

LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO DE LOS DISTRIBUIDORES DE ELECTRICIDAD ANTE LA CRISIS ENERGÉTICA

por JUAN MANUEL CARASSALE

I. EL SENTIDO E IMPORTANCIA DE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO EN LA ESTRUCTURA DE LA REGULACIÓN ELÉCTRICA

En estos días se han reiterado públicamente las informaciones que pronostican posibles situaciones de desabastecimiento de energía eléctrica en nuestro país, que se originarían por la insuficiente capacidad de la infraestructura de generación de electricidad para atender al crecimiento de la demanda, sumada a la escasez de gas natural u otros combustibles utilizados por las centrales de generación termoeléctrica, como así también, eventualmente, a las limitaciones de la capacidad de transporte eléctrico del sistema de alta tensión.

Frente a ello, resulta interesante repasar el alcance de la obligación de suministro asumida por los distribuidores de energía eléctrica, especialmente ante supuestos —como los que se vaticinan para nuestro país— en los que las dificultades para el abastecimiento se suscitarían en los segmentos de generación y transporte de electricidad y no —en principio— en las instalaciones a cargo de aquéllos ¹.

¹ No se descarta que puedan producirse fallas en el servicio eléctrico originadas en las instalaciones de distribución, pero el núcleo de las dificultades estructurales que afronta actualmente nuestro país para satisfacer la creciente demanda de electricidad se encuentra en la infraestructura que determina la oferta mayorista de energía eléctrica, constituida por el parque de generación y su vinculación física con los centros de consumo.

Esto ha sido repetidamente señalado por CAMMESA, la entidad a cargo de la administración del mercado eléctrico mayorista, y posteriormente reconocido por las autoridades regulatorias, tal como surge, por ejemplo, de los considerandos de la res. 712/2004 de la Secretaría de Energía (SE), del 12/7/2004, mediante la que se crea un fondo destinado a financiar obras tendientes a incrementar la oferta de energía eléctrica en el mercado mayorista ("Foninvemem"). Allí se expresa que "surge del informe 'Evaluación de Riesgos de Mediano y Largo Plazo —período 2004-2007', elevado por la Compañía Administradora del Mercado Mayorista Eléctrico (...) la necesidad de incrementar la infraestructura disponible para asegurar el abastecimiento de gas natural a centrales de generación eléctrica a más tardar en el invierno del año 2006, y equipamiento para generación y/o transporte de energía eléctrica a partir del año 2007, existiendo el riesgo potencial de incapacidad de satisfacer la demanda de energía eléctrica creciente si la infraestructura en la que se funda la oferta de energía eléctrica se mantiene estancada".

La obligación de suministro es aquella asumida por los concesionarios del servicio público de distribución de energía eléctrica en virtud de la cual éstos se encuentran comprometidos a satisfacer toda demanda de energía eléctrica en su área de concesión, conforme a las normas que reglamentan el servicio.

El marco regulatorio nacional del sector eléctrico, aprobado por la ley 24.065, establece expresamente esa obligación en su art. 21, que dispone: “[l]os distribuidores de energía deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión”. Las regulaciones provinciales alineadas con los principios de la ley 24.065 contienen disposiciones similares².

Este deber se encuentra ligado a uno de los caracteres esenciales de cualquier servicio público, como es el principio de “obligatoriedad”, que impone a quien está a cargo de su prestación la obligación de suministrarlo a quien lo requiera; y al principio de “generalidad”, en virtud del cual todos los habitantes tienen derecho a gozar del servicio público, de acuerdo con las normas que lo rigen³.

La obligación de suministro es clave en la estructura jurídica y económica de la regulación del sector eléctrico desde su transformación iniciada a partir de la ley 24.065.

En la idea de quienes tuvieron a su cargo el diseño de la regulación eléctrica, esta obligación de los distribuidores estaba destinada a impulsar el desarrollo general de la industria eléctrica. Con esta obligación y, especialmente, con la amenaza de sanciones por su incumplimiento, se estableció lo que se consideró eran los principales estímulos a la inversión para mejorar y ampliar no sólo las instalaciones propias del sistema de distribución, sino también —indirectamente— la infraestructura de generación y transporte.

En este sentido se ha dicho que “una clave importante para el desarrollo del mercado está contenida en el contrato de concesión de los distribuidores reconocidos como agentes del MEM. En estos contratos, la obligación de suministrar (a riesgo de ser severamente penalizado) le impone al distribuidor la necesidad de garantizarse niveles de suministro adecuados para atender su demanda. En el mercado, esta garantía puede obtenerse a través de contratos a término en condiciones de cantidad y precios libremente pactados con los generadores u otros vendedores mayoristas de electricidad... Los contratos a término, a su vez, añaden mayor estabilidad a las actividades futuras de los generadores, brindando estímulos para la expansión de la capacidad de generación y transporte en caso de vislumbrarse futuros faltantes de oferta de estos elementos”⁴.

Por otro lado, la obligación de suministro de los distribuidores ha sido históricamente considerada como un pilar fundamental en el modelo de “regulación por incentivos”. Bajo este esquema, la autoridad regulatoria no buscó imponer estrategias de inversión ni intervenir en la dirección del negocio a cargo de los concesionarios, sino que se limitó a exigir el cumplimiento de una serie de metas de calidad del servicio, en función de las cuales se desarrollaría la tarea de fiscalización de los organismos de control. De

² Así, por ejemplo, Mendoza: ley 6497, art. 31; Buenos Aires: ley 11.769, art. 30; Salta: ley 6819, art. 68; Río Negro: ley 2902, art. 28; etc.

³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, ps. 81 y 82.

⁴ BASTOS, Carlos M. - ABDALA, Manuel A., *Transformación del sector eléctrico argentino*, 2ª ed., Córdoba, 1995, p. 181.

esta forma, el Estado evitaba interferir en la función de producción de la empresa, en su estructura de costos, en su programa de inversión y, en general, en la determinación de los *medios* que habrían de emplear los prestadores para lograr el cumplimiento de sus obligaciones, y se limitaba a aplicar sanciones en caso de no verificarse el cumplimiento de los resultados previstos ⁵, garantizando, en los demás, un cierto ámbito de *libertad de empresa*.⁶ Por otro lado, esas sanciones, más allá de su función punitiva, tenían por objetivo principal brindar una señal económica al prestador tendiente a incentivar las inversiones necesarias para evitar tales infracciones en el futuro ⁷.

En ese contexto y en vista de aquellos objetivos de la regulación, es que puede entenderse plenamente el sentido con que fue creada la obligación de suministro. El regulador confió en que ella sería estímulo suficiente para que los distribuidores tomaran a su cargo la responsabilidad de adoptar los medios necesarios para satisfacer su demanda, aun cuando ello involucrara el desarrollo de infraestructura ajena al segmento de distribución, asumiendo —a la vez— un conjunto de riesgos que podían exceder también el ámbito de su propio segmento de actuación, ya que aquella responsabilidad implicaba de alguna manera asumir ciertas consecuencias de la actuación de terceros (transportistas y generadores). Más adelante se verá, sin embargo, que ello no significa que la obligación de suministro tenga un alcance ilimitado.

