



www.respublicaargentina.com

RES PUBLICA ARGENTINA

CONTRAPUNTO

Crisis energética y oportunidad de cambio.
Propuesta desde la óptica jurídica.

Por **DIEGO SARCLAT**, p. 7

Sector eléctrico: crisis y después.
Presupuestos y propuestas para una contribución
regulatoria a la superación de la crisis.

Por **NICOLÁS ELLASCHEV**, p. 39

Uso y abuso de las instituciones electorales.
El caso de las internas partidarias y las fechas
en las elecciones del 2005.

Por **VIRGINIA OLIVEROS** y **GERARDO SHERLIS**, p. 51

La multiplicación de los panes y los peces.

Por **FERNANDO MARESCA**, p. 75

Protesta social y medios de comunicación:
Una relectura de los saqueos de diciembre de 2001.

Por **JUAN PEDRO ALONSO**, p. 89

Consejo de Redacción

Director: AGUSTÍN GORDILLO

Subdirector: AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ

Consejeros: MARCELO BRUNO DOS SANTOS • SANTIAGO R. CARRILLO
NICOLÁS DIANA • FRANCISCO FERRER • JOSEFINA PAZOS • KARINA PRIETO
ORLANDO D. PULVIRENTI • GUILLERMO SCHEIBLER

Res Publica Argentina



2007-2

Junio - Septiembre 2007

Consejo de Redacción

Director: *AGUSTÍN GORDILLO* • **Subdirector:** *AGUSTÍN A. M. GARCÍA SANZ*

Consejeros: *MARCELO BRUNO DOS SANTOS* • *SANTIAGO CARRILLO* • *NICOLÁS DIANA* •
FRANCISCO JAVIER FERRER • *KARINA PRIETO* • *ORLANDO PULVIRENTI* • *GUILLERMO SCHEIBLER*

Propiedad de Ediciones Rap s.a.
Director responsable: Eduardo Mertehikian
Talcahuano 638 2° “D” (C1013AAN)
Ciudad Autónoma de Buenos Aires
4374-0661 (líneas rotativas)
consulta@revistarap.com.ar
www.rapdigital.com

Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723. Registro Nacional de la Propiedad
Intelectual 455.168. ISSN N° 1669-8711.

Las colaboraciones firmadas no representan necesariamente la opinión de la Dirección ni del Consejo de Redacción. Prohibida la reproducción total o parcial de las colaboraciones firmadas, por medios electrónicos o mecánicos, incluyendo fotocopia, grabación magnetofónica y cualquier sistema de almacenamiento de información sin autorización escrita del Editor.

Para contactarse con el Consejo de Redacción:

gordillo@respublicaargentina.com
garciasanz@respublicaargentina.com
brunodossantos@respublicaargentina.com
carrillo@respublicaargentina.com
diana@respublicaargentina.com
ferrer@respublicaargentina.com
prieto@respublicaargentina.com
pulvirenti@respublicaargentina.com
scheibler@respublicaargentina.com

Visite nuestro web site:
www.respublicaargentina.com

Esta publicación se terminó de imprimir
en: Primera Clase Impresiones
California 1321 (1168) Tel. 4301-0956
Buenos Aires, Argentina

ÍNDICE

CONTRAPUNTO

CRISIS ENERGÉTICA Y OPORTUNIDAD DE CAMBIO. PROPUESTA DESDE LA ÓPTICA JURÍDICA

POR DIEGO SARCIAT

p. 7.

SECTOR ELÉCTRICO: CRISIS Y DESPUÉS. PRESUPUESTOS Y PROPUESTAS PARA UNA CONTRIBUCIÓN REGULATORIA A LA SUPERACIÓN DE LA CRISIS

POR NICOLÁS ELIASCHEV

p. 39.

USO Y ABUSO DE LAS INSTITUCIONES ELECTORALES. EL CASO DE LAS INTERNAS PARTIDIARIAS Y LAS FECHAS EN LAS ELECCIONES DEL 2005

POR VIRGINIA OLIVEROS Y GERARDO SCHERLIS

p. 51.

LA MULTIPLICACIÓN DE LOS PANES Y LOS PECES

POR FERNANDO MARESCA

p. 75.

