



PROYECTO DE LEY

El Senado y la Cámara de Diputados de la Nación...

DEROGACION DEL DECRETO N ° 1560/73 SOBRE LIQUIDACIÓN DE REGALIAS DE LOS NIHUILES

ARTÍCULO 1°. - Derogase el Decreto N° 1.560/73 (B.O. 08/03/1973) con efecto a partir del día siguiente a la entrada en vigencia de la presente ley.

ARTÍCULO 2°. - La regalía prevista en el artículo 43° de la Ley 15.336 por la utilización del Sistema Hidroeléctrico Los Nihuales será liquidada en su totalidad a la Provincia de Mendoza en tanto titular exclusivo de la fuente hidroeléctrica a partir de la entrada en vigencia de la presente ley.

ARTÍCULO 3°. - Comuníquese al Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS

Sra. Presidenta:

El presente proyecto de ley tiene por objeto solucionar el conflicto de las regalías mal liquidadas a la Provincia de Mendoza por la generación de energía a partir de la utilización del Complejo Hidroeléctrico Los Nihuales¹ en virtud del Decreto N° 1.560/73 (B.O. 8-03-1973)² cuya derogación se pretende.

Vale distinguir, que, a diferencia de otras provincias, Mendoza ha desarrollado con recursos propios los sistemas hidroeléctricos, de los Ríos Mendoza y Tunuyán, y adquirió a título oneroso los bienes del Sistema Hidroeléctrico Los Nihuales.

El conflicto entre las Provincias de Mendoza y La Pampa, se basa en dos reclamos efectuados por esta última, partiendo del presupuesto de la interprovincialidad del río Atuel: uno vinculado al uso (consuntivo) de las aguas, y otro relativo a la energía generada (uso no consuntivo) que es el que a su vez origina el reclamo de Mendoza en torno a las regalías mal liquidadas.

¹ El sistema Hidroeléctrico del Río Atuel o “Los Nihuales” comprende: a) el aprovechamiento Hidroeléctrico Nihuil I, conformado por el embalse El Nihuil (1947) y la Central hidroeléctrica Nihuil I (75 MW) “Ing. Juan Eugenio Maggi”; b) el aprovechamiento Hidroeléctrico Nihuil II, conformado por la presa Aisol (1969) desde la que se alimenta la Central Hidroeléctrica Nihuil II (131,2 MW), c) el aprovechamiento Hidroeléctrico Nihuil III, conformado por la presa Tierras Blancas (entró en servicio en 1977) y la Central hidroeléctrica Nihuil III (52 MW); d) el embalse Valle Grande (1964) a la que se agrega la Central hidroeléctrica Nihuil IV (30 MW), que entró en operaciones en 1997. A efectos de la privatización del sector eléctrico, y concretamente del Sistema Hidroeléctrico “Los Nihuales”, la Provincia de Mendoza celebró un acuerdo con la Nación, que se instrumentó mediante dos Acta-Acuerdo suscriptas durante los años 1.992 y 1.993, que fueron ratificadas por Decreto Nacional N° 2.259/93 y por las leyes Provinciales N° 5.825 y 6.087 respectivamente. En virtud de ellas, se acordó la transferencia a la Provincia de Mendoza de las Obras del Sistema descripto (menos la Central Nihuil IV que no se construyó posteriormente y se encuentra exenta del pago de regalías). En el caso del Embalse El Nihuil, la transferencia fue a título gratuito en cumplimiento del Tratado de 1947 celebrado entre el Gobierno Nacional y la Provincia de Mendoza. La transferencia involucró, además de los bienes (presas, centrales, líneas) el personal afectado a la explotación.

² Cuyo artículo 1° establece: “La Empresa del Estado Agua y Energía Eléctrica, deberá liquidar el porcentaje del 5% a que alude el artículo 43 de la ley nacional 15.336 (XX-A, 67) sobre régimen de la energía eléctrica y con relación al Complejo de El Nihuil, en partes iguales entre las provincias de Mendoza y La Pampa”.



Ambos reclamos son independientes entre sí y la Corte Suprema de Justicia de la Nación los aborda y resuelve sobre la base de criterios legales y funciones diferentes.