II. EL “APROVISIONAMIENTO SUFICIENTE” COMO CONDICIÓN NECESARIA PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SUMINISTRO

La obligación de suministro asumida por los distribuidores supone una serie de obligaciones instrumentales, entre las que se destaca el deber de asegurarse las fuentes de *aprovisionamiento* de energía eléctrica, necesarias para satisfacer la demanda de los usuarios.

Esta responsabilidad por el aprovisionamiento de energía, necesario para su ulterior distribución a los usuarios, ha sido impuesta expresamente a los distribuidores a través de diversas disposiciones de la regulación, en particular (y en cuanto a los distribuidores de jurisdicción nacional), el dec. 1398/1992 —reglamentario de la ley 24.065— y los contratos de concesión:

En este sentido, el art. 21, dec. 1398/1992, dispone que “[l]os distribuidores deberán satisfacer toda demanda de provisión de servicio de electricidad durante el término de la concesión, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento, celebrando

⁵ BASTOS, Carlos M. - ABDALA, Manuel A., *Transformación...*, cit., p. 167.

⁶ Ese ámbito de *libertad de empresa* del distribuidor de electricidad, que surge del texto de la reglamentación del servicio a su cargo, podría inferirse, además, del principio constitucional que garantiza la libertad de ejercer cualquier industria lícita (art. 14, CN), también aplicable —en mi opinión— a los concesionarios de servicios públicos, con las limitaciones que resulten de los términos de la habilitación que les hubiera sido otorgada. Respecto de este tema, ver DE LA RIVA, Ignacio M., “La libertad de empresa en los servicios públicos concesionados”, RDA, 2003, ps. 304 y ss.

⁷ AGUILAR VALDÉZ, Oscar, “Competencia y regulación económica. Lineamientos para una introducción jurídica a su estudio”, en *Servicio público, policía y fomento*, Jornadas de la Universidad Austral, RAP, Buenos Aires, 2003, p. 118.

los contratos de compraventa de energía eléctrica en bloque que considere conveniente. No podrán invocar el abastecimiento insuficiente de energía eléctrica como eximente de responsabilidad por el incumplimiento de las normas de calidad de servicio que se establezcan en su contrato de concesión. El Estado nacional no será responsable, bajo ninguna circunstancia, de la provisión de energía eléctrica faltante para abastecer la demanda actual o futura del concesionario de distribución”.

Por su parte, el art. 16 de los contratos de concesión de los distribuidores de jurisdicción nacional establece que “[e]s exclusiva responsabilidad de la Distribuidora realizar las inversiones necesarias para asegurar la prestación del servicio público conforme al nivel de calidad exigido en el ‘subanexo 4’, así como la de celebrar los contratos de compraventa de energía en bloque que considere necesarios para cubrir el incremento de demanda dentro de su área”.

Podría decirse que la obligación de adoptar los medios necesarios para aprovisionarse de energía es inherente a la obligación de suministro y está implícita necesariamente en ella, por lo que los preceptos que la establecen expresamente resultarían redundantes.

Sin embargo, se ha dicho en la doctrina especializada que, aun así, ha sido conveniente que la regulación hiciera explícita esta responsabilidad con el fin de asegurarse que la falta de aprovisionamiento no fuera invocada como eximente de responsabilidad por incumplimientos en el suministro a los usuarios finales⁸. Y ello resulta lógico en la medida en que la regulación esperaba que fuera el mismo distribuidor el que asumiera como propio ese inconveniente y procurara su solución.

Desde el punto de vista jurídico, la prestación a cargo del distribuidor y, en particular, aquella con la que se da cumplimiento a la obligación de suministro, contiene básicamente dos tipos de prestaciones, que podrían cada una de ellas ser encuadradas en distintas figuras contractuales: i) la de operar y mantener las redes de distribución necesarias para brindar el servicio, propia de una “locación de servicios” (que podría también abarcar la “locación de obra” en los casos de ampliaciones de la red y otras obras a cargo del distribuidor), y ii) la de comprar y vender energía eléctrica en la cantidad y calidad necesarias para satisfacer la demanda de los usuarios, actividad encuadrable en la figura de la “compraventa”.

El deber de aprovisionamiento atañe especialmente a este segundo aspecto, ya que para “vender” energía eléctrica a sus usuarios, es decir, en el mercado minorista, es necesario que el distribuidor pueda previamente “comprarla”, adquiriéndola en el mercado mayorista. Y —según se desprende de las disposiciones precedentemente transcritas— es el distribuidor el que debe procurarse los medios que hagan posible esa “compra”. En algunos casos, tales medios pueden incluir no sólo la adquisición de la energía eléctrica en el mercado mayorista sino, además, actividades adicionales para que aquélla pueda ser recibida por el distribuidor en su punto de conexión con dicho mercado (v.gr., ampliaciones en el sistema de transporte, etc.).

En otros términos, podría sostenerse que la obligación de suministro, que impone al distribuidor el deber de satisfacer la demanda de energía eléctrica de sus usuarios, requiere la adopción de medios que se presentan en dos direcciones: i) “distribuidor-usuarios” y ii) “distribuidor-mercado eléctrico mayorista”. En la dirección “distribuidor-usuarios”, el distribuidor deberá construir y mantener redes y equipamiento de distri-

⁸ BARREIRO, Rubén A., *Derecho de la energía eléctrica*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, p. 477.

bución aptos para satisfacer la demanda de tales usuarios; en la dirección "distribuidor-mercado eléctrico mayorista", el distribuidor deberá arbitrar los medios necesarios para asegurarse fuentes de aprovisionamiento de la energía que luego deberá entregar a sus usuarios para satisfacer su demanda.

Como consecuencia de este razonamiento, puede afirmarse que la ejecución de obras e inversiones en la red de distribución es un *medio necesario pero no suficiente* para cumplir con la obligación de suministro, puesto que no satisface el deber de aprovisionamiento de energía eléctrica cuya observancia también es necesaria para dar cumplimiento a la obligación de suministro.

Como los problemas que se avizoran en la actualidad para cubrir la demanda de energía eléctrica en ciertas zonas de nuestro país están ligados esencialmente al segmento de generación de electricidad —por la ausencia de inversiones significativas tendientes a incrementar la potencia instalada en los últimos años y especialmente por la escasez de gas natural, el combustible mayormente utilizado por el parque de generación térmica— y al sistema de transporte de energía eléctrica en alta tensión —por la insuficiente capacidad de los vínculos eléctricos entre las fuentes de generación y los principales centros de consumo—, puede decirse que, desde la posición del distribuidor, tales inconvenientes se relacionan más bien con el "aprovisionamiento" de energía eléctrica que con la creación y mantenimiento de una infraestructura de distribución, apta para entregar dicha energía a los usuarios finales.

