

(noviembre 2008). *La regulación de la energía eléctrica y el gas natural*. En: Encrucijadas, no. 45. Universidad de Buenos Aires. Disponible en el Repositorio Digital Institucional de la Universidad de Buenos Aires: <<http://repositorioubi.sisbi.uba.ar>>

## La regulación de la energía eléctrica y el gas natural

### Las formas son el fondo

La determinación de cuáles son los mecanismos que una sociedad admite para asignar y redistribuir recursos es central para determinar qué y a quién se asignan y en qué medida se puede hacerlo. En la regulación energética existen cuestiones vinculadas con la asignación de recursos como, por ejemplo, la cuestión de la titularidad de los activos y de la responsabilidad en la prestación de servicios o el suministro de bienes (¿Estatal o privada, nacional o extranjera?) o la cuestión financiera (¿Quién paga por la infraestructura, quién paga por la energía? Pero también existen cuestiones vinculadas con las reglas que gobiernan la asignación de recursos, como la cuestión de la estructura de la industria energética (¿Integración o desintegración vertical? ¿Monopolio o competencia? ¿Control de medios o de resultados? ¿Regulación centralizada o descentralizada?).

## 1. Introducción. Qué y Cómo

En otro lugar he sostenido que la política es una disputa permanente por la apropiación de recursos escasos [1]. Esa caracterización prioriza el aspecto económico de la lucha política.

Desde esa conceptualización económica de la política parece al menos llamativo dejar por un momento la discusión de a quién o a dónde se asignan los recursos, discusión o cuestión que voy a denominar el “Qué”, para centrarnos en la discusión de cuáles son las reglas bajo las que se asignan esos recursos, discusión o cuestión que voy a denominar el “Cómo”.

El argumento central de esta breve aproximación a la regulación del sector energético es el argumento sobre la importancia de las reglas de juego, vale decir, la importancia de las instituciones en el resultado de la regulación.

Este argumento puede escribirse de la siguiente manera: “Cómo se regula es tan importante como qué se regula.”

Mi argumento para llegar a esta conclusión puede verse con claridad partiendo desde un análisis sobre la naturaleza de la política financiera de un Estado: Si por definición los recursos son escasos, toda asignación a unos importa una apropiación de otros y en consecuencia una reasignación o redistribución de recursos.

En todo sistema político estatal organizado, la máxima expresión de la asignación y redistribución de recursos es la política financiera.

La política financiera consta de una política tributaria (recaudación) y una política presupuestaria (erogación).

En las democracias constitucionales la determinación de la política financiera de un Estado está reservada a la esfera de la ley, entendida esta en sentido formal como ley emanada del Congreso Nacional. Los tributos requieren de una ley lo mismo que el presupuesto. Es el principio de legalidad en materia financiera.

En el sistema constitucional, entonces, el “cómo”, es decir el aspecto formal, instrumental, es tan importante como el “qué”, es decir el aspecto sustancial. En consecuencia, preguntarse cómo recaudo o cómo gasto tiene tanta importancia como preguntarse qué recaudo o qué gasto.

En consecuencia, la determinación de cuáles son los mecanismos que una sociedad admite para asignar y redistribuir recursos es central para determinar qué y a quién se asignan los recursos y en qué medida se puede hacerlo.

Por ejemplo, en el reciente conflicto que enfrentó a los productores agropecuarios con el gobierno nacional, se discutió con el mismo vigor el cómo (¿Cómo se imponen las retenciones: es legítimo que se impongan por resolución ministerial, debería intervenir el Congreso Nacional, deberían intervenir las provincias?) que el qué (¿Quién debe tributar retenciones y cuánto?).

En este sentido, resulta auspicioso reconocer en el intenso debate originado con la decisión de aumentar las retenciones a las exportaciones de granos, el resurgimiento de la cuestión de las instituciones que en definitiva se termina plasmando en la revalorización del rol del Congreso Nacional como expresión federal, plural y deliberativa dónde deben dirimirse las cuestiones que hacen a la asignación de los recursos.

En definitiva, en un ordenamiento constitucional, las formas son una cuestión de fondo que hacen a la esencia de un sistema republicano.

Este argumento formulado para los aspectos tributarios y presupuestarios de un determinado ordenamiento político también puede extenderse a la regulación de las distintas actividades económicas en general y del sector energético en particular.

