



CENTRO DE ESTUDIOS DE LA ACTIVIDAD REGULATORIA ENERGÉTICA

Facultad de Derecho de la U.B.A. • Facultad de Ciencias Económicas de la U.B.A. • Ente Nacional Regulador del Gas • Ente Nacional Regulador de la Electricidad

Regulación de Servicios Públicos

Su interdisciplinariedad. Una definición. Su ejercicio.

Ing. Julio César Molina

2.006

LA REGULACIÓN

1.- Interdisciplinarietà de la regulación.

En los últimos años se ha producido un significativo interés por la regulación de los servicios públicos. Proviene no sólo del campo de la economía, sino también del derecho, la ingeniería, las ciencias políticas y otras disciplinas. La mayoría de los problemas que plantea la regulación de servicios públicos observan cierta complejidad y su resolución conlleva implicancias sociales, económicas, políticas; resultando poco probable que una determinada cuestión regulatoria pueda abordarse de modo aislado, de allí la exigencia de su tratamiento en un contexto amplio que supere cualquier versión fragmentada de la realidad. Por ello el éxito del resultado de la regulación dependerá de un adecuado equilibrio de las cuestiones técnicas, legales, económicas y sociales que, inexorable y armónicamente, deben considerarse, a efectos de obtener una visión de totalidad que no se logra desde el conocimiento de las partes.

Diseñar un modelo de regulación observando solamente criterios económicos e ignorando exigencias jurídicas, condiciones sociales, cambios tecnológicos u otros requerimientos, es apostar por un modelo con mucha probabilidad de fracaso, por ello la regulación exige la capacidad de aprender a pensar la complejidad¹: que es también aprender a pensar interdisciplinariamente.

Un destacado administrativista argentino² en relación a uno de los puntos más significativos de la regulación económica de los servicios públicos, toma una figura de la física para evidenciar desde el punto de vista metodológico, el carácter interdisciplinario como forma de abordar la cuestión tarifaria y expresa:

“Quizás el primer elemento que deba señalarse al hablar de tarifas sea su fuerza centrípeta. No existe otro aspecto de los contratos administrativos,..., en el cual se hallen vinculadas e interrelacionadas todas las disciplinas que en ellos se dan cita,

¹ Ander – Egg, E.; Interdisciplinarietà en educación; Edit. Mag, Río de la Plata

² Bianchi, Alberto; La Tarifa de los servicios públicos (Del Rate of Return al Price-Cap)

como en la fijación de la tarifa. Abogados, contadores, economistas, ingenieros,..., se hacen presente con igual intensidad...”

La complejidad de la mayoría de los problemas que la regulación plantea, hace que el regulador no sea un especialista estrecho, encapsulado en el conocimiento de una única materia, sino por el contrario exige del mismo cierta bastedad y amplitud de conocimiento, como cabe a aquél que batalla diariamente con un sinnúmero de diferentes cuestiones y profesiones, pensar en la complejidad de la regulación de los servicios públicos es todo lo contrario de la comprensión simplificada, reduccionista, unidimensional y lineal, propia de cualquier especialista.

Las especialidades, como lo señala Mario Bunge³, se asemejan a las islas de un archipiélago sin conexión entre ellas; pero como toda área del conocimiento está relacionada con otra, resulta necesario tender puentes que unan las distintas islas y desde cada materia adentrarnos en aquellas otras, con prudencia, apertura mental y una buena dosis de curiosidad; para indagar, aprender y así volver a la propia con nuevas conclusiones que sirvan para ubicar los problemas en un más adecuado contexto.

Esa actitud intelectual es necesaria como forma de reconocimiento de la complejidad que se da en el abordaje de la tarificación de los servicios públicos, a partir de ahí resulta necesario buscar y esclarecer los principios jurídicos y económicos de la tarificación del servicio público de distribución de electricidad, con una perspectiva interdisciplinaria y una visión general, los principios como tales son de tipo general los detalles de la regulación derivan de aquellos, que por otra parte son los que están bajo escrutinio y debate permanente.