En consecuencia, nuestro análisis se concentrará especialmente en el alcance de la responsabilidad asumida por los distribuidores por el aprovisionamiento.

III. EL ALCANCE DEL DEBER DE APROVISIONAMIENTO A LA LUZ DEL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES

Como es sabido, la caracterización de los contratos administrativos como categoría especial y autónoma de contratos, diferenciada de los de aquéllos regidos por el derecho privado, ha sido y es materia de debate entre los autores⁹. Sin embargo, conforme a los principios de unidad e integridad del ordenamiento jurídico, aun si se reconociera la existencia de aquella categoría especial, no podría negarse que el contrato administrativo, como especie dentro del género de los contratos, constituye una fuente de obligaciones regidas por la teoría general de las obligaciones, instituida en el Código Civil (lib. II, sec. I)¹⁰.

En tal sentido, y a los fines de determinar el alcance de la responsabilidad asumida contractualmente por el distribuidor de energía eléctrica, resulta útil analizar el deber de aprovisionamiento bajo la óptica de la teoría general de las obligaciones. En particular, de una tradicional clasificación de las obligaciones: aquella que las divide en "obligaciones de resultado", si lo comprometido es un determinado objetivo o resul-

⁹ Ver, entre otros, MAIRAL, Héctor A., "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED 179-673 y ss., quien niega la existencia de esta categoría especial y sostiene la aplicabilidad de los principios generales del contrato, emergentes del derecho privado; y CASSAGNE, Juan Carlos, *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, ps. 189 y ss., entre otros destacados expertos que sustentan la tesis contraria.

¹⁰ Conf. MERTEHIKIAN, Eduardo, *Estudios sobre contratación pública*, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 1996, ps. 201 y 202.

tado, y “obligaciones de medios”, si lo comprometido es una conducta diligente que tiende a un resultado pero éste no está asegurado ni prometido ¹¹.

La distinción es importante no sólo en el plano teórico. Si se caracterizara al deber de aprovisionamiento como una obligación de resultado surgiría para el distribuidor una responsabilidad de carácter eminentemente objetivo. En tal caso, no resultarían relevantes los aspectos subjetivos que pudieran estar ligados a un eventual incumplimiento (es decir, la existencia de *dolo* o *culpa* del distribuidor), por lo que el responsable de esa obligación sólo podría eximirse de su responsabilidad demostrando el caso fortuito o la fuerza mayor ¹², salvo que hubiera tomado a su cargo la fuerza mayor ¹³.

Conforme al texto de las disposiciones transcritas, parece claro que el deber de aprovisionamiento, tanto como la obligación de suministro a cuyo cumplimiento se dirige, constituye una “obligación de resultado”, si se tiene en cuenta especialmente las expresiones “deberán asegurar su aprovisionamiento”, del art. 21, dec. nacional 1398/1992, y “debiendo asegurar sus fuentes de aprovisionamiento”, del art. 25, inc. g), de los contratos de concesión. Por otro lado, el carácter objetivo de las infracciones tipificadas en los contratos de concesión, que se configuran por el mero apartamiento de los parámetros de calidad de servicio técnico y producto técnico, con prescindencia de la culpa del distribuidor, confirman esta conclusión.

En esa línea, el Ente Nacional Regulador de la Electricidad (ENRE) tiene dicho que “el deber de la concesionaria de suministrar el servicio a los usuarios con continuidad, uniformidad, generalidad, obligatoriedad y determinados niveles de calidad constituye, desde el punto de vista jurídico, una obligación de resultado” ¹⁴.

Pero aun frente a una obligación de resultado debe tenerse en consideración la disponibilidad de medios idóneos para cumplirla y evaluarse si tales medios idóneos existen o no, ya que si no los hubiera suficientes, la obligación se tornaría de *cumplimiento imposible*, extinguiéndose o suspendiéndose transitoriamente —según el caso— su exigibilidad.

Y si la insuficiencia de tales medios se debiera a circunstancias que el distribuidor no pudo prever o, previéndolas, no pudo evitar, tendrá la posibilidad de eximirse por aplicación de los arts. 513 y 514, CCiv., probando los extremos del caso fortuito o la fuerza mayor. Así lo ha resuelto el ENRE señalando, con relación a la obligación de suministro, que “es de la esencia de la obligación de resultado la presunción de culpa en caso de incumplimiento, sin perjuicio del derecho de justificarse demostrando la existencia de caso fortuito o fuerza mayor” ¹⁵.

¹¹ MORELLO, Augusto M., *Indemnización del daño contractual*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 153 y ss.; ALTERINI, Atilio A. y otros, *Curso de obligaciones*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 172.

¹² Arts. 513 y 514, CCiv. Ver MORELLO, Augusto M., *Indemnización...*, cit., ps. 153 y ss.

¹³ Es conveniente recordar a este respecto que los contratos de concesión del servicio de distribución de jurisdicción nacional (y los contratos provinciales que siguieron el modelo nacional) reconocen al “caso fortuito o fuerza mayor” como eximente de las sanciones aplicables por incumplimientos en la calidad del servicio (art. 5º.1, subanexo 4 de los contratos de concesión), de modo que no puede afirmarse que los distribuidores asumieron ese riesgo.

¹⁴ Res. 80/1994 ENRE, del 23/6/1994, entre otras decisiones que reafirman esta tesis.

¹⁵ Res. 80/1994 ENRE, mencionada en la nota anterior. Aunque no modifica el núcleo de este análisis, es conveniente aclarar que en las obligaciones de resultado, más que una presun-

En cuanto a los medios ofrecidos al distribuidor, la regulación señala —al menos a título de ejemplo— cuáles son aquellos que considera idóneos para dar cumplimiento al deber de aprovisionamiento, indicando así, de alguna manera, cuáles son las diligencias que espera razonablemente del distribuidor.

Así, el dec. nacional 1398/1992 dispone en el citado art. 21 que los distribuidores deberán asegurar su aprovisionamiento “celebrando los contratos de compraventa de energía eléctrica en bloque que considere conveniente”.

En el mismo sentido, el art. 16 de los contratos de concesión, bajo el título “Inversiones y Régimen de Aprovisionamiento de Energía Eléctrica”, dispone que “[e]s exclusiva responsabilidad de la Distribuidora realizar las inversiones necesarias para asegurar la prestación del servicio público conforme al nivel de calidad exigido en el ‘subanexo 4’, así como la de celebrar los contratos de compraventa de energía en bloque que considere necesarios para cubrir el incremento de demanda dentro de área”.

