



Mendoza 1997

Prólogo	2
Introducción	3
I. EL SECTOR ELÉCTRICO DE MENDOZA.....	4
1. Compatibilidad con el Marco General de Regulación del sector.	4
2. Marco Regulatorio Eléctrico	6
3. Aspectos Tarifarios y de Calidad de Servicio.....	8
4. La Reglamentación de la ley:	10
II. Proceso de Privatización de EMSE.	12
III. Concesiones, autorizaciones y permisos para aprovechamientos.	16
IV. Proyecto Potrerillos.	16

Prólogo

Mendoza es por su historia y por su gente una tierra de esfuerzo y emprendimientos que desarrolló la ciudad más grande y próspera del oeste argentino, y un modo de ser extraordinariamente particular en el país.

Hoy, frente a los importantes cambios en el mundo y a los magros resultados de la política económica aplicada en las últimas décadas se hace necesario establecer nuevos mecanismos, nuevas herramientas, tanto para el gobierno como para la sociedad civil, que nos permita continuar siendo una provincia de vanguardia.

Hoy, en honor a nuestros antepasados y *continuando con sus tareas*, debemos ser capaces de volver a repensar la Mendoza que queremos dejarle a las futuras generaciones. Esta refundación debe realizarse pensando en los próximos cincuenta años.

Debemos ser capaces de posibilitar un desarrollo económico sustentable en el tiempo para que las mejoras y el progreso lleguen a todos los habitantes de Mendoza.

En el orden internacional la apertura económica, la globalización, el sistema de libre empresa, el equilibrio de las cuentas públicas, la estabilidad de la moneda y el incentivo a la iniciativa privada son el imperativo de la hora.

Mendoza no debe estar ajena a esta realidad y, por lo tanto, debe adecuarse de la mejor forma posible al nuevo contexto internacional.

En el orden interno debemos ser capaces de contar con la presencia de un Estado útil que permita satisfacer las necesidades de todos.

El ***Consejo Empresario Mendocino*** consideró oportuno realizar un análisis del Marco Regulatorio Eléctrico que regirá el sector en los próximos años, y la influencia del mismo en el mejoramiento de la competitividad de la provincia en su conjunto.

Para ello tuvimos la valiosa colaboración del Ing. Carlos Manuel Bastos.

Al presentar esta investigación, el ***Consejo Empresario Mendocino*** cumple con el objetivo que lo impulsa: realizar un aporte para enriquecer el proceso de toma de decisiones de los distintos gobiernos y contribuir al esclarecimiento de los problemas económicos y sociales de la provincia de Mendoza con la mira puesta en el interés general.

Introducción

Es el objeto del presente informe formular comentarios a las leyes provinciales de reciente sanción sobre la transformación del sector eléctrico y del marco regulatorio, especialmente en esta última, en materia de comparación con el marco regulatorio nacional, aspectos vinculados a la calidad del servicio y el régimen tarifario, las materias que deberían ser objeto de reglamentación de la ley y el proceso de privatización de la empresa EMSE. Las leyes de Transformación del sector Eléctrico Provincial y del Marco Regulatorio en diversos pasajes de su articulado encomienda un número importante de temas que serán precisados a través de la reglamentación.

Como se indicará en las páginas que siguen en los temas que serán objeto de reglamentación, tienen una importancia diferente, siendo en algunos casos determinante para la comprensión conceptual de la medida y para que los términos de la ley adquieran una mayor precisión y un sentido más acabado, mientras que en otros resultarán reglamentaciones de mero detalle. Sirva por tanto como comentario general que cuando se trata de comentar la ley provincial sobre el marco regulatorio y su comparación con la ley nacional, la interpretación de esta última que aquí se realiza no se la hace en función de la letra de la ley sino en función del bagaje de disposiciones reglamentarias (decretos, resoluciones, etc.) que dictadas desde el año 1992 a la fecha, en definitiva, terminaron por perfeccionar, acortar y aclarar los términos de la ley 24.065. Comenzamos entonces por el marco regulatorio eléctrico.

I. EL SECTOR ELÉCTRICO DE MENDOZA

1. Compatibilidad con el Marco General de Regulación del sector.

La transformación del sector eléctrico llevada a cabo en 1991, en el ámbito nacional primero, y luego en el de las provincias que decidieron acompañar el mismo, se ha basado en algunos principios que si bien simples, fueron y son esenciales para lograr el éxito de la mencionada transformación.

En primer lugar el Estado decidió dejar la actividad empresaria y transferir la mismas hacia el sector privado reservándose la facultad de regular y fiscalizar el sector; la razón de esta decisión se encuentra en el carácter de monopolio natural que tienen la distribución y el transporte de energía eléctrica, que necesitan de regulación para salvaguardar los intereses de los consumidores.

El método elegido para llevar a cabo la regulación mencionada fue el de separar las actividades de generación, transporte y distribución, procediendo a dividir las empresas integradas verticalmente hasta ese momento creando nuevas empresas a partir de aquellas, para su posterior privatización; simultáneamente se creó un Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) donde las empresas generadoras, distribuidoras y grandes usuarios pudiesen realizar transacciones libres de compra y venta de energía, tanto en precios como en cantidades.

Para las empresas distribuidoras se estableció un mercado de regulación, cuyos principales puntos son:

- * Concesión de un área de explotación donde el concesionario tiene la obligación de atender toda demanda del servicio.

- * Tarifas basadas en los costos propios de la etapa de distribución, adicionados al precio del Mercado Eléctrico Mayorista (M.E.M.).

- * Penalidades traspasadas a los usuarios toda vez que el concesionario no pueda abastecerlos de energía o lo haga con una calidad insuficiente.

- * Revisión periódica de las tarifas en concordancia con períodos de gestión de la empresa con la posibilidad de transferir a terceros, en esa oportunidad, por parte de quienes tienen el control del capital social de la concesionaria, el paquete mayoritario de no estar de acuerdo con las nuevas tarifas, para lo cual el Estado llama a una nueva licitación.

En relación a las empresas transportistas, la regulación reconoce dos principios fundamentales, el del sistema de *acceso abierto y la prohibición*, al transportista, de *comprar y vender energía* quedando circunscripto a realizar un servicio de transporte de la misma bajo su reconocimiento tarifario que le asegura tarifas razonables y que permitan una rentabilidad acorde con el riesgo que enfrentan.

Sin entrar en mayores detalles acerca de la regulación instrumentada, es importante señalar que, como principio general, la misma ha buscado introducir, en el orden nacional, competencia en todos los sectores de la industria en que ha sido posible, principalmente en la franja de la generación, mientras que en la distribución y el transporte, en razón de su condición de monopolios naturales, se procedió a la regulación como ya se dijo, pero aún en esta situación se ha introducido competencia por comparación dividiendo las áreas de concesión, y competencia por el mercado al dividir los períodos de concesión en varios períodos con nuevos procesos de ofertas por los mercados en cuestión.