En lo relativo al uso de las aguas, han recaído pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los años 1987 (Fallos 310:2478); 2017 (Fallos 340:1965) y 2020. Es importante señalar que, en lo relativo a este aspecto, la Corte no intervino en su carácter de Tribunal jurisdiccional (para juzgar de acuerdo a lo dispuesto por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional), sino en uso de sus facultades *dirimentes*, resolviendo de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 127 de la Carta Magna (para evitar conflictos entre Provincias) utilizando para ello criterios sustentados en la costumbre internacional, la equidad, la buena fe, etc.

Respecto de que criterio seguir para el pago de las regalías previstas por el uso no consuntivo del agua en la energía hidroeléctrica, el 16 de septiembre de 2003 la Corte Suprema de Justicia en el fallo "Chaco, Provincia del c/ Estado Nacional s/ acción declarativa" vino a resolver la cuestión cuando afirmó que "el texto del art. 43 modificado por la ley 23.164 establece que "las provincias en cuyos territorios se encuentren las fuentes hidroeléctricas percibirán mensualmente el doce por ciento (12%) del importe que resulte de aplicar a la energía vendida a los centros de consumo, la tarifa correspondiente a la venta en bloque determinada según los mecanismos establecidos en el art. 39. En el caso que las fuentes hidroeléctricas se encuentren en ríos limítrofes entre provincias o que atraviesen a más de una de ellas este porcentaje del (12%) doce por ciento se distribuirá equitativa y racionalmente entre ellas". Es evidente que se consagra así un criterio de participación entre los estados provinciales en los que se encuentran ubicados las "fuentes hidroeléctricas"."

Asimismo, la Corte enuncia que "Otras disposiciones de la regulación federal en materia hidroeléctrica aluden a las "fuentes". Así el art. 5 especifica que "la energía de las caídas de agua" es una cosa jurídicamente distinta del recurso acuífero y del lecho, y el art. 15, inc. 9, alude expresamente a las "fuentes de energía hidroeléctrica" para reconocer el canon que abonará el concesionario en concepto de regalías".

En igual sentido se ha pronunciado la Procuración del Tesoro de la Nación en el Dictamen N°. 163/15 de la Procuración del Tesoro de la Nación, en el Expte. "PTN N.º S04:0045740/14 N° original S01:0176346/02 MINISTERIO DE



PLANIFICACION FEDERAL, INVERSIÓN PÚBLICA Y SERVICIOS”, adoptando el criterio de la “fuente hidroeléctrica” para distribuir las regalías del Complejo Hidroeléctrico Los Nihuales, todo esto de conformidad a lo establecido en el Artículo 43 de la Ley N° 15.336 modificada por la Ley N° 23.164.

Esta recepción jurisprudencial de la teoría de la fuente hidroeléctrica implica que es necesario derogar el decreto N° 1560/73. El criterio de la fuente hidroeléctrica establece que debe percibir las regalías el Estado donde está la pendiente por la que se precipite agua que genere electricidad, esto desde el punto donde el agua se acumula (punto de embalse) hasta el punto donde se turbinan (puesto de generación). Es decir que el tramo del río Atuel efectivamente aprovechado para generar energía eléctrica mediante el complejo Hidroeléctrico Los Nihuales se desarrolla totalmente en territorio de la provincia de Mendoza.

Respecto del conflicto energético, en 1971 la Provincia de La Pampa formuló ante la ex Secretaría del Estado de Energía un reclamo administrativo referido a las regalías que la ex empresa Agua y Energía pagaba a Mendoza por el uso de las fuentes hidroeléctricas que se estaban explotando en el río Atuel, alegando para ello el carácter interprovincial del río.

En 1973, el Poder Ejecutivo Nacional de facto a cargo del General Lanusse, ordenó ilegítimamente a través del decreto N° 1.560/73 que Agua y Energía liquidara en favor de La Pampa el cincuenta por ciento (50%) de las regalías que pagaba a Mendoza, situación que se mantiene hasta el presente, pese a los reiterados esfuerzos de Mendoza por derogar el citado Decreto.