Al identificar —aun a modo de ejemplo— las diligencias que se esperan del distribuidor a los fines de su aprovisionamiento, la regulación revela de alguna manera la correlación entre la exigibilidad del “resultado” y la disponibilidad de los instrumentos que permiten alcanzarlo.

Así pues, al señalar que el aprovisionamiento deberá asegurarse “celebrando los contratos de compraventa de energía eléctrica en bloque que considere convenientes”, la regulación supone que el distribuidor dispondrá de los siguientes medios: i) uno o más generadores de energía eléctrica con potencia efectiva suficiente para cubrir la demanda y con voluntad de contratar con el distribuidor; ii) infraestructura de transporte en alta tensión suficiente para transmitir la energía producida por el generador hasta la red de distribución y para adecuarla a los niveles de tensión correspondientes, y iii) la posibilidad de contar con recursos económicos suficientes para celebrar y cumplir los contratos a término (posibilidad que, en una actividad regulada como la distribución eléctrica, depende esencialmente de las reglas tarifarias).

Indudablemente, si estos medios se encontraran disponibles y, aun así, el distribuidor omitiera asegurarse el aprovisionamiento suficiente para satisfacer su demanda, incurriría en un incumplimiento inexcusable de su obligación.

El gran interrogante se presenta cuando alguna de las condiciones señaladas se encuentra ausente, de modo tal que el distribuidor careciera de generadores aptos y disponibles para adquirir energía eléctrica en la cantidad o calidad requerida; o de infraestructura apta para su transporte hasta las instalaciones de distribución; o de recursos económicos suficientes para celebrar y cumplir los contratos a término, sin comprometer la viabilidad económica de la concesión y, por ende, del servicio público a su cargo.

En tal caso corresponde establecer si la ausencia de alguna de estas condiciones puede afectar la responsabilidad del distribuidor por falta de aprovisionamiento suficiente de energía eléctrica y, en todo caso, cuáles son las diligencias que en ese contexto se le pueden exigir. Para ello, resultará útil analizar las características del sistema eléctrico en el que se desempeña el distribuidor, tal como fue estructurado a partir de la ley 24.065.

ción de culpa o una inversión de la carga de la prueba acerca de la culpa del incumplimiento, hay un contenido distinto de la obligación dado por la “responsabilidad objetiva” que emerge de ella, por la cual el deudor es responsable por la mera verificación objetiva del incumplimiento, con independencia de la culpabilidad (MORELLO, Augusto M., *Indemnización...*, cit., ps. 152 y ss.).

IV. LAS DILIGENCIAS QUE PUEDEN ESPERARSE DEL DISTRIBUIDOR EN UNA INDUSTRIA VERTICALMENTE DESINTEGRADA

Como es sabido, las concesiones de distribución eléctrica son fruto de la transformación regulatoria del sector, producida a nivel nacional partir de la ley 24.065. Un aspecto esencial de la estructura del sector derivada de esa transformación es la denominada "desintegración vertical" de la industria en tres segmentos separados —generación, transporte y distribución—, sujeta a regulaciones distintas en cada uno de ellos ¹⁶.

Se ha dicho al respecto, incluso por quienes diseñaron y ejecutaron aquella reforma, que aun cuando en una industria verticalmente integrada se logran economías de escala y la consecuente reducción de costos se debe propiciar la separación de actividades en razón de las mayores ventajas de este sistema. En este sentido, se tuvo especialmente en cuenta la conveniencia de descentralizar la industria por la menor concentración de poder que ello supone, además de la idea de introducir competencia en los sectores donde ésta fuera posible ¹⁷.

De acuerdo con el diseño de la regulación establecida en la ley 24.065, los actores de cada uno de los segmentos tienen a su cargo una actividad con objeto distinto de la de los restantes y excluyentes entre sí. Así pues, es generador quien, siendo titular de una central, la explota con la finalidad de comercializar su producción con otros generadores, distribuidores o grandes usuarios. Se considera transportista a quien desarrolla bajo concesión la actividad de vincular entre sí a generadores, distribuidores y grandes consumidores. Es distribuidor quien realiza, bajo concesión, la actividad de abastecer de energía eléctrica a usuarios radicados en su área de concesión ¹⁸.

Además de separar el objeto de la actividad de los actores de cada segmento, la regulación estableció limitaciones a la posibilidad de que se concentren en un mismo sujeto actividades propias de distintos sectores. Así, por ejemplo, se prohíbe a los transportistas comprar y vender energía eléctrica, actividad propia de los sectores de generación y distribución ¹⁹. Por otro lado, se prohíbe a los distribuidores ser propietarios de unidades de generación ²⁰. En el mismo sentido, se exige a los distribuidores que limiten su objeto social exclusivamente a la prestación del servicio de distribución ²¹. Con estas prescripciones, entre otras, la regulación buscó asegurar el mantenimiento efectivo de la descentralización, propia del sistema de "desintegración vertical", evitando la concentración de actividades en un mismo sujeto.

¹⁶ FIEL, *La regulación de la competencia y de los servicios públicos: teoría y experiencia argentina reciente*, FIEL (Fundación de Investigaciones Económicas Latinoamericanas), Buenos Aires, 2000, p. 466.

¹⁷ Conf. BASTOS, Carlos M. - ABDALA, Manuel A., *Transformación...*, cit., p. 96.

¹⁸ Arts. 5º, 7º y 9º, ley 24.065.

¹⁹ Art. 30, ley 24.065.

²⁰ Art. 9º, dec. 1398/1992, reglamentario de la ley 24.065. Se admite, sí, que los accionistas de un distribuidor sean titulares de unidades de generación, circunstancia que ha dado lugar a ciertas distorsiones a la idea original de la separación vertical que podrían afectar la libre competencia en el segmento de generación (BONDOROVSKY, Diego, "Concentración horizontal en el sector de distribución eléctrica en Argentina", en *Problemas de defensa de la competencia en sectores de infraestructura en la Argentina*, Temas-UADE, Buenos Aires, 2003, p. 49).

²¹ Art. 16 de los contratos de concesión de distribución de jurisdicción nacional.

En definitiva, el diseño de la regulación está dirigido a organizar la industria de forma tal que los actores de cada segmento se ocupen exclusivamente de la actividad propia de tal segmento.

Si ello es así, resulta evidente que —aun cuando se esperara que la obligación de suministro funcione como impulso para el desarrollo de otros segmentos de la industria— la regulación relativa a dicha obligación no puede luego ser interpretada con un alcance tal que implique exigir al distribuidor subrogarse en las funciones del generador o el transportista.

En este sentido, se ha dicho que, a partir de la desintegración vertical de la industria, el distribuidor ya no está obligado a realizar inversiones en generación de energía, sino sólo adquirir de los generadores la energía necesaria para satisfacer su demanda ²².