En ambos segmentos del sector, se han establecido como objetivos principales la seguridad en la prestación del servicio, la confiabilidad, la igualdad, el libre acceso, y el trato no discriminatorio para los usuarios.

Un último comentario sobre el sistema, pero no por ello menos relevante, es que se pretendió que la autoridad que ejerciese la regulación fuese independiente del poder político, entendiendo por tal las autoridades nombradas por el Poder Ejecutivo y renovadas periódicamente en procesos efectivos. Así se crearon Entes Reguladores cuya dirección corresponde a cuerpos colegiados cuyos miembros tienen mandatos alternados en el tiempo y no coincidentes con los de las autoridades del Ejecutivo, al mismo tiempo la selección de estos miembros deben realizarse en procesos abiertos y donde se exigen condiciones de idoneidad suficientes como así también de independencia de intereses sectoriales.

A tales organismos se les asignó un conjunto de facultades, sin duda determinantes para la buena marcha del sector y que, por tal motivo, los marcos regulatorios les reconocen su autonomía funcional financiera y administrativa.

Además, se debe comentar, porque está relacionado con el análisis del caso mendocino, que derivados de los preceptos de orden constitucional se han determinado los ámbitos de jurisdicción nacional y provincial en los diferentes segmentos del sector, lo que permite a cada Gobierno (nacional y provincial) ejercer sus competencias específicas.

En efecto, en orden a la jurisdicción nacional han sido con fundamento en la denominada Cláusula del Progreso -art. 75 inc. 18-. en virtud de la cual corresponde al Congreso *“Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al bienestar de todas las provincias...”* y en el art. 75 inc. 28 que dispone que es facultad del Congreso *“Hacer todas las leyes y reglamentos que sean convenientes para poner en ejercicio los poderes antecedentes, y todos los otros concedidos por la presente Constitución al Gobierno de la Nación Argentina”*, que se interpreta la delegación tácita de los gobiernos provinciales en el Gobierno Nacional en la materia que aquí se trata.

En cuanto al alcance de la jurisdicción cabe señalar que a la Nación le competen los aspectos relacionados con el Mercado Eléctrico Mayorista, con independencia de la relación de los generadores, como así también lo atinente al comercio interjurisdiccional que comprende a los grandes usuarios que compran energía al sistema, a proveedores radicados fuera de la Provincia y al transporte, mientras que a las provincias se les reconoce su facultad de regular las tarifas a usuarios finales, otorgar concesiones de distribución, otorgar concesiones de uso del agua, y fiscalizar el servicio en su territorio.

En otros términos y ampliando la idea antes expuesta, queda sometido a la jurisdicción local lo referido a las cuestiones que hacen a la relación distribuidor-Estado provincial y/o distribuidor-usuario y /o distribuidor-generador local, todas ellas cuestiones *puertas adentro*. Pero en lo que hace a las cuestiones fuera de los límites de su provincia, distribuidor-Estado nacional u otro Estado provincial y/o distribuidor-usuario de diferente jurisdicción y/o distribuidor-generador de distinta jurisdicción, se produce un conflicto de competencias, la que por la naturaleza misma de la relación jurídica debe estar sometida a la jurisdicción federal, ya que se trata de cuestiones *puertas afuera*.

Esto es interesante tenerlo presente por cuanto el problema de la jurisdicción provincial no se regula en función de la territorialidad sino por la funcionalidad de las instalaciones.

Tal delimitación de la competencia tiene una incidencia práctica muy considerable siendo particularmente destacable en los casos de la posible superposición de funciones entre los Entes Reguladores (Nacional y Provincial) y en el caso de la aplicación de la Función Técnica de Transporte (FTT). La misma como se sabe, tiene por objeto fijar el peaje que percibirán los Agentes del Mercado Eléctrico Mayorista (MEM) que pongan a disposición sus instalaciones al servicio del Sistema Argentino de Interconexión (SADI), siendo definida como *“... el servicio de vinculación que cumplen las instalaciones eléctricas que forman parte del SADI o las que están conectadas con estas últimas, sin distinción de personas públicas o privadas a quienes pertenezcan, en cuanto comunican a vendedores y compradores de energía eléctrica entre sí y con el MEM”*. El alcance de la FTT es muy amplio en cuanto comprende cualquier tipo de instalaciones, si pertenecen tanto a personas públicas como a privadas, siendo por tanto elevado el riesgo de superposición con la jurisdicción provincial.

2. Marco Regulatorio Eléctrico

La ley de reciente sanción en la provincia de Mendoza conocida como Marco Regulatorio Eléctrico recoge en gran medida los principios enunciados; no obstante hay aspectos que merecen un comentario más detallado.

En el Capítulo I, si bien se establece una división de las actividades en generación, transporte y distribución, declarando servicio público las dos últimas y de interés público la primera, en consonancia con lo realizado a nivel nacional, no avanza en establecer las áreas de competencia del sector público y el privado, lo que sí se estableció claramente a nivel nacional. La definición de los cometidos estatales en un sector determinado de la actividad económica resulta ser muy importante en aras a la claridad de las reglas de juego.

La reglamentación debería definir claramente los ámbitos antes mencionados y los supuestos que darán lugar a la actuación empresarial pública, lo que por otra parte, dará mayor consistencia con las soluciones previstas para cuando se cumpla el plazo de concesión de las unidades económicas a crearse con motivo de la privatización y transformación de EMSE.

Por lo ya comentado en el punto anterior, la ley no da una adecuada respuesta al tema de la delimitación de las jurisdicciones, lo que siempre supone introducir un posible foco de futuros problemas jurídicos innecesarios y que agregará incertidumbre al proceso en general. Sin embargo, se acentúa aún más el error conceptual cuando en el artículo 2º se establece que las concesiones que hubiesen sido otorgadas por la Nación de actividades que se desarrollen en territorio provincial, quedarán sujetas a concesiones provinciales una vez que se haya operado su vencimiento por cualquier causa.

El tema tiene una particular importancia para los casos de Distrocuyo y las fuentes hidroeléctricas desarrolladas por Agua y Energía, hoy concesionadas por la Nación. Es decir, se pretende sujetar al orden provincial entidades que actualmente se encuentran dentro del orden nacional, aunque en territorio provincial. La ley parece confundir jurisdicción con el otorgamiento de concesiones por parte del Poder Ejecutivo Nacional. La jurisdicción federal declarada por una ley del Congreso Nacional no declina porque se declare la caducidad o se llegue al vencimiento del plazo de la concesión. La misma jurisdicción se mantiene vigente hasta tanto la ley nacional mantenga la misma.

El Capítulo II, se refiere a los agentes de la actividad eléctrica. Las disposiciones referidas a ellos se encuentran en sintonía con el esquema general y en particular lo referido a los grandes usuarios, cuando el artículo 7 establece que la reglamentación que determine las condiciones para ser reconocido con aptitud para realizar negociaciones libres de compra de energía y potencia no deberá impedir ni restringir el ingreso de los mismos al Mercado Eléctrico Mayorista (MEM).