El 05 de Julio de 1973, la Provincia de Mendoza sancionó la ley N° 3.914 (B.O. 23/08/1973) autorizando al Poder Ejecutivo a rechazar cualquier clase de quita o deducción en el porcentaje que le correspondía percibir a la provincia en concepto de regalía por el aprovechamiento hidroeléctrico del Río Atuel, (artículo 1) y a retener de los créditos que la Provincia pudiera tener contra Agua y Energía por suministro de energía, una suma igual a la quita o deducción de la regalía aplicada por el Gobierno Nacional (artículo 2), lo que nunca llegó a materializarse.

Desde 1973 la Provincia de Mendoza viene solicitando la derogación del Decreto 1.560/73, lo que ha merecido dictamen favorable de la Secretaría de Recursos Hídricos de la Nación y del Procurador del Tesoro de la Nación a través



de Expediente N° PTN N° S04:0045740/14 (N° original S01:0176346/02) del ex Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios.

1) Criterio de la “fuente” Hidroeléctrica

Las centrales del complejo Hidroeléctrico Los Nihules son las únicas que, por disposición del Decreto N° 1.560/73, no aplican la teoría de la *fuente* hidroeléctrica para la determinación de las regalías, utilizando otros criterios *paralegales* o de tipo “político”, contraviniendo el régimen legal establecido en el marco regulatorio eléctrico federal.

Según el artículo 43° de la ley 15.336 (modificado por la ley 23.164) “Las provincias en cuyos territorios se encuentren las *fuentes* hidroeléctricas percibirán mensualmente el doce por ciento (12%) del importe que resulte de aplicar a la energía vendida a los centros de consumo, la tarifa correspondiente a la venta en bloque determinada según los mecanismos establecidos en el artículo 39. En el caso de que las *fuentes* hidroeléctricas se encuentren en ríos limítrofes entre provincias, o que atraviesen a más de una de ellas, este porcentaje del doce por ciento (12%) se distribuirá equitativamente entre ellas”.

La interpretación de esta norma, da origen a dos teorías en torno a la liquidación de las regalías en el caso de ríos interprovinciales.

Por un lado, la llamada “*teoría de la fuente hidroeléctrica*” que señala que sólo las provincias en las que se encuentra la “*fuente*” hidroeléctrica, entendida como el tramo del río efectivamente aprovechado para la generación de electricidad (básicamente donde se encuentra la pendiente y el tramo ocupado por el embalse hasta la central de generación), tienen derecho a percibir regalías. Por otro lado, *la teoría del Río*, sostiene que si un río es interprovincial todas las provincias *ribereñas* con ese río tienen derecho a percibir regalías por el aprovechamiento hidroeléctrico³.

La teoría de la *fuente hidroeléctrica* es la que aplica nuestro país para liquidar las regalías en cuarenta y tres centrales hidroeléctricas de todo el país, con la

³ Es de señalar que el Decreto N° 1.560/73 tampoco realiza estricta aplicación de esta teoría, en tanto sus fundamentos establecen que fue dictado para “reparar” un supuesto perjuicio provocado por los embalses del Complejo Los Nihules, lo que de ninguna manera encaja en el concepto de regalía. La regalía es abonada por la privación de la energía que las provincias titulares de la fuente (en tanto bien del dominio público provincial) reciben a título de compensación dispuesta por la Ley N.° 15.336.

única excepción del complejo hidroeléctrico Los Nihuales. Luego del dictado de los decretos que reglamentan el artículo 43° de la ley 15.336 y la que sustenta la Corte Suprema de Justicia de la Nación en todos sus fallos⁴. En estos casos, a diferencia de lo resuelto en lo relativo al uso del recurso, la Corte Suprema actúa en ejercicio de funciones *jurisdiccionales* (no dirimientes), interpretando normas del marco regulatorio eléctrico federal (fallos 320:1302) conforme estrictos criterios legales.

En este sentido, la Dirección Nacional de Prospectiva de la Secretaría de Energía reconoció que el tramo del río Atuel efectivamente aprovechado para generar energía eléctrica (fuente hidroeléctrica) mediante el Complejo Hidroeléctrico Los Nihuales, discurría *totalmente en territorio de la Provincia de Mendoza, y por lo tanto sólo a esa provincia le correspondía percibir la regalía*⁵.