Desde esa perspectiva, resulta entendible que las normas que establecen el deber de aprovisionamiento mencionen reiteradamente como instrumento idóneo para ese fin la celebración de contratos de compraventa de energía en bloque, ya que la celebración de un contrato presupone la existencia de sujetos distintos al distribuidor que pueden proveer generación y transporte, suficientes para ejecutarlo.

En otros términos, en una industria regulada y organizada de forma tal que el distribuidor no es más que el último eslabón de una cadena en la que se enlazan previamente los generadores y transportistas, cuya actividad es indispensable para que el distribuidor realice la suya, la exigibilidad de la obligación de suministro no debería desentenderse de la evaluación de los medios que puedan proveerle los segmentos de la industria que actúan como eslabones previos.

Ello es así incluso si se considerara a dicha obligación como “obligación de resultados”, ya que también en este caso —como dijimos—, para determinar la responsabilidad del deudor, deben valorarse aquellas circunstancias (inevitables o irresistibles) que pudieran haber tornado imposible la ejecución de la prestación a su cargo ²³.

Es que aun en las obligaciones de resultado, exigir el cumplimiento de lo comprometido en una medida para la que no existen medios disponibles, es exigir lo imposible. Y las prestaciones de cumplimiento imposible sólo se pueden exigir una vez superada la imposibilidad ²⁴.

V. LAS DILIGENCIAS QUE PUEDEN ESPERARSE DEL DISTRIBUIDOR EN UNA ACTIVIDAD ECONÓMICAMENTE REGULADA

Desde otra perspectiva, debe analizarse en qué medida ha resultado *económicamente* posible para los distribuidores cumplir con la expectativa de los reguladores respecto de la obligación de suministro, función estratégica de los distribuidores, como motor del desarrollo de los restantes segmentos de la industria eléctrica.

Como se destacó anteriormente, en el diseño de la regulación se consideró que, para evitar las severas penalidades por incumplimiento en la obligación de suministro,

²² ARIÑO ORTIZ, Gaspar, *Principios de derecho público económico*, Fundación de Estudios de Regulación, Comares, Granada, 2004, p. 726.

²³ BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil, Obligaciones*, t. I, Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 102; MORELLO, Augusto M., *Indemnización...*, cit., ps. 153 y ss.

²⁴ BORDA, Guillermo A., *Tratado...*, t. I, cit., p. 110.

los distribuidores buscarían asegurarse el aprovisionamiento de energía a través de contratos a término libremente pactados con los generadores u otros vendedores mayoristas de electricidad. A su vez, los contratos a término otorgarían a los generadores un horizonte de ingresos relativamente estables a largo plazo, lo que estimularía la ejecución de inversiones para expansión de la capacidad de generación y transporte para cubrir la demanda futura ²⁵.

En función de esta idea, el dec. 1398/1992, reglamentario de la ley 24.065, dispuso en el art. 21 ya citado que los distribuidores "deberán asegurar su aprovisionamiento, celebrando los contratos de compraventa de energía eléctrica en bloque que consideren conveniente".

Al dejar librada al arbitrio de los distribuidores la valoración sobre la conveniencia de celebrar contratos a término como medio para cumplir con el deber de aprovisionamiento, la regulación se abstuvo deliberadamente de imponer una obligación en tal sentido, respetando así el ámbito de libertad de empresa propio del esquema de planificación descentralizada y regulación por incentivos, bajo el que se estructuró la transformación del sector.

Sin embargo, es indudable que ante un evento de fallas en el servicio de distribución provocado por restricciones en la oferta de los generadores o en la capacidad de transmisión (es decir, por circunstancias ajenas al segmento de distribución), habrá de valorarse la actuación de los distribuidores en orden a determinar, especialmente, si tales circunstancias constituyen para ellos *fuera mayor* y, en consecuencia, si las fallas resultan ajenas a su responsabilidad. Y en esa valoración, no podrá estar ausente el análisis de los contratos a término que hubieren celebrado los distribuidores, por cuanto es ésta la diligencia específicamente prevista en la regulación como medio para que éstos aseguren su aprovisionamiento (aun cuando su adopción en concreto estuviere librada al criterio de los concesionarios).

En ese marco, corresponderá analizar entonces si la celebración de contratos a término aptos para permitir el desarrollo de la infraestructura eléctrica ha sido un *medio efectivamente disponible* para los distribuidores.

En ese análisis, no puede prescindirse de los aspectos económicos involucrados en la prestación eléctrica.

En efecto, el servicio público de distribución de electricidad es una actividad regulada ²⁶. Los concesionarios a cargo de su prestación no pueden realizar, en principio, actividades ajenas a dicho servicio ²⁷, y su remuneración está limitada por las tarifas resultantes del régimen tarifario establecido en los contratos de concesión ²⁸, de modo que sus medios económicos y financieros están condicionados por dicha regulación.

Estas limitaciones económicas tienen, como correlato, determinadas garantías establecidas en la misma regulación, entre las que se destaca el principio establecido en el art. 40, inc. a), ley 24.065, según el cual todos los costos razonables del servicio,

²⁵ BASTOS, Carlos M. - ABDALA, Manuel A., *Transformación...*, cit., p. 181.

²⁶ Arts. 1º, 2º, inc. d), 11 a 33 y 40 a 53, ley 24.065, y sus normas reglamentarias y complementarias.

²⁷ Art. 14 de los contratos de concesión de jurisdicción nacional.

²⁸ Arts. 40 y ss., ley 24.065, y sus normas reglamentarias.

incluyendo impuestos y amortizaciones, y el margen de beneficio de los distribuidores deben ser reconocidos y solventados a través de la tarifa. La tarifa debe satisfacer, entonces, todo requerimiento de recursos económicos derivado de la prestación —eficiente y prudente— del servicio público.

El mismo art. 40, en su inc. c), aclara que entre los costos del distribuidor que deben ser reconocidos y trasladados a las tarifas se incluye un componente específico que representa el costo de adquisición de la electricidad en el mercado mayorista, es decir, el costo de aprovisionamiento.

Sin embargo, esto no significa que los distribuidores tengan garantizado el reconocimiento en sus tarifas de todos los costos de adquisición de energía que resulten de los contratos a término que aquéllos celebren con generadores o comercializadores del mercado mayorista, los cuales —por definición— contienen precios libremente pactados.

En efecto, la reglamentación del citado inc. c) del art. 40 limita el costo de adquisición de energía que puede trasladarse a los usuarios finales (el *pass-through*), señalando que aun cuando el distribuidor adquiriera su energía a través de contratos a término, en sus tarifas se considerará como costo de adquisición el que surja del denominado *mercado spot*²⁹.

Esta previsión resulta entendible en cuanto intenta evitar posibles abusos contra los usuarios finales, quienes —si se les trasladara cualquier precio libremente pactado entre su distribuidor y un generador o comercializador— podrían verse obligados a pagar una tarifa que excede el costo mínimo razonable del servicio compatible con la seguridad del abastecimiento, en violación de lo dispuesto en el art. 40, inc. d), ley 24.065.