En el Capítulo III, que trata de los Objetivos de la Política Energética, reviste gran importancia el inciso c) del artículo 10, por cuanto el mismo asegura *la no discriminación y uso generalizado de los servicios e instalaciones de transporte y distribución de energía eléctrica*, que es como ya se comentó, uno de los principios fundamentales para asegurar un ámbito competitivo.

Quizás inspirado en los antecedentes nacionales, la ley recoge la separación de competencia entre el poder político y el organismo regulador -precisada en el Capítulo IV-, artículos 11 al 14- y a su vez el Capítulo XI establece las atribuciones del organismo regulador, que serán oportunamente comentadas.

En tanto el Capítulo V trata sobre Concesiones, Autorizaciones y Permisos, estableciendo distintos requisitos cuando de fuentes hidroeléctricas se trata, de acuerdo con el tamaño de las mismas medido por la capacidad instalada, yendo desde concesiones por ley para las mayores hasta permisos del Poder Ejecutivo para las menores. Un comentario especial merece el inciso f) del artículo 19 que trata sobre la regalía hidroeléctrica; el mismo establece, acertadamente, que el Poder Ejecutivo podrá en los nuevos aprovechamientos o en los que sea necesaria la reconversión de las instalaciones

existentes, acordar períodos de gracia para el pago de la regalía. Tal decisión reconoce el concepto económico implícito en el pago de las mismas.

La regalía hidroeléctrica, desde un punto de vista económico, significa compartir entre el poder concedente de un recurso natural y quien desarrolla la obra necesaria para transformarlo en algo tangible, los beneficios económicos que se obtienen. Queda claro que tales beneficios no son en todos los casos iguales, ni en magnitud ni en porcentaje respecto a los ingresos.

En un mercado competitivo como lo es el eléctrico podría darse el caso que algunos aprovechamientos fuesen factibles de realizar con algunos valores de regalía y no con otros. Podría incluso utilizarse el valor de la regalía como variable de adjudicación de un proceso licitatorio, donde no quedarían dudas que el concedente obtiene el máximo beneficio económico posible.

En la misma línea se debe comentar que el inciso i) del art. 20 establece el pago de un canon por las concesiones de distribución que no podrá ser inferior al 6% del total de facturación del servicio eléctrico. Este tema se comentará con más profundidad al ver el punto de las tarifas, pero es importante tener en cuenta que se puede hablar de cánones, regalías y cualquier otra forma de pago de esta naturaleza, cuando existe un bien económico a repartir; en otro caso lo único que se realiza es encarecer artificialmente un servicio que, en el caso de la distribución de electricidad, es equivalente a aplicar un impuesto.

Ente las disposiciones del Capítulo VII se encuentra un punto muy importante que es el Procedimiento para el otorgamiento de una nueva concesión, en el cual se establece que al finalizar un periodo se deberá llamar, con una antelación de 24 meses, a una nueva licitación, y faculta al Poder Ejecutivo a disponer del modo y plazos del llamado para que procure elegir el nuevo concesionario antes del fin de la vigente.

En el Capítulo VIII, que trata sobre la Prestación de Servicios Eléctricos hay tres artículos claves y en armonía con los principios descriptos al comienzo de este trabajo; ellos son, el artículo 31 donde se establece la obligación a los distribuidores de satisfacer toda demanda de servicios, incluidos incrementos, en las condiciones de calidad estipuladas en sus contratos de concesión; el art. 33 por el cual se obliga a transportistas y distribuidores a permitir el acceso indiscriminado a sus redes, principio de "acceso abierto", y el art. 36 que prohíbe a los distribuidores y transportistas ofrecer ventajas o preferencias en el acceso a sus instalaciones.

El Capítulo IX establece las limitaciones societarias, se puede decir; que las mismas apuntan a que no se desvirtúe el principio de desintegración vertical comentado y adoptado en la elaboración de esta ley, así se impide que las sociedades titulares de concesiones de distribución, los generadores, las sociedades controlantes, las sociedades encargadas del gerenciamiento, etc., no podrán tener posiciones controlantes del capital o del gerenciamiento de las concesionarias de transporte. El mismo impedimento vale para los usuarios que puedan contratar por sí la provisión de energía. En este sentido la ley ha ido quizás demasiado lejos, extendiendo los sujetos sobre los que caen las limitaciones o autorizaciones como ocurre en los casos de sociedades encargadas del gerenciamiento y sociedades vinculadas. En estas últimas, de acuerdo con nuestra Ley de Sociedades Comerciales, existe vinculación cuando un accionista tiene un 10% en la Sociedad. Aquí deben ponderarse en forma equilibrada los aspectos que dan sentido a estas disposiciones: por un lado, que la fuente para la obtención de servicios eficientes y eficaces se encuentra en la actuación separada en los diferentes segmentos de la actividad y, por otro, que cuando más se extienda la cantidad de sujetos comprendidos en las limitaciones se achica el espectro de los interesados en cada negocio con la consiguiente reducción del precio que se puede obtener por el mismo.

El mismo artículo 37 que establece las prohibiciones antes comentadas en su inciso b) prohíbe a los transportistas comprar o vender energía eléctrica que, como ya se comentó, es una de las piezas claves de la regulación; asimismo en el inciso f) instruye al Poder Ejecutivo para que controle que se establezcan condiciones de libre competencia donde ésta sea posible, así como tomar las medidas

necesarias para evitar posiciones dominantes en el mercado, que es otra pieza clave en el funcionamiento del sector.

El capítulo siguiente trata de los derechos y obligaciones de los usuarios, donde la posibilidad de recurrir al ENTE y la forma de hacerlo es uno de los temas dominantes. Importante también es el derecho explícitamente reconocido a través del inciso k) de utilizar las instalaciones del distribuidor cuando opte por adquirir la energía a un generador en forma directa; además establece, como contrapartida de todos los derechos que se les reconoce, la obligación de abonar en tiempo y forma los servicios facturados, inciso j).

3. Aspectos Tarifarios y de Calidad de Servicio.

La misma ley Marco Regulatorio Eléctrico trata el tema de las tarifas en su Capítulo XI, para las empresas distribuidoras y transportistas; establece como premisa general que las mismas deberían ser justas y razonables y estar sujetas a una serie de principios, entre los cuales se establece que deberán permitir obtener ingresos suficientes para satisfacer los costos operativos, de mantenimiento, de expansión de los servicios, los impuestos y una tasa de rentabilidad razonable. Establece asimismo que el canon de la concesión a transportistas y distribuidores será establecido como porcentaje del total de la facturación sin impuestos y el importe que resulte a favor de la Provincia, no será trasladable a los usuarios.

El mismo artículo en su párrafo anterior dice que las tarifas deberán proveer ingresos suficientes para cubrir los costos y permitir una tasa de rentabilidad razonable, que se reitera en el artículo 45, donde hace referencia a la relación que debe existir entre la tasa de rentabilidad y el riesgo de la actividad.