2) La resolución del conflicto: Derogación del Decreto N° 1.560/73

Si bien el río Atuel es un río interprovincial "de curso sucesivo" (que atraviesa primero Mendoza y luego La Pampa), todas las presas y centrales hidroeléctricas que conforman el Sistema del Atuel (entendidas jurídicamente como *fuentes hidroeléctricas*) se encuentran en la Provincia de Mendoza.

En consecuencia, y como bien señaló el Sr. Procurador del Tesoro de la Nación en el dictamen del expediente citado, las pautas que emanan del Decreto N° 1.560/73 *“son claramente incompatibles con el Régimen Federal de Energía Eléctrica en el cual está interesada toda la Nación en el marco de la Ley N° 15.336 y sus modificaciones”*⁶.

Agrega además que: *“mantener el criterio que se desprende del Decreto N° 1.560/73, resultaría incompatible con la normativa y jurisprudencia actualmente aplicable e importaría reconocer **el pago indebido e injustificado a favor de la Provincia de La Pampa** en desmedro del interés público que ampara el régimen federal hidroeléctrico en beneficio de todo el país”*⁷.

⁴ La teoría de la fuente hidroeléctrica ha sido sustentada pacíficamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso Chaco (v. Fallos 326:3521), y además es la sustentada por una homogénea doctrina administrativa a partir del dictado de los Decretos N° 1.398/ 92 (B.O. 11-8-92) y N° 141/95, y las Resoluciones de Secretaría de Energía N° 8/94 y N° 158/95.

⁵ Expediente N° PTN N° S04:0045740/14 (N° original S01:0176346/02) fs. 43.

⁶ Expediente N° PTN N° S04:0045740/14 (N° original S01:0176346/02) fs. 76 vta.

⁷ Expediente N° PTN N° S04:0045740/14 (N° original S01:0176346/02) fs. 77



En este orden de ideas, y tal como lo ha reconocido la Corte Suprema⁸, la Procuración del Tesoro señala que no es posible sustituir la aplicación de las normas del régimen energético federal vigente, por los principios derivados de la costumbre internacional y por las normas del derecho consuetudinario, tal como se realiza en los casos donde dicho Tribunal actúa con facultad dirimente por no resultar de aplicación específica al reclamo por las regalías.

En virtud de lo expuesto, se debe detener el efectivo lesivo que genera el Decreto 1.560/73 para la Provincia de Mendoza, y por lo tanto comenzar a liquidar las regalías por el uso del complejo hidroeléctrico Los Nihules, conforme determina el artículo 43 de la Ley 15.336 y su decreto reglamentario, es decir en su totalidad a la Provincia de Mendoza.

En consecuencia, a partir de la vigencia de la presente ley, y como consecuencia de la derogación del citado Decreto, la regalía deberá liquidarse en forma completa a la Provincia de Mendoza.

3) Determinación del daño por la privación de regalías mal liquidadas.

La regalía no posee naturaleza jurídica indemnizatoria, sino que constituye una contraprestación por el uso de un bien del dominio público provincial: la *fuentes* hidroeléctrica.

La Pampa no participa del dominio de la fuente hidroeléctrica, por lo que carece de todo derecho a percibir la regalía por su aprovechamiento. Por su parte, la Nación no puede por vía de Decreto (una norma de inferior jerarquía que la Ley 15.336) disponer su privación al único y legítimo titular de la fuente hidroeléctrica (integrante del dominio público provincial).

A fin de determinar (y cuantificar) el monto del daño sufrido por la Provincia de Mendoza por la privación antijurídica de las regalías –importe dejado de percibir- deberá iniciar o proseguir los procedimientos judiciales o administrativos correspondientes.

Es por todo lo expuesto que solicito a mis pares su acompañamiento en este proyecto de Ley.

Jimena H. Latorre

Lisandro Nieri, Julio Cobos, Pamela Verasay

⁸ Corte Suprema de Justicia de la Nación, fallos 326:3521.



DIPUTADOS
ARGENTINA