Por otro lado, es cierto que, a fin de evitar que la volatilidad propia del mercado *spot* sea percibida por los usuarios finales, el precio que pagan los distribuidores por la energía que adquieren *spot*, llamado "precio estacional", se estabiliza en forma semestral, con ajustes trimestrales, que promedia los precios horarios previstos para tales períodos conforme a la programación estacional y la reprogramación trimestral que realiza CAMMESA³⁰. Pero aun así, sería extraño que el precio estacional que pague el distribuidor en cada uno de estos períodos coincida en el largo plazo con el establecido en un contrato a término (salvo, obviamente, que el precio contractual se fije en función del precio *spot* vigente a cada momento, en cuyo caso el contrato ya no sería un medio idóneo para promover la inversión del generador, en razón de la inestabilidad y falta de previsibilidad de sus ingresos).

Frente a ese panorama, la celebración de contratos a término implica para los distribuidores el riesgo cierto de no poder trasladar a sus tarifas el costo de adquisición de la energía que allí se establezca, toda vez que le resultaría imposible prever al mo-

²⁹ Se conoce como *mercado spot* al mercado de oportunidad o instantáneo, coordinado por un administrador centralizado (CAMMESA) en función del menor costo económico para el sistema, en el que se determinan precios horarios conforme a la oferta y demanda conectada al SADI (Sistema Argentino de Interconexión). Estos precios varían según las bandas horarias (de punta, valle y restantes), el día (hábil, de fin de semana, feriado), la estación del año, etc., y están afectados por una serie de factores tales como el costo de los combustibles utilizados por las centrales térmicas, el aporte de agua previsto para las centrales hidroeléctricas, etc.

³⁰ Cap. II, secc. 2.4, de los "Procedimientos para la programación de la operación, el despacho de cargas y el cálculo de precios en el mercado eléctrico mayorista", aprobado por la res. 61/1992 SEE y sus modificatorias y complementarias ("Los procedimientos").

mento de firmar el contrato las variaciones que podrían darse a mediano y largo plazo en el precio spot, el que está sujeto a numerosos factores variables e impredecibles, tales como factores climáticos, factores macroeconómicos, los costos futuros de otras fuentes de energía, los cambios tecnológicos, etc., todos los cuales influyen en la oferta y demanda de electricidad.

De concretarse el riesgo de desfases entre el precio estacional y el precio pactado contractualmente (circunstancia altamente probable en el mediano y largo plazo), la concesión otorgada al distribuidor —cuya única remuneración por el servicio público proviene de las tarifas— podría tornarse económicamente inviable, lo que resultaría contrario a los objetivos del marco regulatorio establecido en la ley 24.065, en particular, los de promover la confiabilidad de los servicios eléctricos, alentar inversiones para asegurar el suministro a largo plazo y aplicar tarifas justas y razonables³¹.

Además, la celebración de contratos de mediano y largo plazo sometería al distribuidor a un riesgo adicional, vinculado con la progresiva reducción de su “demanda cautiva”. Este riesgo está dado por la posibilidad de que la demanda de los distribuidores se vea sustancialmente disminuida en razón de la facultad acordada a ciertos usuarios finales (los “grandes usuarios”, es decir, los de mayor consumo) de adquirir su energía y potencia directamente en el mercado eléctrico mayorista, eludiendo al distribuidor (*by pass* comercial o físico)³². En este sentido debe tenerse en cuenta, además, que los requerimientos de potencia y energía que son necesarios para encuadrarse en la figura del “gran usuario”, han ido disminuyendo a través de las sucesivas reglamentaciones³³, de modo que el universo de “usuarios cautivos” del distribuidor tiende a ser cada vez menor.

Frente a ello, el riesgo económico que se cierne sobre los distribuidores respecto de la celebración de contratos a término para el aprovisionamiento de energía no es ya solamente el relacionado con el desajuste del “precio contratado” de la energía y potencia respecto de los precios de mercado, sino también con el desajuste en la “cantidad contratada” de energía y potencia, que resulta de la posible disminución futura de su demanda en caso de que los grandes consumidores, que aún son usuarios del distribuidor, decidan abastecerse directamente en el mercado mayorista, o que la regulación continúe reduciendo los requisitos para encuadrarse en la categoría de “gran usuario”³⁴.

Otro elemento que debe considerarse a fin de evaluar la factibilidad económica de los contratos a término para el distribuidor, es el que se refiere a la situación de los pre-

³¹ Art. 2º, ley 24.065.

³² Art. 10, ley 24.06.

³³ Tal como surge de la modificación del anexo 17 de “Los procedimientos”, dispuesta por las res. 406/1996 SE, 91/1997 SE, 423/1998 SE y 66/2000 SE, entre otras.

³⁴ Cabe aquí una aclaración similar a la que se formuló con relación a los contratos con precios fijados en función del precio spot. En efecto, los contratos a término entre distribuidores y generadores o comercializadores podrían prever la modificación de las “cantidades contratadas” en función de la modificación de la demanda del distribuidor, conforme ésta se vea afectada por el éxodo de grandes usuarios al mercado mayorista. Pero los contratos de esas características no serían un medio apto para estimular las grandes inversiones requeridas para ampliar la infraestructura de generación, por la inestabilidad e imprevisibilidad de los ingresos que reportarían al generador, de modo que ya no podrían asegurar el aprovisionamiento futuro del distribuidor.

cios estacionales vigentes en el mercado mayorista a partir de la emergencia declarada por la ley 25.561 y sus normas complementarias, que por distintas decisiones regulatorias³⁵ se han apartado de los costos reales de producción y, en consecuencia, de los valores que resultarían de la aplicación normal de las reglas del despacho económico establecidas en la res. 61/1992 SEE y sus modificatorias. En este contexto, un precio razonablemente pactado en un contrato a largo plazo (que permita amortizar nuevas inversiones en generación y transporte) se distanciaría *ab initio* del estacional vigente en la emergencia, es decir, del precio de adquisición de energía que puede trasladarse en la actualidad a las tarifas del distribución.

En cuanto a los años previos a la emergencia, debe tenerse presente que a los riesgos derivados de la regulación tarifaria se sumaba el hecho de que las proyecciones de precios de la generación eran progresivamente descendientes, proyecciones que efectivamente se cumplieron dada la organización del despacho mayorista, que estimuló la eficiencia y la renovación tecnológica del parque generador³⁶. Esta perspectiva incrementaba el riesgo de desajustes (negativos, desde el punto de vista del distribuidor) entre el precio pactado y el precio trasladable al usuario final.