Estas disposiciones son contradictorias entre sí: si el canon no se puede trasladar a tarifas, ¿de dónde saldrán los ingresos que permitan obtener rentabilidad? El problema radica en que cánones, regalías y cualquier otro ingreso para el Estado tiene que provenir de actividades que materialicen beneficios económicos de recursos que ya pertenecían a la sociedad, caso del petróleo y la hidroelectricidad y que naturalmente se encuentran en estado potencial hasta que, mediante obras concretas se transforman en bienes comercializables.

En los otros casos que se pretenden cánones o regalías de cualquier naturaleza lo que en realidad se está aplicando son impuestos.

No obstante lo manifestado anteriormente, se debe tener presente que en el caso que se pretenda privatizar la empresa bajo estas condiciones, es decir, aplicando un canon no trasladable a las tarifas, los oferentes procederán a descontarlo del flujo de ingresos con el resultado de que sus ofertas serán menores. En otras palabras, la inclusión de un canon en este proceso significa renunciar a cobrar parte del valor de la empresa al momento de la privatización para percibirlo como valor diferido. Asimismo se debe tener presente que el organismo regulador, el gobierno o ambos, recibirán presiones luego de realizado el proceso en estas condiciones para que el canon sea reducido o su pago pospuesto por parte del concesionario que de esta forma incrementaría su rentabilidad.

Aparte del punto señalado las demás disposiciones sobre tarifas contenidas en el capítulo están orientadas a dar una base de contenido económico a la fijación de las mismas, así puede verse que el inciso b) del artículo 43 dice que se deberán tener en cuenta las diferencias razonables en los costos que surjan de los distintos tipos de servicios, de la distinta radicación geográfica y de cualquier otra característica que el ENTE considera relevante. Asimismo el inciso c) prevé que se deberán incluir los costos propios de distribución adicionados a los costos de adquisición en el Mercado Eléctrico Mayorista.

En el inciso e) del mismo artículo se establecen también las tarifas de peajes para aquellos usuarios que adquieran libremente la energía y que usen la red del distribuidor. El artículo 46 precisa

que se deberá incluir en el contrato de concesión un cuadro tarifario inicial, siendo éste, según la experiencia recogida en los procesos nacionales en ese sentido, uno de los aspectos claves para llevar adelante un buen proceso de privatización ya que evita discusiones ulteriores de muy difícil resolución con los concesionarios.

Un tema que resulta un tanto confuso en la ley es el de la vigencia del cuadro tarifario (art. 46) y del cuadro tarifario inicial (art. 47), el cual no podrá exceder de los cinco años. Este periodo parecería no ser suficiente, y crea en ese caso un grado mayor de incertidumbre en el horizonte que tomarán los inversores para la valoración del negocio de las empresas de distribución, lo que supone castigar -en razón del riesgo- el monto de la oferta que se realice en la privatización. Ello, sin duda, ha sido el motivo por el cual -a nivel nacional- se estableció un plazo de 10 años, como marco de referencia, (art. 42 del decreto 1398/92).

El artículo 47 indica los principios generales que deberán seguirse para la elaboración de los nuevos cuadros tarifarios, una vez vencida la vigencia del inicial, incluye la obligación de la convocatoria a audiencia pública donde podrán defender sus derechos tanto los concesionarios como los usuarios.

El Capítulo XIII trata sobre el Fondo Provincial Compensador de Tarifas, en el artículo 74 de la ley se dispone su creación aunque no indica quién será el encargado de su administración, motivo por el cual debería contemplarse el tema en la reglamentación.

En el inciso d) del mismo artículo se dice que la Contribución para Compensación de Costos Eléctricos (CCCE) será destinada a compensar las diferencias de costos propios de distribución reconocidos entre los distintos concesionarios. Asimismo dice que tiene por objeto que usuarios de características similares de consumo abonen por el suministro de energía tarifas homogéneas, independientemente de su ubicación geográfica y forma de prestación. A su vez limita la contribución al 1,5% del importe total de la factura sin impuesto. Se integra con la parte que corresponde a la provincia del Fondo para compensaciones tarifarias previsto en la ley nacional 24.065 y con el 75% de los cánones de las concesiones de distribución.

La creación de este fondo posibilita a la provincia una política activa en materia de subsidios tarifarios, lo que en sí mismo no es criticable siempre que los mismos obedezcan a criterios razonables y que su instrumentación sea lo suficientemente transparente y permita el control de los organismos competentes. En ese sentido la ley prevé en su artículo 75 que el Ejecutivo podrá compensar tarifas siguiendo criterios eléctricos económicos o sociales, pero necesitará aprobación legislativa. Establece también que la compensación deberá realizarse en forma explícita. Sin embargo la reglamentación deberá precisar en forma rigurosa los supuestos en los que unos criterios prevalecerán sobre otros, dejando al mínimo posible, la discrecionalidad de quien lo administre.

Con respecto al órgano de regulación, la ley prevé en el Capítulo XII la creación del mismo en el ámbito del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas pero con autarquía y plena capacidad jurídica para actuar en derecho público y privado. Entre las atribuciones y funciones que se le confieren están en primer lugar las de proteger los derechos de los usuarios, proponer los cuadros tarifarios de las concesiones, prevenir conductas anticompetitivas o monopólicas, organizar y reglamentar el régimen de audiencias públicas, etc.

La aparición de los denominados Entes Reguladores ha tenido como sustrato la necesidad de independizar las cuestiones técnicas económicas del servicio, de la influencia política que los funcionarios de turno pudiesen ejercer sobre el sector. Es preciso aclarar que durante los primeros años del funcionamiento de los Entes se ha observado que, la delimitación de competencias y funciones de control y regulación, resultó de difícil concreción para la definición de roles entre aquéllos y otros organismos públicos a los que la ley les asigna el cometido de fijar las políticas sectoriales, siendo éste un aspecto que debería tener especial consideración. Sin embargo, el marco regulatorio provincial muestra una situación muy poco clara sobre las garantías de independencia que el ENTE debe reunir, y

mantiene, en cierto modo, un riesgo -quizás absolutamente innecesario- de politización del servicio. En efecto, si bien se crea el ENTE como organismo autárquico, lo cual supone tener autonomía funcional, financiera y administrativa (art. 53), inmediatamente después, indica que el Poder Ejecutivo aprueba su estructura orgánica y funcional, lo que constituye un punto neurálgico para su independencia. La aprobación la debería hacer, para ser consecuente con la declaración de entidad autárquica, el propio ENTE, tal como ocurre a nivel nacional.

Otro aspecto de relevancia es que el ENTE sólo propone los cuadros tarifarios para aprobación de los mismos por el Poder Ejecutivo, con lo cual, el riesgo de politización de las tarifas, existe.

También entre sus atribuciones se encuentra que el artículo 53 en su inciso u) establece que deberá controlar el plan de obras e inversiones propuesto por los concesionarios. El comentario aquí es que, en general, las inversiones obligatorias incluidas en las concesiones no han arrojado buenos resultados. La misma dinámica de este sector hace que los planes de obra sufran, comúnmente, modificaciones importantes para adecuarse a las nuevas condiciones; por otra parte, incluir inversiones obligatorias presupone que se ha elaborado un plan de obras con antelación a la concesión, lo que a su vez lleva a que quien lo elaboró fue capaz de prever el camino óptimo a seguir por la empresa, lo que difícilmente se ha corroborado en la práctica; por lo que este procedimiento debiera ser desechado en el proceso de privatización de EMSE.