El problema de la ausencia de vínculos entre los distintos campos del conocimiento que intervienen en la regulación y la falta de una visión general o de contexto, puede graficarse, a través de la analogía utilizada por David Bohm⁴ para manifestar su preocupación por la estrechez de miras con que se está desarrollando la investigación científica. Bohm toma dicha analogía del sentido de la vista, y expresa:

“Los detalles de lo que vemos son recogidos en una pequeña parte central de la retina, llamada fovea. Si ésta es destruida se pierde la visión detallada, pero la

³ Bunge Mario; Mitos, Hechos y Razones, Editorial Sudamericana, 2004

⁴ Bohm, David; Ciencia, Orden y Creatividad, Editorial Kairós, 2003

general, que procede de la periferia de la retina, se conserva. Sin embargo, si la periferia resulta dañada, y la fovea queda intacta, incluso los detalles pierden todos su significado”.

La tarificación de los servicios públicos requiere una visión de la totalidad, que no se logra desde el conocimiento de las partes. El pensamiento regulatorio es complejo y como tal es un pensamiento que relaciona, que permite identificar, el antagonismo entre diversas maneras de pensar, pero también las complementariedades y sus vasos comunicantes. Al decir de Morin⁵:

“...el pensamiento complejo es ante todo un pensamiento que relaciona. Es el significado más cercano al término “complexus” (lo que está tejido en conjunto). Esto quiere decir que en oposición al modo de pensar tradicional, que divide el campo de los conocimientos en disciplinas atrincheradas y clasificadas, el pensamiento complejo es un modo de ‘religazón’.”

Proliferan en el campo de la regulación de los servicios públicos los especialistas del detalle, se los escucha y observa por todos los medios y hoy más que nunca es necesario volver a las fuentes, a la esencia, a concentrarnos en los principios generales de cada materia , para de ese modo, “religar” el conocimiento y aún mas, ver que los detalles no pierdan significado, y así comprender, por ejemplo, que la exigencia legal de justicia y razonabilidad que deben observar las tarifas no es diferente al requerimiento de la técnica y economía de una asignación eficiente y equitativa de los recursos.

2.- Competencia y regulación.

Al ser la competencia generadora de incentivos que lleva a las empresas a comportarse generalmente de modo consistente con una asignación eficiente de los recursos, la misma resulta ser el objetivo prioritario de las relaciones entre los distintos agentes de la economía. Por lo que ante la presencia de competencia, la regulación es un instrumento necesario para defenderla e incentivarla, para crearla cuando exista tal posibilidad. Sin embargo a menudo la competencia no es “perfecta”, sino

⁵ Morin Edgar; Citado en: Articular los saberes; Edic. Universidad del Salvador, 1998

que está limitada, llegando al extremo en que hay una ausencia total de ella. Hay una única empresa que abastece todo el mercado. Es el caso del monopolio.

La preocupación por los monopolios se debe fundamentalmente a que el mismo restringe la competencia, siendo su nivel de producción (oferta) menor a la de los mercados competitivos, puesto que vender implica bajar sus precios. Es por ello que cuando la solución más adecuada que se nos presente requiera de la existencia de los llamados monopolios naturales, se hace imprescindible la introducción de la regulación como elemento corrector de ciertas fallas, que vienen aparejadas con la figura del monopolio.

En este marco, la defensa de la competencia es definida por Coloma⁶ como una clase de regulación “indirecta”, cuyo objetivo es controlar el ejercicio del poder de mercado en situaciones en las que dicho control depende de la existencia de varias empresas que compiten entre sí; difiriendo de los mecanismos de regulación “directa” que por lo general son de aplicación ante la existencia de un monopolio.

Es sobre esta última clase de regulación (directa) a la que nos referiremos a efecto de esbozar y adoptar una definición de la misma.