Las circunstancias descriptas llevaron a un relativo fracaso del mercado a término de energía eléctrica, en tanto han sido escasos los contratos de largo plazo celebrados por los distribuidores en condiciones que permitan estimular inversiones en la infraestructura del sector³⁷. Existieron algunos intentos de las autoridades regulatorias de corregir esta situación, a través de mecanismos que permitían trasladar a las tarifas de distribución los precios pactados en contratos a largo plazo, bajo determinadas condiciones tendientes a asegurar la transparencia y libre concurrencia en los procesos de contratación. Con ello se buscaba lograr que la celebración de contratos a término cumpliera con su función originalmente prevista, que era la de impulsar el desarrollo de inversiones de largo plazo en la infraestructura del sistema eléctrico de nuestro país. Pero, finalmente, estos intentos no pudieron prosperar³⁸.

³⁵ Res. 2/2002 SE, 8/2002 SE, 246/2002 SE, 317/2002 SE, 126/2002 SE, entre otras.

³⁶ Abdala y Spiller señalan que este tipo de organización del despacho, basado en los costos marginales de la generación, originó en el período 1992-1999 una disminución de más del 60% en los precios mayoristas de la energía (ABDALA, Manuel - SPILLER, Pablo, *Instituciones, contratos y regulación en Argentina*, Temas Grupo Editorial, Buenos Aires, 1999, p. 124).

³⁷ Así, en diciembre de 2004, existían sólo nueve contratos registrados en el mercado a término con plazos de vigencia superior a los diez años, los cuales sumaban en conjunto 437,29 MW de potencia, es decir, menos del 4% de la potencia total demandada en el SADI.

³⁸ Debe mencionarse especialmente en este sentido el dec. 804/2001 y su reglamentación, establecida por res. 135/2001, Ministerio de Infraestructura y Vivienda. Sin embargo, ese decreto, que había sido dictado el 19/6/2001, fue dejado sin efecto poco después por la ley 25.468, del 12 de septiembre del mismo año, por lo que prácticamente no llegó a aplicarse.

Otro antecedente puede encontrarse en la provincia de Salta. El Ente Regulador de Servicios Públicos de esa provincia aprobó, a través de su res. 18/2001, del 9/4/2001, el traslado a las tarifas del distribuidor local del precio pactado entre éste y un generador ubicado en esa misma provincia, en condiciones tendientes a evitar perjuicios para los usuarios. Por otro lado, en las condiciones pactadas se incluía el compromiso del generador de financiar ampliaciones del sistema de transporte en alta tensión para abastecer a la zona norte de la provincia, mediante la instalación de nuevas líneas.

También debe tenerse presente el caso de los contratos a término que se celebraron con mo-

En esas condiciones, cabe preguntarse si es legítimo y razonable cuestionar jurídicamente la actuación de los distribuidores sobre la base de la insuficiente celebración de contratos a término de compraventa de energía eléctrica en el mercado mayorista.

Para responder a esa pregunta, se deberá considerar la contradicción que existe entre los medios que la regulación ofrece expresamente al distribuidor para cumplir con su deber de aprovisionamiento y las consecuencias que se habrían provocado si los distribuidores hubieran acudido a esos medios. También deberán considerarse los peligros para la continuidad del servicio, que se originarían si se condenara a los concesionarios a la inviabilidad económica, consecuencia muy probable para ellos si se les exigiera afrontar continuamente un precio de adquisición mayorista de energía sustancialmente superior al precio de venta de esa energía a los usuarios finales.

Aun así, podrá entenderse que la celebración de los contratos a término era una "carga" del distribuidor, que debió cumplir incluso a costa de pérdidas económicas significativas y por plazos indefinidos. En tal caso, será necesario considerar también otros principios elementales de nuestro ordenamiento jurídico, como la *igualdad ante las cargas públicas* y la obligación de indemnizar a quien se imponga un "sacrificio especial" en orden a satisfacer fines de utilidad pública.

tivo de la privatización de las centrales de generación eléctrica, mediante los que se garantizó a los adjudicatarios de esas centrales un nivel de ingresos suficiente para estimular no sólo la concurrencia de interesados en la licitación y la posibilidad de que éstos elevaran sus ofertas económicas para la compra de las centrales, sino también la ejecución de inversiones por parte de los adjudicatarios, tendientes a incrementar la potencia de esas centrales y, especialmente, para reducir los costos de producción de la energía. En el caso de las generadoras que pertenecían a Segba, los contratos "atados" a la privatización les permitió reequiparse, incluso, para afrontar compromisos de exportación (SOBRE CASAS, Roberto P., *Los contratos en el mercado eléctrico*, Ábaco, Buenos Aires, 2003, p. 131). La ejecución de estos contratos de compraventa en bloque fue posible gracias a que los distribuidores que —conforme a los términos de la privatización— se vieron obligados a comprar su energía bajo estos contratos pudieron trasladar el precio contractual a sus tarifas, aun siendo éste superior al precio estacional. Así pues, como contracara de los incentivos a la inversión en generación, los usuarios de esas distribuidoras debieron afrontar una tarifa significativamente superior a la de aquellos distribuidores que compraban su energía en el mercado spot. La mayor parte de los contratos "atados" al proceso de privatización (en el orden nacional y provincial) han perdido vigencia por vencimiento de su plazo. Sin embargo, éste es un ejemplo que pone en evidencia la permanente tensión entre los objetivos de "eficiencia y tarifas mínimas" versus "garantías a favor de la inversión y sustentabilidad del servicio a largo plazo", que subyace en el dilema de trasladar a los usuarios precios spot o precios contractuales de largo plazo. De lo que no cabe duda es que la continuidad de precios mínimos de corto plazo que impiden garantizar el suministro a largo plazo puede terminar provocando situaciones de desabastecimiento, con costos aún mayores para toda la comunidad.

Cabe señalar, por último, que la celebración de contratos a término y la reducción del volumen operado a través del mercado spot no sólo origina ventajas en orden a promover inversiones en generación e, indirectamente, en transporte eléctrico, sino que también provee algunos reaseguros tendientes a evitar una excesiva volatilidad en el precio spot que, en mercados con características distintas al argentino, pueden ir acompañados de comportamientos oportunistas o de abuso del poder de mercado (DANNER, Carl, "Enduring Lessons of California's Electricity Crisis", en *The Development of Energy Regulation - A Collection of Reviews*, Centre for the Study of Regulated Industries, University of Bath, Bath, 2003).

En este sentido, se reconoce que cuando el Estado impone a un particular "un sacrificio superior al exigible igualmente a raíz de la vida en comunidad", se produce una afectación irrazonable de la propiedad que debe ser indemnizada ³⁹, y ello es así, según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, aun en casos en que aquélla se produjera en el marco de una actividad lícita del Estado ⁴⁰.

Según el criterio de nuestro máximo tribunal, para determinar la existencia de un sacrificio especial que deba ser compensado, debe verificarse la *ausencia del deber jurídico* de soportar tal sacrificio por parte del afectado ⁴¹.