Los artículos 55 y 56 tratan sobre la constitución y procedimiento de selección del Directorio; se puede comentar que estará constituido por tres miembros con mandato por seis años con renovación parcial cada dos años, de sus miembros; se exigen condiciones de idoneidad e independencia tanto del gobierno como de las empresas con intereses en el sector.

Además se dispone la creación de un Consejo Consultivo, que deberá contar con representación de los municipios, entidades intermedias de los usuarios y de otros interesados; su funcionamiento deberá ser reglamentado por el Ejecutivo. Un comentario relevante, fruto de la experiencia a nivel nacional, es que se debería dejar la responsabilidad de los aspectos administrativos del ENTE en una sola persona, su Presidente, que se haría cargo de la organización del mismo, reservando al directorio sólo las cuestiones específicas de regulación y arbitraje del sector.

Un tercer tema importante es que la reglamentación debería precisar cómo se computará la tasa que abonon los distribuidores, por cuanto no hay que olvidar que éstos también pagan la tasa de fiscalización y control al Ente Nacional por su participación en el MEM. El tema no es de importancia menor. Actualmente el tema ha llegado incluso a los tribunales judiciales.

Así también otro aspecto de gran relevancia es el previsto en el artículo 83 inciso b) que precisa que el Ejecutivo deberá coordinar en el ámbito del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas el funcionamiento del ENTE con el de otros órganos reguladores de servicios públicos, a los efectos de tener economía y eficiencia en la gestión. Se debería complementar esta disposición con la coordinación del ENTE con su par a nivel nacional a los efectos de evitar duplicaciones de esfuerzos.

4. La Reglamentación de la ley:

De lo analizado hasta aquí, puede decirse que, en general, la ley provincial sobre marco regulatorio apunta a seguir y participa del espíritu del proceso llevado a cabo a nivel nacional. A fin de concretar aún más esta posición adoptada por la Provincia en ocasión de la transformación del sector, resultará conveniente reglamentar un considerable número de temas que se detallan a continuación. Los mismos pueden agruparse en:

- a) Aquellas materias que la misma ley encomienda la reglamentación al Poder Ejecutivo.
- b) Aquellas materias que, sin estar expresamente encomendada su reglamentación, la misma resulta conveniente.

c) Aquellas materias que fueran objeto de comentario de acuerdo a los capítulos anteriores del presente informe, cuya reglamentación es necesaria.

a.- Conforme a los términos de la ley se le encomienda al Poder Ejecutivo la reglamentación para lo cual la primera herramienta con que cuenta será el decreto sin perjuicio de instrumentar reglamentaciones por medio de normas de inferior rango. Así, por ejemplo, los temas indicados son:

- * la determinación de los módulos de energía y potencia para la consideración de los grandes usuarios (art. 7);

- * la determinación del porcentual del canon y la fecha de inicio de percepción (art. 24, inc. i);

- * la determinación de los demás requisitos y condiciones particulares de los contratos de concesión (art. 20);

- * la determinación del alcance de la obligación de los agentes de operar y mantener las instalaciones (art. 24);

- * las sanciones a los actos de los agentes que impliquen competencia desleal (art. 27);

- * la determinación de los modos y plazos para el otorgamiento de nuevas concesiones (art. 29);

- * la determinación del modo y plazos para los supuestos de falta de pago (art. 32);

- * las modalidades para velar por la libre competencia, así como el carácter de empresa controlante o vinculada de alguno de los participantes en las sociedades inversoras y la caracterización de la posición dominante (art. 37 inc. g);

- * las disposiciones que regulan el suministro de energía eléctrica (arts. 39 y 40 inc. a);

- * la determinación de la vigencia del cuadro (art. 46 inc. a);

- * la modalidad de ajustes menores de tarifas que no requieran de audiencia pública (art. 48);

- * los criterios para asignar los valores porcentuales de la tasa de fiscalización y control del ENTE (art. 64);

- * la fijación de intereses punitivos para la mora por falta de pago de la tasa (art. 65).

b.- Un segundo grupo, según se ha dicho, está constituido por aquellas materias que resulta conveniente su reglamentación.

- * Pautas mínimas de calidad. Resulta importante determinar en una disposición legal con rango de decreto reglamentario, las pautas mínimas de calidad que se exigirán en los contratos de concesión, por cuanto, como es sabido, junto con el bloque normativo relativo al tema de tarifas, permitirá a los inversores en la provincia tener ciertas reglas de juego claras y básicas. Podría aprovecharse el decreto que disponga la ejecución de la privatización.

- * Exclusividad de las concesiones. Dado que ni la ley de transformación del sector ni la ley de marco regulatorio, indican el carácter exclusivo en la presentación del servicio -justificado en el carácter de monopolio natural que tiene la explotación de estas actividades- debería incluirse tal característica, cuanto menos para el futuro y, en su caso, debiendo respetar los derechos de ciertas cooperativas existentes, etc.

- * Costos propios de distribución. Es necesario precisar cómo se constituye o integra el CPD y su asignación en función del nivel de tensión y modalidad de consumo.

- * Pase a tarifas. Otro aspecto importante a incluir en la reglamentación es el pase a tarifas precio compra de la eléctrica, no sólo el precio estacional del MEM, sino también el de los contratos a término celebrados mediante licitación pública como lo reconocen algunos marcos regulatorios provinciales.

*Intervención de la concesionaria. A diferencia de lo que ocurre en otros marcos regulatorios, en el caso de Mendoza, se reconoce la facultad del poder público de determinar la intervención de la concesionaria, lo que por lógica, procede en supuestos excepcionales. Sin embargo, si no se llegara a precisar los supuestos que permitan la intervención y el carácter que la intervención tiene, se genera un elemento más de incertidumbre para quienes operen y gestionen la empresa. En tal sentido, podría resultar apropiado determinar que la intervención sólo procede cuando el fin perseguido por el regulador no se puede obtener mediante otra medida que no sea la intervención y que sólo tiene carácter preventivo, cesando cuando el concesionario dio cumplimiento a la obligación que diera motivo a la intervención.

c.- El tercer grupo de materias son aquellas que fueran objeto de comentario en los capítulos anteriores:

- * Delimitación más clara entre la jurisdicción nacional y provincial.
- * Clarificación conceptual entre jurisdicción provincial y otorgamiento de concesión.
- * Supuestos tipificados de intervención del Estado, vía empresarial.
- * Canon que deberán abonar las distribuidoras.
- * Limitación del número de los sujetos a quienes se les limita la participación en diferentes negocios de la industria.
- * Cuadro tarifario y períodos de gestión. Extensión del cuadro tarifario.
- * Administración del Fondo Provincial Compensador de Tarifas.
- * Determinación de prevalencia entre los criterios mencionados por la ley para la compensación de tarifas.
- * Estructura orgánica y funcional del ENTE.
- * Aprobación de tarifas.
- * Responsabilidad en su Presidente de los aspectos administrativos del ENTE.
- * Determinación de la tasa de fiscalización y control a pagar por los distribuidores.