El término regulación ha sido definido, con diferente amplitud, por diversos autores y distintas ciencias. Desde el Derecho y con una perspectiva dinámica, la regulación es el proceso de elaboración, aprobación y aplicación de normas jurídicas o de actos o contratos con eficacia normativa⁷.

Desde la economía se refiere a la misma como una forma de intervención pública que restringe o interfiere la actuación de los agentes económicos. Mitnick ensaya algunas definiciones de la regulación desde diferentes ópticas (restrictivas y amplias) incluyendo en una de ellas la noción de proceso, lo cual aparece como un concepto más acabado de la misma⁸, definiendo la regulación como:

⁶ Coloma, Germán; Defensa de la competencia – Análisis económico comparado; Editorial Ciudad Argentina; 2003

⁷ de la Cruz Ferrer, Juan; Principios de Regulación económica en la Unión Europea; Inst. de Estudios Económicos; 2002.

⁸ Mitnick, Barry; La economía política de la regulación; Fondo de la Cultura Económica; 2002

“...un **proceso** que consiste en la **restricción** intencional de la elección de actividades de un sujeto y proviene de una **entidad** que no es parte directa **ni está involucrada** en dicha actividad”.

La regulación como *proceso* nos señala el carácter evolutivo de la misma, que ninguna regulación es un estadio final, sino un conjunto de acciones que han de ajustarse a los cambios económicos, tecnológicos, sociales; se trata de un proceso dinámico, flexible, de corrección y adaptación a nuevas circunstancias y ello precisamente es lo que exige esa relación de las múltiples materias del conocimiento que intervienen. Por otra parte, al ser la misma una *restricción o limitación* a la libertad de actuación de determinados agentes respecto a ciertas variables (precios, calidad, producción), se justifica, sí y solo sí, existen intereses públicos superiores que no pueden verse satisfechos por la actuación de los agentes en un mercado competitivo. Por último, al destacar que la misma es ejercida por una entidad que no es parte ni está involucrada en dicha actividad, pone de relieve las identidades del regulador y regulado, en la mayor parte de las veces el regulado es una parte privada o no gubernamental, aunque no se desecha la regulación intragubernamental o autorregulación (prestación estatal – regulación estatal), con los inconvenientes propios que tal circunstancia observa.

En virtud del carácter *restrictivo, limitativo*, que a través de normas o acciones específicas impone la regulación, para *interferir, coaccionar, promover o persuadir* en relación a los mecanismos de asignación de recursos, resulta necesario realizar algunas consideraciones sobre el ejercicio de la misma.

3.- El ejercicio de la regulación

Siendo la regulación, una “limitación a la libertad” del sujeto regulado, su ejercicio debe realizarse con prudencia, eficiencia, con un claro conocimiento de la finalidad que se pretende lograr, del vicio que se quiere corregir, de la necesidad que se quiere atender, teniendo siempre presente que la misma debe ser sólo la imprescindible, decreciente, subsidiaria y complementaria del mercado⁹.

⁹ Lopez de Castro García-Morato, Lucia, Ariño Ortiz, Gaspar; La competencia en sectores regulados. Regulación empresarial y mercado de empresas, 2003

Dijimos que el pensamiento regulatorio es complejo, que exige un conocimiento amplio que relacione (religazón) las materias intervinientes y, al tratarse la regulación de un proceso que debe ajustarse a los cambios, el ejercicio de la misma genera efectos que luego deben ser reanalizados y readecuados en su aplicación. Todo ello requiere además, una dedicación continuada, a efecto de evitar el aplazamiento de decisiones y porque la adopción de las mismas, exige no sólo, absoluta imparcialidad y racionalidad, sino también un abordaje alejado del interés de corto-plazo de la política, que por lo general resulta sesgado.