Para analizar si ese deber jurídico pesa o no sobre los distribuidores de energía eléctrica, deben tenerse presentes no sólo las disposiciones que exigen al concesionario la ejecución de todas las inversiones necesarias para prestar el servicio en las condiciones de calidad estipuladas ⁴², sino también los principios de la regulación tarifaria establecidos en el marco regulatorio, por la importancia que ellos tienen en la estructura económica de las concesiones.

Así, es particularmente relevante el principio de *proporcionalidad o suficiencia* de las tarifas, según el cual la tarifa está en relación directa con la cantidad y calidad del servicio recibido y con el costo de ese servicio ⁴³, de modo que la conformación de la tarifa y los costos contemplados en su cálculo son una manifestación relevante del alcance de las obligaciones asumidas por el concesionario en relación con las acciones e inversiones que se esperan de él en la prestación del servicio público ⁴⁴. En el caso de la distribución eléctrica, este principio surge de los arts. 40 y 41, ley 24.065, que garantizan al distribuidor el reconocimiento en sus tarifas de los costos resultantes de una administración *eficiente* del servicio.

Considerando ese principio, de jerarquía legal, parece lógico concluir que el distribuidor no asumió el *deber jurídico* de soportar las pérdidas económicas resultantes de los contratos a término, salvo que los términos de tal contratación fueran impropios de una administración *eficiente*.

En este sentido, no parece razonable limitar la caracterización de "eficiente" sólo a las compras de energía que se realicen al precio *spot*, pues ello es tanto como medir

³⁹ COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo*, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 375.

⁴⁰ Fallos 316:1339.

⁴¹ Fallos 315:102.

⁴² Art. 19 del contrato de concesión.

⁴³ BIANCHI, Alberto B., "La tarifa en los servicios públicos", ED, ps. 978 y 979.

⁴⁴ A este respecto, resulta de gran interés el estudio realizado por LAHTOU, Juan P., "Una lectura de la relación tarifa-calidad" (tesina inédita, Máster en Derecho Administrativo, Universidad Austral, año 2005, bajo la dirección de Estela Sacristán), en el que se analiza la relación directa entre la tarifa y la calidad del servicio público y la repercusión de esta relación en la responsabilidad del prestador del servicio. Se señala allí que cuando la tarifa no es suficiente para cumplir con la calidad de servicio exigible y el distribuidor opta por reducir la calidad de su prestación, se ve expuesto a un círculo vicioso de sanciones, que disminuyen aún más los recursos aplicables al servicio, lo que genera a su vez mayores posibilidades de fallas, etc., con el consecuente perjuicio para los usuarios y descrédito para prestadores y reguladores (secc. 2.4 de la tesina citada).

con la misma vara un negocio de oportunidad, como es la compra *spot*, que no atiende a otros objetivos que el de minimizar el costo de adquisición a corto plazo, con una decisión de relevancia estratégica para el desarrollo de la industria, como es la compra en bloque a largo plazo. Así pues, una compra "eficiente" de un distribuidor en el mercado a término no es necesariamente aquella que limite el precio contractual al precio del mercado *spot*, ya que en tal caso la "eficiencia" de corto plazo estará conspirando contra los objetivos estratégicos de mediano y largo plazo que tuvo en miras la regulación al instar al distribuidor a asegurarse sus fuentes de aprovisionamiento mediante compraventas en bloque ⁴⁵.

VI. CONCLUSIONES

La obligación de suministro es el compromiso fundamental de los distribuidores de energía eléctrica y es clave en el diseño de la regulación del sector por cuanto de ella se esperaba el impulso suficiente para el desarrollo de los segmentos de generación y transporte de electricidad.

En los términos en que fue establecida por el marco regulatorio y los contratos de concesión, la obligación de suministro supone un conjunto de deberes instrumentales de gran significación, en particular, el deber de construir, mantener y ampliar adecuadamente las redes de distribución y, por otro lado, el deber de asegurarse el aprovisionamiento suficiente de energía eléctrica para su ulterior entrega a los usuarios.

Aun considerando al deber de aprovisionamiento como una "obligación de resultado", tal como parece surgir de las disposiciones que lo establecen, no puede válidamente evaluarse su cumplimiento prescindiendo de la valoración de los medios disponibles para ello, pues exigir el cumplimiento de una obligación en una medida que exceda a los medios disponibles es exigir una *obligación de cumplimiento imposible*.

El instrumento que la regulación ofrece a los distribuidores como medio para asegurarse el aprovisionamiento es la celebración de contratos de compraventa de energía eléctrica en bloque, ya que a través de ellos se buscó crear un marco de estabilidad y previsibilidad de ingresos para los generadores que estimulara las inversiones necesarias para satisfacer la demanda futura de energía, a través de la ampliación de la infraestructura requerida para cumplir con tales contratos.

Sin embargo, por diversos motivos, el mercado de contratos a término entre distribuidores y generadores o comercializadores mayoristas no ha podido desarrollarse de acuerdo con lo esperado. Entre esos motivos, se destacan las limitaciones regulatorias al traslado a las tarifas de distribución del costo de adquisición de energía en el

⁴⁵ Con relación al concepto de eficiencia ligado al cálculo de las tarifas de servicios públicos, se ha dicho que la noción de eficiencia implica una comparación de medios y fines, de forma tal que la eficiencia de una operación reside en que, pudiéndose obtener un mismo producto con distintos procedimientos, se escoge aquel que lo obtiene al menor costo (SACRISTÁN, Estela, "Eficiencia y tarifas [con especial referencia al Factor X]", RDA, 2001, nro. 36-38, p. 177). Sobre esa base, puede decirse que para que un instrumento sea "eficiente" debe necesariamente ser también "eficaz", es decir, debe permitir obtener el fin propuesto. Por consiguiente, no puede considerarse como parámetro de "eficiencia" un instrumento que, si bien representa un costo menor, resulta "ineficaz" para alcanzar el fin propuesto.

mercado mayorista y la falta de previsibilidad acerca de la demanda "cautiva" de los distribuidores, por la posibilidad (cada vez más amplia) de los grandes usuarios de contratar sus compras de energía en el mercado mayorista. A ello se suma, en la actualidad, las distorsiones del precio estacional, que provocan distanciamientos aún mayores entre los precios trasladables a tarifas y aquellos que permitirían la amortización de las inversiones necesarias para incrementar la oferta eléctrica.

En consecuencia, el análisis acerca de la responsabilidad de los distribuidores en caso de eventuales incumplimientos de la obligación de suministro a su cargo por fallas o insuficiente capacidad en los segmentos de generación o transporte eléctrico, debe considerar necesariamente si la celebración de contratos a término —en condiciones que estimulen la ampliación o mejoramiento de aquellos segmentos— ha sido un *medio efectivamente disponible* para los distribuidores, en función de las limitaciones regulatorias que condicionaron su poder de decisión a ese respecto y terminaron brindando señales económicas contrarias a los objetivos declarados en la propia regulación.