En la regulación energética y de otras industrias en red [2] existen cuestiones vinculadas con la asignación de recursos, el “qué”. Entre algunas de estas cuestiones, podemos encontrar por ejemplo, la cuestión de la titularidad de los activos y de la responsabilidad en la prestación de servicios o el suministro de bienes (¿Estatal o privada, nacional o extranjera?) o también nuevamente la cuestión financiera (¿Quién paga por la infraestructura, quién paga por la energía? ¿El Estado e indirectamente los contribuyentes? ¿Las empresas y más o menos directamente los usuarios? ¿Y qué tipo de usuarios? ¿Industriales o residenciales? ¿Subsidios cruzados o tarifa social?).

Pero también existen cuestiones vinculadas con las reglas que gobiernan la asignación de recursos, el “cómo”. Entre estas cuestiones podemos mencionar por ejemplo la cuestión de la estructura de la industria energética (¿Integración o desintegración vertical? ¿Monopolio o competencia? ¿Control de medios o de resultados? ¿Regulación centralizada o descentralizada?).

En este trabajo argumento que para definir el sentido de la regulación energética no sólo es importante definir el “qué” se regula sino también (y en ocasiones incluso más importante) determinar el “cómo” se regula.

El argumento anterior lleva a concluir que la cuestión del “cómo” se regula, es decir la cuestión de las reglas, de las instituciones, es particularmente relevante a la hora de evaluar las reformas regulatorias que se introdujeron en los sectores de la electricidad y el gas a partir de 1992.

Y ello parte de la base de afirmar que las reformas sectoriales corporizadas en la Ley N° 24.065 para el caso de la energía eléctrica y en la Ley 24.076 para el caso del transporte y distribución de gas natural, implicaron un cambio en donde lo esencial fue lo institucional y no un mero traspaso de activos desde lo estatal a lo privado.

## **2. Las reformas de las leyes N° 24.065 y 24.076**

## 2.1. El concepto de régimen regulatorio

La noción de régimen regulatorio (regulatory regime) [3] utilizada en la ciencia política anglosajona para estudiar la regulación de las industrias en red (network regulation) resulta de utilidad en el contexto argentino.

Los elementos relevantes para el estudio de los regímenes regulatorios de las industrias en red son: a) la propiedad o titularidad de los activos o de la prestación de los servicios (pública o privada); b) su estructura económica predominante (monopólica, oligopólica o competitiva; integrada o desintegrada); c) la forma de financiar la infraestructura (tarifas, impuestos, subsidios) y d) la ubicación institucional del poder para formular y hacer cumplir las reglas que las regulan (administración central o entidades descentralizadas).

## 2.2. La reforma regulatoria

El fenómeno de la denominada regulatory reform (reforma regulatoria) que se verificó en la década de los ochenta y noventa en Europa, Asia y América Latina abarcó modificaciones en todos los aspectos mencionados en los párrafos anteriores.

La reforma más frecuente en materia de propiedad o titularidad de activos o servicios fue la privatización en donde, en forma general, activos estatales o servicios que estaban bajo esa esfera, fueron transferidos a la esfera privada bajo diversas formas jurídicas.

En materia de reformas a la estructura económica de las industrias, debe destacarse a la liberalización, que es el abandono del monopolio en beneficio de diversas formas de competencia, y a la desintegración tanto vertical como horizontal, que es la división de una industria en distintas áreas de negocios separadas operativa, económica o jurídicamente.

En cuanto al financiamiento de la infraestructura, se pasó de un sistema con tarifas subsidiadas y en consecuencia primordialmente sostenido por los dineros públicos recaudados de los contribuyentes a un sistema en donde las tarifas reflejan costos reales y el peso del financiamiento recae en los fondos recaudados de los usuarios.

Los cambios en la ubicación de los poderes de formulación y aplicación de reglas han estado caracterizados por una tendencia a la delegación de los poderes políticos a entidades descentralizadas especializadas con diversos grados de autonomía.

## 2.3. La reforma regulatoria en la Argentina en electricidad y gas

En la Argentina, los regímenes regulatorios de la electricidad y del gas natural datan de 1992, año en el que comenzó a concretarse el proceso de privatización de la totalidad de las actividades de transmisión y distribución de electricidad y gas natural de propiedad del Estado federal así como una importante porción de la actividad de generación de electricidad y la producción de hidrocarburos [4].