PROTESTA SOCIAL Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN: UNA RELECTURA DE LOS SAQUEOS DE DICIEMBRE DE 2001

POR JUAN PEDRO ALONSO

p. 89.

SECTOR ELÉCTRICO: CRISIS Y DESPUÉS. PRESUPUESTOS Y PROPUESTAS PARA UNA CONTRIBUCIÓN REGULATORIA A LA SUPERACIÓN DE LA CRISIS

POR NICOLÁS ELIASCHEV

“What is now needed is a concordat [...] in which agreed obstacles to wealth creation are swept away...”¹

1. *La crisis del sector y las posibilidades para su superación*

La falta de energía es un serio obstáculo para la creación de riqueza que debe ser removido cuanto antes si los argentinos queremos recorrer un camino de prosperidad y crecimiento económico sustentable en el largo plazo.

Tras más de cinco años de incertidumbre regulatoria y congelamiento de precios y tarifas, la escasez de energía se precipitó con fuerza sobre la sociedad argentina al converger a partir de mayo de este año variables climáticas que habían estado ausentes en el pasado reciente. Así, la escasez tan temida, que no se había manifestado con tanta intensidad antes de este invierno debido a una mezcla de buena suerte, hidraulicidad alta en los embalses, temperaturas moderadas y recortes a las exportaciones de gas, se mostró a partir del mes de mayo, con toda su fuerza.

El lunes 28 de mayo un apagón en gran parte de la Ciudad de Buenos Aires impuso la necesidad de confrontar el hecho de que la energía se había acabado:² la oferta no alcanzaba para satisfacer a la demanda.³ El Gobierno nacional recurrió a importaciones de gas de Bolivia, de fuel

¹ “The enterprise agenda,” comentario editorial publicado por el Diario *The Guardian* de Londres, 10-XII-04.

² ELIASCHEV, NICOLÁS, “El día que se acabó la energía,” *La Nación*, 19-VI-07.

³ “El sistema eléctrico tuvo su día más crítico con apagones,” *La Nación*, 29-V-07; “Cortes de luz rotativos para enfrentar el pico de demanda,” *Clarín*, 29-V-07; “El sistema energético no pudo resistir el día más frío del año,” *El Cronista*, 29-V-07.

oil de Venezuela y de electricidad de Brasil y Uruguay,⁴ y como aun así no alcanzaba, ordenó a CAMMESA que instruyera a los grandes usuarios que actúan como agentes del MEM y a las grandes demandas abastecidas por los distribuidores a restringir su consumo en 1200 MW entre las 16:00 y 0:00 horas todos los días. Estas restricciones tuvieron un alto impacto en el nivel de producción industrial, pero no lograron reducir la demanda de energía que siguió creciendo debido a un consumo residencial prácticamente desenfrenado.⁵

No es el propósito de este trabajo indagar en las causas que llevaron a la escasez y posterior racionamiento del suministro energético,⁶ sino intentar esbozar cuáles son las posibles vías para salir de esta situación.

La superación de la escasez de energía requiere de cuantiosas y substanciales inversiones que comiencen a decidirse y ejecutarse ahora, pero que se prolonguen en el largo plazo.

Las inversiones requeridas son de tal magnitud que necesariamente deberá acudir al financiamiento externo y privado para disponer de los fondos suficientes.

La necesidad de recurrir a la inversión privada está dictada por el carácter finito de los fondos públicos que se pueden canalizar a infraestructura energética. Pero la recurrencia al sector privado no sólo es una necesidad sino también una cuestión de conveniencia. El sector privado no sólo asigna más eficientemente de los recursos sino que también es considerablemente más eficaz en su ejecución. Si alguna duda cabe respecto de ello, basta sólo confrontar las cifras y los años que ha demandado cada proyecto de infraestructura energética llevado a cabo por el Estado argentino.

El interrogante a resolver pasa, entonces, por responder a la pregunta de cómo puede recrearse un ordenamiento jurídico que incentive a la inversión privada y su financiamiento a largo plazo, de modo de contar con una oferta de energía que permita satisfacer plenamente a una demanda creciente.