II. Proceso de Privatización de EMSE.

Los principios a seguir en la transformación del sector eléctrico han sido establecidos por ley, motivo por el cual a continuación se comentarán los aspectos más relevantes. En primer lugar se debe comentar que faculta al Ejecutivo a dividir EMSE separando las actividades de distribución de las de generación, considerando a la primera, de acuerdo con lo dispuesto en el marco regulatorio, como actividad de servicio público. A su vez, instruye al Poder Ejecutivo a constituir nuevas sociedades anónimas, EDEMSA y EDESTESA, a las que se les transferirá la concesión de EMSE para los servicios de distribución, y GEMSA, cuyo objetivo es la generación. A su vez el alcance de las áreas de concesión que correspondan a EDEMSA y EDESTESA las deberá realizar el Poder Ejecutivo.

La valuación de estas nuevas sociedades se realizará por el método de flujo neto de fondos descontado, en concordancia con los procesos llevados a cabo por la Nación. Este método tiene implícito un concepto de valor económico del negocio que asegura conseguir una organización armónica del sector sobre todo en la relación de tarifas, costos, calidad de servicios y los pagos que se efectúen por las privatizaciones.

El capital social de la empresa EDEMSA se dividirá en cuatro clases de acciones, estando dos de ellas orientadas hacia los consumidores de energía, una y otra hacia inversores locales e institucionales, siendo facultad del Poder Ejecutivo, en este último caso, determinar los alcances de los descuentos que eventualmente pudieran darse. Las otras dos clases corresponden: una con un alcance

del 10%, al programa de propiedad participada para los trabajadores, y la otra, con el 51% del capital representan la clase "A", que será objeto de licitación.

En el caso de EDESTESA, el capital se divide en 90% para las Cooperativas Eléctricas, mientras que el 10% se asignará a los empleados.

La venta de la clase "A" se realizará en forma conjunta, para EDEMSA en licitación pública internacional, en tanto para EDESTESA bajo contratación directa con una sociedad inversora constituida únicamente por las Cooperativas Eléctricas existentes en la Provincia. El Gobierno también queda facultado a disponer que todas o parte de las acciones clase "B" y "C", que son las primeras comentadas, se vendan en forma conjunta con las de la clase "A".

Comenzando por la Empresa EDEMSA puede decirse que no se encuentra justificación a la limitación impuesta del 60% de participación en el capital de la Sociedad Inversora que adquiriera el capital de la concesionaria, lo que supone además que nadie puede adquirir en forma directa -y no por interpósita persona jurídica como ocurre en el caso de la Sociedad Inversora- el capital por transferir. Además, atento al grado de detalle que la ley tiene respecto del proceso de privatización, sería conveniente que la reglamentación estableciera como criterio de adjudicación el precio más alto de la oferta económica. Asimismo, la reglamentación debería aprobar el Estatuto de la Sociedad Concesionaria, dado que a tenor de la diversidad de clases de acciones y diseminación del capital, el mismo debe incluir qué porcentaje se necesitará para las mayorías en Directorio y Asamblea en temas de relevancia como aportes de capital, modificación de Estatutos, etc.

Respecto de la empresa EDESTESA, sin perjuicio de las razones que llevaron a decidir la contratación directa, es importante poner de relieve que la reglamentación debería garantizar los mecanismos para que el precio de venta sea un precio de mercado. De lo contrario se correría el riesgo de afectar el patrimonio que hasta ese momento será del Estado. En efecto, contratación directa no impide, sino por el contrario es más necesario aún, transparencia y publicidad de los mecanismos que llevan a la contratación de un sujeto determinado y no a otro.

Asimismo podría contemplarse la posibilidad de exigirle al conjunto de cooperativas que adquieran el capital de EDESTESA, al contar con un operador que reúna los mismos requisitos exigidos a EDEMSA aunque en este caso no le sea exigible contar con un 20% del capital de la Sociedad Inversora. Dicho operador podría seleccionarse por licitación. Ello permitiría a todos los usuarios de la Provincia recibir un servicio el cual es operado por empresas de experiencia internacional y consolidada en el sector eléctrico. Abona esta idea el hecho de que nada justifica un tratamiento de algún modo diferencial, entre los usuarios de un área y de otra.

No queda suficientemente claro si, además de proceder a la venta del capital de la empresa concesionaria a las cooperativas por intermedio de una Sociedad Inversora, aquellas seguirán prestando el servicio -previa adecuación al marco regulatorio- en aquellas zonas donde actualmente lo hacen.

El Capítulo IV trata sobre las condiciones que deben figurar en los contratos de concesión de las distribuidoras; sus partes más salientes son:

- * Deberán contener un cuadro tarifario inicial.
- * La definición de la calidad de servicio y el régimen de sanciones.
- * Mecanismo de una nueva licitación al cabo de los dos primeros períodos de gestión.

Los tres puntos anteriores merecen ser comentados especialmente. Los tres hacen a un sistema de regulación interligado; al incluirse en los pliegos de licitación un cuadro tarifario inicial, los oferentes deben tenerlo en cuenta al hacer su oferta y, de hecho, están aceptando los niveles tarifarios que por el mismo se han fijado; el régimen de sanciones basado en indicadores de calidad de servicio asegura que los concesionarios han de realizar las inversiones necesarias para mantener la calidad de

servicio en niveles compatibles con los exigidos en el contrato de concesión. De esta manera se establece una regulación indirecta donde el ENTE sólo tiene que supervisar unos pocos indicadores, principalmente técnicos.

No obstante lo comentado en el párrafo precedente, subsiste un problema debido a que con el tiempo es necesario adecuar las estructuras tarifarias a los cambios que se van produciendo en los costos de presentación del servicio. Estos cambios obedecen a muchas razones, entre las que se pueden mencionar cambios en las conductas de consumo, cambios tecnológicos, tanto en el lado de la demanda como en la oferta, nuevas radicaciones de demanda, nuevas modalidades de organización, etc. Algunos de estos cambios pueden preverse y, consecuentemente, diseñar modalidades que permitan su transferencia automática, tal el caso de los cambios en los precios de adquisición de energía en el Mercado Eléctrico Mayorista, pero hay otros que no, saturación de un área y necesidad de cambiar la tensión en la red de distribución, por ejemplo, de forma tal que una revisión tarifaria periódica es ineludible.

Al modificarse las tarifas aceptadas por el concedente, tanto en estructura como en niveles, la empresa concesionaria se verá tentada, dado su carácter de monopolista, a reclamar en la búsqueda de mayor rentabilidad, niveles tarifarios mayores, lo que normalmente conduciría a largas y engorrosas discusiones con el concedente. La forma en que se solucionó el problema a nivel nacional fue diseñar un sistema que en definitiva equivale a contestar: “si bien a Ud. no le alcanzan estas tarifas veamos si a algún otro le son suficientes”.