Una adecuada regulación requiere que su ejercicio sea realizado con: 1) un alto grado de pericia (experiencia práctica en el sector), 2) capacidad para planear y desarrollar una política regulatoria coherente y continua, 3) capacidad de dar respuestas flexibles a los cambios de las condiciones económicas, sociales y tecnológicas, 4) ausencia de influencias político-partidarias, 5) racionalidad técnica e independencia, 6) transparencia y claridad a través de procedimientos participativos. Solo así podrá concebirse una óptima regulación que, incentive la eficiencia en la actuación de los regulados y evite la elevación del “riesgo” que inexorablemente produce daño a la actividad.

La introducción del factor “riesgo” en relación al ejercicio de la regulación y más directamente respecto a la tarificación de servicios públicos, se explicita de mejor modo en las siguientes igualdades.

La “sustentabilidad” del servicio, que no es otra cosa que el sostenimiento en el tiempo de la prestación en condiciones de calidad, seguridad, etc., no sólo para los actuales usuarios sino también de los posibles, a futuro, en cualquiera de las categorías que comprende el servicio, es función y estará asegurada si se garantiza un adecuado nivel de inversión, es decir que:

$$\text{SUSTENTABILIDAD} = f(\text{INVERSIÓN})$$

La inversión está sujeta, no tan sólo, a la adecuación de los ingresos a través de las tarifas, sino también al nivel de riesgo. Este último puede caracterizarse como un problema de oportunismo, que deriva en shocks a la rentabilidad de proyectos como consecuencia de alguna acción o inacción gubernamental (la conducta también oportunista del inversor no son aquí consideradas).

Téngase en cuenta que las inversiones en infraestructura para el sector eléctrico son típicamente grandes, a largo plazo, relativamente irreversibles y específicas, es decir utilizan importantes recursos hundidos con largos períodos de repago, tales activos son considerados frecuentemente como estratégicos y son propensos a ser expropiados ante cambios políticos. Por otra parte, cambios arbitrarios o unilaterales del marco regulatorio, interpretación adversa de cláusulas ambiguas, ausencia de claridad en la forma de resolución de conflictos o de decisiones ante situaciones cambiantes (ausencia de profesionalidad del organismo regulatorio), determinaciones influidas por el clima político (falta de independencia del órgano regulador), son parte del muestrario de circunstancias institucionales u organizacionales, que elevan el denominado riesgo, afectando el nivel de las inversiones.

$$\mathbf{INVERSIONES = f(TARIFAS \text{ y } RIESGO)}$$

Por lo que, estando las tarifas sujetas a la regulación estatal y siendo la magnitud del riesgo un reflejo del comportamiento de este sector, el cual se materializa en la medida de la volatilidad histórica de los cambios o no cumplimiento de normas (riesgo institucional) y del grado de independencia del regulador (riesgo organizacional), dicha magnitud se traduce en el requerimiento de mayores tarifas, mayores subsidios, reducción del nivel de inversiones¹⁰, lo que nos permite plantear que:

$$\mathbf{TARIFAS \text{ y } RIESGO = f(REGULACIÓN)}$$

Resultando en definitiva que la sustentabilidad del servicio es función de la regulación:

$$\mathbf{SUSTENTABILIDAD = f(REGULACIÓN)}$$

Por lo que no cabe otra cosa que exigir que su ejercicio sea realizado alejado de la discrecionalidad, la arbitrariedad, la parcialidad, que afectan la credibilidad regulatoria y constituyen una síntesis del llamado “riesgo de la regulación”¹¹, el cual es siempre pernicioso para el servicio

¹⁰ Guasch, J. L.; Granting and Renegotiating Infraestructura Concessions; WBI; 2004

¹¹ Ariño Ortiz, Gaspar; La regulación económica; Editorial Ábaco; 1996

público, al afectar su objetivo más trascendente, que sintetiza los caracteres del mismo, como son: la regularidad, la continuidad, la universalidad, etc.