Para responder a esta pregunta, en este trabajo se esbozan algunas propuestas para el mejoramiento de la regulación del sector eléctrico, tomando como presupuestos a la finalización de la emergencia, la readaptación del MEM y un cierto umbral mínimo de calidad institucional. En el capítulo 2 se desarrollan los presupuestos y en el capítulo 3 se desarrollan las propuestas.

⁴ Afortunadamente, el corte de los puentes fronterizos no se ha replicado para las líneas de transmisión eléctrica que interconectan ambos países. De esta manera, algunas añejas usinas de UTE (empresa uruguaya de electricidad) que ya están en desuso en el propio Uruguay pudieron aportar su disponibilidad de potencia para la Argentina.

⁵ El consumo total de energía en el mes de agosto se incrementó en un 7,38 % respecto de igual mes del año anterior. El consumo residencial que constituye más del 41,26 % de la demanda creció en agosto nada menos que un 17,31 % respecto de igual mes del 2006, mientras que la demanda de los grandes usuarios del MEM decreció en ese lapso un 6.15 %. (Cfr. Informe difundido por la Asociación de Distribuidores de Energía Eléctrica de la República Argentina, ADEERA, disponible en <http://www.adeera.org.ar>.)

⁶ Sobre el tema puede verse: NAVAJAS, FERNANDO, "Las explicaciones no oficiales a la crisis energética," *La Nación*, 15-IX-07.

2. *¿Existe una solución regulatoria? Límites y presupuestos*

Es propio de los abogados pensar que un buen marco jurídico o regulatorio basta para resolver los principales problemas que pueden presentarse en cualquier aspecto de la vida económica o social. Sin embargo debe admitirse que ello no es suficiente. El mejor ordenamiento jurídico fracasa si no existe voluntad de aplicarlo y, aún si esa voluntad existe, hay factores políticos, económicos y sociales que muchas veces condicionan la aplicación de una determinada decisión regulatoria.

Aún así, la existencia de un marco regulatorio idóneo que genere reglas de juego claras, es decir, instituciones previsibles y razonables, es condición esencial (aunque tal vez no suficiente) para el desarrollo exitoso de un sector capital intensivo como el de la energía eléctrica.

Antes de exponer las propuestas, se explicitan a continuación algunos de sus presupuestos básicos.

2.1. *Presupuesto 1: Normalidad contractual y readaptación del MEM*

El marco regulatorio dado por la ley 24.065 y sus distintas reglamentaciones ha sido un ordenamiento jurídico que generó reglas claras y suficientes para fomentar inversiones y mejoras en el sector eléctrico. Así lo demuestran las inversiones que recibió el sector entre los años 1992 y 2001 y las mejoras que dichas inversiones trajeron aparejadas.⁷

Luego de más de cinco años de vigencia de la emergencia declarada por la ley 25.561⁸ se impone retomar sin más demora la senda marcada por la regulación de la ley 24.065.

Aunque ninguno de los actos dictados por el gobierno nacional ha indicado formalmente una voluntad de abandonar los principios básicos en materia de la regulación de la energía eléctrica y, por el contrario, son numerosas las ocasiones en las que la Secretaría de Energía ha resaltado la transitoriedad de las medidas dictadas en el marco de la emergencia y el propósito de “readaptar” el mercado eléctrico mayorista,⁹ en los hechos la mayoría de los principios de la regulación de la ley 24.065 han sido dejados de lado¹⁰ y la emergencia, como es tradición en la Argentina amenaza con convertirse en permanente.

⁷ FIEL, *La Regulación de la Competencia y de los Servicios Públicos: Teoría y Experiencia argentina reciente*, Buenos Aires, FIEL, 1999.

⁸ La vigencia de los artículos 8 a 10 de la ley 25.561 —que congelaron y pesificaron las tarifas de las concesionarios y licenciarios de servicios públicos, y dispusieron la renegociación de los contratos— fue prorrogada sucesivamente por las leyes 25.790 (hasta el 31 de diciembre de 2004), 25.972 (hasta el 31 de diciembre de 2005), 26.077 (hasta el 31 de diciembre de 2006) y 26.204 (hasta el 31 de diciembre de 2007.)