En definitiva, de eso se trata, relicitar al cabo de un cierto período de gestión la totalidad de las acciones clase “A”, para lo cual el accionista mayoritario del concesionario ha dado un mandato al concedente, previsto en los pliegos de licitación. En la nueva licitación puede intervenir el accionista vigente titular del paquete accionario del concesionario; en caso de que su oferta sea mejor, continúa a cargo el porcentaje de capital que tenía en la sociedad concesionaria, pero aceptando las nuevas tarifas que deberá aplicar la concesionaria. Puede pensarse que el accionista titular del paquete mayoritario siempre va a realizar la oferta más alta, pero se debe tener en cuenta que de resultar la oferta de un tercero la ganadora, el monto de la misma se transfiere a aquél en pago de la transferencia de las acciones, de tal forma que el concesionario que opta por seguir, primero tiene un costo de oportunidad y, segundo, acepta las nuevas tarifas.

Como ya se dijo, la ley de transformación ha recogido estos elementos, no obstante, desafortunadamente, aparecen también algunas inconsistencias que deben señalarse. El artículo 14, que reglamenta el procedimiento establece que la venta de las acciones clase “A”, se realizará al concluir los dos primeros períodos de gestión; si se tiene en cuenta que cada uno es de diez años, esto implica que el procedimiento recién se aplica en el año vigésimo de la concesión; por otro lado, los períodos de revisión tarifaria son de cinco años. Este desfase quita eficiencia y hasta torna inútil el procedimiento ya que el concedente no podrá evitar la discusión tarifaria con el concesionario, al menos en las tres primeras revisiones.

El Capítulo VI trata sobre el fin de las concesiones de distribución y dispone que al fin de las mismas el Poder Ejecutivo otorgue una nueva concesión, y establece las condiciones para la misma a través del artículo 16; el inciso d) establece un procedimiento similar al comentado, donde la transferencia de acciones del viejo al nuevo concesionario tiene como contrapartida el pago del monto ofertado, incluso se prevé que el actual concesionario participe de la licitación; obviamente hasta aquí no se puede menos que estar de acuerdo; no obstante el mismo artículo en su inciso b) dice que corresponderá al Estado Provincial un porcentaje de entre el 20 y el 33% del valor de las nuevas concesiones y, además, que “La reglamentación establecerá el porcentaje y los procedimientos a través de los cuales las respectivas empresas deberán abonar los derechos del Estado Provincial. Dicho costo no será reconocido con valor agregado de distribución ni podrá ser trasladado a tarifas”.

Nuevamente se está aquí en presencia de un problema. Un sistema ideado para resolver el final de las concesiones que normalmente estaba signado por un proceso de desinversión, fruto de la

incertidumbre del concesionario y de los largos períodos de vida útil del equipamiento, se ve entorpecido por la inclusión de este inciso b). El transferir acciones como contrapartida del monto de la oferta entre los concesionarios entrante y saliente permite un proceso de inversión continuo a la par que la búsqueda de una mejora en la eficiencia permanente, porque en cuanto mejores condiciones se encuentre la empresa más alta habrá de ser la oferta por sus acciones. Queda implícito entonces que el valor remanente de todo equipamiento cuya vida útil exceda la de la concesión es pagado mediante el monto de la oferta.

El primer concesionario no se preocupará inicialmente por esta cláusula, ya que al ofertar por el flujo de fondos descontado de los próximos treinta años, como está previsto por la misma ley, las quitas que sufra por las retenciones derivadas de la cláusula en cuestión se verán muy atemperadas, porque la tasa de descuento crece exponencialmente con el tiempo, y 30 años es un período suficientemente prolongado. No obstante, a medida que se acerque al final de la concesión irá teniendo fuertes incentivos negativos al proceso de inversión.

El Capítulo VII trata sobre la concesión de GEMSA. En este caso las acciones representativas del capital son de dos clases "A", que serán vendidas en oferta pública y "B", destinadas al programa PPP. Permite el Ejecutivo dividir a GEMSA en más de una empresa según convenga a los fines de la privatización, fija el plazo de las concesiones en 35 años y da un grado de elasticidad al Poder Ejecutivo sobre manejo de las regalías hidroeléctricas, ya que lo faculta a eximir total o parcialmente, durante los primeros 15 años del pago de las mismas al concedente.

La ley dedica el Capítulo IX a tratar la situación del personal de EMSE, instruye al Ejecutivo a reorganizar la dotación de personal, con transferencias a las nuevas unidades empresarias, a promover la formación de empresas integradas por personal que se retire de EMSE para proveer servicios a las nuevas empresas privatizadas, a instrumentar un programa de retiro voluntario, a implementar un sistema para reasignar en otras áreas de la administración personal que no haya quedado enmarcado en las alternativas precedentes. En relación a este tema se puede comentar que las disposiciones anteriores apuntan a solucionar un tema de exceso de personal de manera de reducir el impacto sobre los trabajadores.

La ley incluye un Capítulo, el XIV de Garantías para los Usuarios, donde prevé que las tarifas residuales del cuadro tarifario inicial sean iguales o menores que las actuales, permite variaciones de las mismas siguiendo los movimientos de precios en el Mercado Eléctrico Mayorista (MEM); exige que en cuadro tarifario inicial los valores correspondientes a la etapa de distribución sean menores a los actualmente vigentes, que el Fondo Provincial Compensador de Tarifas asignará los recursos para compensar las tarifas; exige también una reducción, en oportunidad del vencimiento del cuadro de 0.5% anual en el costo agregado de distribución, que deberá trasladarse a tarifas. Puede verse en todo este capítulo la preocupación por que el proceso de transformación signifique mejoras concretas en términos de tarifas a usuarios finales, antes que un medio de recaudación de fondos para el Gobierno. Debe tenerse presente que el valor de las empresas de distribución depende en alto grado de las tarifas que el Gobierno acepte que apliquen, luego si se acepta que éstas fuesen elevadas, se podrían obtener mayores ingresos en la privatización.

Los Capítulos restantes de la ley tratan sobre aspectos que hacen ya más a la política económica general que a la transformación eléctrica, aun cuando se puede ver cierta relación con ella; los temas tratados son: Riego Agrícola, Nihuil IV, Usuarios Electrolintivos, Alumbrado Público, Fondo Fiduciario para Obras Públicas, Proyecto Potrerillos. En relación al riego se prevé mantener el nivel tarifario y compensar la diferencia con el Fondo Compensador de Tarifas. También se prevé, correctamente, que la compensación se vincule con una mayor eficiencia con el uso del agua, del Nihuil IV y de los electrolintivos trata sobre la transferencia de obligaciones.

En lo que atañe directamente a las empresas distribuidoras debería darse un poco más de libertad en cuanto a los convenios celebrados para el alumbrado público.