Debe destacarse que tanto la electricidad como el gas natural fueron las únicas industrias en red que estaban en manos estatales cuya privatización y regulación fueron dadas a partir de leyes formales dictadas por el Congreso de la Nación.

Los principios que están consagrados en la normativa dictada en materia de electricidad y gas natural son similares [5]: (i) subsidiariedad del rol del Estado en la prestación de los servicios que debe estar, en forma prioritaria, a cargo de particulares; (ii) desintegración vertical de la actividad en segmentos competitivos y regulados; (iii) tarifas con sistema de precio tope (price cap) y pasaje de costos (pass through) de costos ajenos y prohibición de subsidios cruzados; y (iv) regulación a cargo de un ente autónomo descentralizado y especializado creado por ley.

## 2.4. Los cambios institucionales que destacan a los marcos regulatorios de la electricidad y gas

### 2.4.1. Introducción

Más arriba he adelantado que las reglas y las instituciones, es decir “el Cómo” son particularmente relevantes a la hora de analizar la regulación del sector energético y que las reformas en energía eléctrica y en natural, implicaron un cambio en donde lo esencial fue lo institucional y no un mero traspaso de activos desde lo estatal a lo privado.

Cierto es que en los casos de la electricidad y gas se procedió a la privatización de vastos activos que estaban en manos estatales. En algunos casos se produjeron ventas y en otros se otorgaron licencias y concesiones.

En este sentido, la privatización es un rasgo común con otros sectores como el del transporte y el de las comunicaciones.

Sin embargo, a diferencia de otros casos, en la electricidad y el gas, la privatización fue un elemento más de un proceso en donde han sido los cambios en las reglas que gobiernan esos sectores los que determinaron el alcance y sentido de las reformas. A continuación se describen brevemente algunos de esos cambios institucionales.

### 2.4.2. Los cambios institucionales en la estructura económica. El caso de la electricidad: Desintegración y competencia

Todas las reformas regulatorias del sector eléctrico que se concretaron en la década pasada incluyeron cierto grado de desintegración vertical y de apertura a la competencia.

La desintegración vertical partió del avance tecnológico que permitió abrir el segmento de generación a un esquema de prestación competitiva. La idea que inspiró la separación era aprovechar los beneficios económicos de la competencia en aquellos sectores en donde ella era posible. En los subsectores en los que la competencia no era posible, por ser considerados monopolios naturales, la regulación fue diseñada para reemplazar a la competencia.

En el Reino Unido, este modelo fue sintetizado adecuadamente con la expresión “Competition when possible, regulation when necessary.” [6]

Así se consideró que la distribución y el transporte de energía eran monopolios naturales a los que se sometió a una regulación intensa que incluía tarifas máximas e indicadores de calidad de servicio. Por su parte, la generación se organizó como una actividad abierta a la competencia libre pero bajo reglas muy precisas en virtud de las cuales se creó el Mercado Eléctrico Mayorista, con un sistema de sanción de precios destinado a incentivar y premiar la generación eficiente.

La desintegración (vertical, pero también horizontal) fue una pauta fundamental para el desarrollo del proceso de privatización de las empresas estatales del sector eléctrico. Las empresas estatales fueron previamente separadas, creándose unidades de negocio separadas que luego serían privatizadas. La desintegración venía impuesta, así, desde la privatización del sector. Sin embargo dicha desintegración no estaba prevista para que estuviera limitada al momento de la privatización sino que constituía una de las pautas de la industria destinada a perdurar en el tiempo.

La piedra basal de la desintegración vertical en el sector eléctrico pasa por la actividad de transporte. De conformidad con lo previsto por la ley 24.065, los transportistas (sea individualmente o como propietarios mayoritarios, y/o tenedores de paquetes accionarios mediante los cuales accedan al control de la empresa concesionaria de transporte) no pueden ni comprar ni vender energía eléctrica, y ningún generador, distribuidor, gran usuario ni empresa controlada por alguno de ellos o controlante de los mismos, podrá ser propietario o accionista mayoritario de una empresa transportista o de su controlante. En cambio la propiedad simultánea y común de activos de generación y distribución sí es admitida, aunque por medio de unidades de negocio separadas.

