas inseparablemente ligadas al fenómeno de interconexión, respetándose cuidadosamente las atribuciones provinciales y la existencia de mercados locales.

El art. 107 de la C.N. confiere a las provincias la posibilidad de celebrar "tratados parciales". Estos tratados constituyen una herramienta que tienen las provincias pa

ra regular intereses comunes. Las normas contenidas en esos pactos deberán servir de ayuda para facilitar la creación de nuevas estructuras que permitan un replanteo del federalismo; pueden dar nacimiento a las regiones como una nueva categoría de sociedades intermedias que actuarían en la división territorial del país y a su vez como nuevos centros de decisión que contribuirían a la implementación de la política llamada de los "polos de desarrollo". La aplicación de los tratados interprovinciales a la materia eléctrica deja en manos de las provincias un campo de acción bastante amplio que podría ser objeto de esos tratados, sin que sea forzosamente necesaria la participación del Estado Federal. Sin embargo, esta intervención se impondrá si el tratado persiguiera la gestión del servicio, ya que en este caso entra a jugar la "cláusula comercial" que suscitará la jurisdicción nacional en todo lo relativo a la interconexión, a pesar de la existencia del tratado interprovincial. Hasta tanto no desaparezca la regla del art. 67, inc. 12 C.N. que establece que todo lo supraprovincial es nacional, sin permitir que sea regional, la jurisdicción federal en materia de generación interconectada de energía eléctrica excluye toda otra jurisdicción.

El estudio de la ley 15.336 en lo atinente a atribución de jurisdicción nacional a actividades derivadas del proceso eléctrico, pone de manifiesto la extralimitación de sus poderes

por parte del Congreso Nacional. De no darse el requisito de la "interprovincialidad" derivado de la aplicación del art. 67, inc. 12, o la existencia del establecimiento de utilidad nacional del art. 67, inc.27, el Congreso Nacional no puede atribuirse per se jurisdicción exclusiva en la materia, ella sólo podría intervenir como consecuencia de la concertación con las provincias involucradas.