III. Concesiones, autorizaciones y permisos para aprovechamientos.

El marco regulatorio provincial en el Capítulo V, establece que el ejercicio de actividades relacionadas con la generación (...) será otorgado por el Poder Legislativo mediante concesión, o por el Poder Ejecutivo mediante concesión, autorización administrativa o permiso, para lo cual fija los diferentes supuestos. Existe aquí una diferencia con el tratamiento que, a nivel nacional recibe la generación hidroeléctrica donde todo aprovechamiento requiere concesión otorgada por el Poder Ejecutivo.

Sin embargo, más allá de los instrumentos jurídicos a los que se acuda, es oportuno destacar que el sometimiento de la generación hidroeléctrica al previo otorgamiento de una concesión se funda en la necesidad de reglar el uso del recurso hídrico y no una regulación económica de la actividad. Tal espíritu ha sido acogido por el marco regulatorio provincial al declinar el contenido mínimo que deberán observar los contratos de concesión de aprovechamientos (art. 19), sin perjuicio de los demás requisitos y condiciones particulares que los instrumentos por los que se otorgue el ejercicio de la actividad fije el Poder Ejecutivo (art. 20).

La ley, en el art. 76 y siguiente prevé la convocatoria a todos los interesados a presentar solicitudes para obtener la concesión de emprendimientos de hasta 10.000 kw -que requieren para su otorgamiento de un decreto del Poder Ejecutivo-. En materia de selección de concesionario, la ley acude a un sistema conocido con el nombre de iniciativa privada, que fuera instaurado por medio de la ley de Reforma del Estado (ley 23.696 -año 1989-), para el otorgamiento de concesiones. Como se sabe, mediante este sistema se otorga al iniciador un derecho de preferencia en caso de igualdad de ofertas, lo que por cierto es lógico, pues supone el reconocimiento al esfuerzo realizado a tal fin. Dicho procedimiento se encuentra recogido, adecuadamente, en la ley provincial en los artículos 77 y 78.

A fin de incentivar la presentación de iniciativas y el desarrollo de estos emprendimientos, la ley, correctamente, establece un régimen especial en materia de regalías hidroeléctricas señalando que tales concesiones gozan de un plazo de gracia de hasta 15 años. La iniciativa del gobierno de facilitar las concesiones hidroeléctricas mediante el mecanismo previsto y la posibilidad de obtener el plazo de gracia mencionado para el pago de las regalías apunta al desarrollo de fuentes hidroeléctricas bajo iniciativa de riesgo privado, lo que es coincidente y complementario con la reestructuración propuesta del sector eléctrico provincial.

Es importante destacar que la ley no establece para los restantes supuestos mencionados en el art. 15, ningún procedimiento sobre el modo en que se puede acceder a obtener la concesión. Sólo se dice -art. 17- que la reglamentación deberá asegurar los principios de publicidad y libre concurrencia de los interesados en obtener concesiones y las autorizaciones administrativas previstas en la ley. Será un tema a definir en la reglamentación que se le encomienda al Poder Ejecutivo, el cual deberá fijar un procedimiento concreto, o bien aplicar los procedimientos previstos para otros supuestos como para el caso de una nueva concesión o el anteriormente mencionado de sistemas de iniciativa privada. Alternativamente podrá declarar aplicables otras disposiciones legales de carácter general en las que se fijen los procedimientos de selección de concesionarios.

IV. Proyecto Potrerillos.

La ley de transformación provincial en el Capítulo XVI, establece ciertas disposiciones en torno a concreción de la concesión para aprovechamiento integral del río Mendoza -denominado Proyecto Potrerillos-. A tal fin, fija como medidas a seguir:

a. La adaptación de las disposiciones que rigen actualmente el proyecto, el cual se encuentra licitado en la etapa de precalificación. Tal adaptación se realiza mediante la suscripción de los contratos respectivos, la constitución de sociedades anónimas y la suscripción e integración del capital correspondiente al aporte de la Provincia, así como la celebración de los convenios con el Estado Nacional y demás organismos o sociedades que correspondan (art. 46).

b. Alternativamente, se autoriza al Poder Ejecutivo a convocar a una nueva licitación en el caso de que la única empresa precalificada no realice una oferta que meritúe su adjudicación.

Dada la necesidad de garantizar que el Estado Provincial asumirá los compromisos establecidos en la licitación para dicho proyecto, se crea un patrimonio fiduciario y de afectación específica, el cual se nutre con una porción de los recursos que constituyen el Fondo Fiduciario para Obras Públicas (FFOP) y que son: el 70% de lo obtenido con motivo de la venta de las acciones de las nuevas unidades económicas creadas para la privatización de EMSE; el 50% de las acciones clase "A" de OSMSA; el total de los cánones de las concesiones de distribución de energía eléctrica, durante los primeros 6 años de vigencia de las concesiones; y un porcentaje - no determinado- de los ingresos provinciales que provienen como consecuencia del Impuesto a los Combustibles Líquidos.

No puede emitirse una opinión responsable ni hacer una valoración correcta sobre la decisión que ha adoptado la provincia sin conocer las restantes alternativas de inversión en obras públicas y cómo han sido evaluadas. Daría la impresión de que este proyecto es una decisión de las denominadas "políticas". A nivel nacional se ha dictado una ley por la que se fijó un procedimiento de evaluación de las inversiones públicas, a cargo de la Secretaría de Inversión Pública, mediante un análisis económico de la conveniencia del proyecto en el que se va a invertir y el establecimiento de un orden de mérito del conjunto de las alternativas analizadas desde el punto de vista económico-social. Tal procedimiento constituye un requisito previo a la inclusión en el presupuesto nacional de cualquier inversión pública que se decida.

No obstante, la legislatura provincial autorizó al gobierno para otorgar al adjudicatario del Proyecto Potrerillos de las concesiones para el aprovechamiento del uso del agua y el cauce para la generación de dos centrales hidroeléctricas que actualmente se encuentran bajo la administración de EMSE, previendo incluso la posibilidad de realizar la entrega anticipada durante el período de construcción prevista para el Proyecto Potrerillos (art. 47).

En cuanto a las restantes obras previstas en la ley de transformación del sector eléctrico, las disposiciones establecidas se dirigen fundamentalmente a designar los recursos con que contará la provincia para la ejecución de las mismas (art. 44 y sges., Fondo Fiduciario para Obras Públicas). Más allá de lo que se ha comentado en anteriores oportunidades sobre la administración del Fondo y el destino de los recursos -mencionado en el art. 45- es importante destacar, que el éxito en la realización de las obras que se emprendan vendrá dado, en gran medida, por el sistema de ejecución de dichos contratos. A nivel nacional, la experiencia muestra los importantes resultados obtenidos, incluso en diferentes sectores de la economía (electricidad, transporte, gas, etc.) cuando el gobierno nacional decidió cambiar el sistema tradicional de obra pública por el sistema BOT (Built, Operate and Transfer), método utilizado internacionalmente y que ofrece una mayor transparencia en materia de costos y realización de los trabajos así como una reducción en cuanto a los plazos de ejecución.