La segmentación vertical fue complementada con dos principios regulatorios esenciales: a) el pasaje de costos (pass through) en donde los costos de adquisición de la energía generada en condiciones de competencia son trasladados por los proveedores a los usuarios, y b) el acceso abierto (open access) en virtud del cual los operadores de transmisión y distribución deben otorgar un acceso no discriminatorio a sus redes a productores, comercializadores y usuarios.

#### 2.4.3. La regulación por resultados. Tarifas y calidad de servicio

Con matices, el régimen regulatorio vigente para la distribución de energía eléctrica y de gas natural consagró un sistema por el cual: (i) la distribuidora percibe tarifas suficientes para cubrir todos sus costos y obtener una rentabilidad razonable por su inversión; y (ii) la distribuidora tiene la obligación de atender a toda la demanda existente en el área concesionada, así como a todo incremento que ocurra en dicha área, conforme a estándares de calidad precisamente definidos en el Contrato de Concesión o Licencia, cuyo incumplimiento habilita al ente regulador a la imposición de sanciones que inciden patrimonialmente en la empresa distribuidora.

El esquema es sencillo, a partir de tarifas razonables, el prestador debe cumplir sus obligaciones con precisos estándares de calidad, seleccionando los medios empleados a esos efectos. El Estado debe controlar –mediante el Ente Regulador– los resultados de la empresa prestadora en función de los estándares de calidad determinados en el Contrato de Concesión o en la Licencia, imponiendo sanciones ante la verificación de incumplimientos.

Se trata de una regulación de incentivos que busca premiar la eficiencia y castigar el incumplimiento de pautas contractualmente establecidas.

### 3. Conclusión

Los principios tarifarios con regulación por resultados, la desintegración vertical de la industria con apertura a la competencia, implican cambios institucionales profundos que tienen una clara coherencia entre sí a la vez que reflejan con claridad la lógica del sistema de mercado que se pretendió introducir mediante la reforma regulatoria.

Tanto el Estado como el sistema de mercado constituyen mecanismos de coordinación social y de asignación de recursos escasos [7]. Mientras que el primero de los mecanismos actúa desde la planificación centralizada, en el segundo de ellos, es la coordinación interactiva entre las partes la que adquiere relevancia.

Pues bien, en la reforma regulatoria de las industrias del gas y la electricidad que se ejecutó en la década de los noventa se pretendió introducir el sistema de mercado donde antes sólo había Estado, en otras palabras, se crearon mercados que antes no existían. Es a partir de este principio que debe leerse la totalidad de la normativa que instauró las reformas.

Pero la creación de mercados no debe implicar necesariamente la ausencia de leyes y reglas o la ley de la selva. Por el contrario, las consideraciones expuestas anteriormente demuestran que la introducción del sistema de mercado en los sectores de la energía eléctrica y el gas natural estuvo precedida y acompañada de nuevas regulaciones estatales que fijaron objetivos claros y establecieron los incentivos para que, en el marco de un sistema de mercado los agentes privados alinearan su conducta con objetivos fijados previamente por el Estado.

Es por ello que en materia de gas y electricidad, resulta poco apropiado hablar de desregulación y sí resulta ajustado hablar de re-regulación o neo-regulación.

En definitiva, en las reformas estructuradas en gas natural y electricidad, se introdujeron cambios en las reglas de esos sectores que van más allá de la titularidad pública o

privada de las actividades o de la nacionalidad.

Eso me permite destacar que el aspecto formal de las reglas y las instituciones (el “cómo”) tiene en el sector energético una importancia que por lo menos iguala a la de aquellos aspectos que he considerado sustanciales, como lo son la titularidad y nacionalidad de empresas y activos que pertenecen al sector energético (el “qué”).

Esta faz institucional es la que en definitiva ha dado forma a la regulación de la electricidad y el gas natural, y la que determina que en estos casos la privatización de activos no sea un aspecto saliente y sí en cambio se destaque la forma –desintegrada y en competencia– en la que empresas ya sea estatales o privadas, extranjeras o argentinas operan en estos sectores.

En el presente trabajo se han puesto de relieve algunos de los cambios institucionales más relevantes que introdujo la reforma regulatoria de electricidad y gas.

El análisis revela cambios institucionales profundos y complejos que deberían escapar a la satanización pendular argentina que hoy condena sin cortapisas todo lo actuado en la década anterior de la misma manera que en aquella década se repudiaba el paradigma previo, hoy en aparente resurrección.