⁹ Por ejemplo en el Acta de Adhesión para la Readaptación del Mercado Eléctrico Mayorista aprobada como Anexo de la resolución SE 1427/04, publicada el 7 de diciembre de 2007 en el Boletín Oficial, se estableció que: “El presente [Acuerdo] tiene por objeto fijar pautas básicas sobre las cuales se **readaptará** el MERCADO ELECTRICO MAYORISTA (MEM), entendiéndose por tal readaptación a la acción de recomponer el funcionamiento regular del MEM como un mercado competitivo, con oferta suficiente, en el cual los Generadores, Distribuidores, Comercializadores, Participantes y Grandes Usuarios de energía **pueden comprar y vender electricidad a precios determinados por la oferta y la demanda, sin distorsiones reglamentarias y en el marco establecido por la Ley N° 24.065.**” (Cfr. artículo 1, anexo I, énfasis agregado.)

¹⁰ ELIASCHEV, NICOLÁS, “Los cargos tarifarios para obras en gas y electricidad. Una etapa más en una demolición oculta,” *JA*, 2006-II, *Suplemento de Derecho Administrativo*, pp. 17-24.

En función de lo expuesto, cualquier examen sobre la necesidad de producir cambios regulatorios en el sector eléctrico debe partir de la necesidad acuciante de dar por terminada la emergencia declarada por la ley 25.561 y concretar sin más dilaciones: (i) la renegociación contractual de todas las concesiones de los servicios públicos de transporte y distribución de electricidad con tarifas suficientes para que las empresas concesionarias puedan cubrir sus costos y tengan la oportunidad de obtener una rentabilidad razonable así como la posibilidad de acceder a distintos mercados de crédito, previendo asimismo mecanismos de actualización económica operativamente viables; y (ii) la readaptación del MEM con el retorno a la sanción de precios de la energía fijados de acuerdo al costo económico del sistema en un esquema marginalista en donde sean remunerados adecuadamente los costos de capital y de operación de todos los agentes del mercado.

2.2. Presupuesto 2: Instituciones regulatorias coherentes y confiables

La certeza y previsibilidad de un determinado marco institucional, en definitiva, la seguridad jurídica, son presupuestos esenciales de un régimen que debe, por imperativo de los hechos, crear un marco adecuado para la decisión y ejecución de inversiones cuantiosas y de largo plazo. Para el logro de este objetivo entiendo que algunas condiciones son esenciales:

2.2.1. Independencia y autonomía

El rol de las distintas autoridades públicas en la regulación del sector no debe confundirse. La Secretaría de Energía, como órgano político por excelencia, es la encargada de adoptar las decisiones de política coyuntural que pudieran corresponder, en tanto que el ENRE es un órgano de control a cargo de hacer observar, aplicar y verificar el cumplimiento de las normas generales que gobiernan el sector. Sus funciones son de gran importancia y deben desarrollarse en un contexto de una amplia gama de intereses cruzados. Es simplista percibir que el único conflicto es entre la dimensión pública y la privada. Lo público tiene varias dimensiones, temporales (por ejemplo, algunas coyunturales y otras de largo plazo) y jurisdiccionales y, de la misma manera, los actores privados son variados y con intereses diversos en un mercado desintegrado vertical y horizontalmente.¹¹

En consecuencia, si se pretende un ejercicio imparcial y adecuado de sus funciones, es fundamental preservar la independencia y solvencia del ENRE y de sus funcionarios por medio de: (i) designaciones efectuadas por concurso público de oposición y antecedentes; (ii) remuneración adecuada para retener y captar cuadros técnicos destacados; (iii) régimen de incompatibilidades con el sector privado; (iv) duración de mandatos que no coincidan con la duración de los mandatos de funcionarios del Poder Ejecutivo; (v) capacitación continua de funcionarios y empleados; y (vi) recursos financieros y técnicos suficientes.

2.2.2. Transparencia, acceso a la información, participación de los interesados

La transparencia y el correcto acceso a la información es un medio adecuado para garantizar la independencia y autonomía referida más arriba. Por ello es deseable la aplicación de los mecanismos

¹¹ La confusión de roles es peligrosa y sus consecuencias altamente perjudiciales. Un ejemplo de ello es el rol que ha adoptado el ENARGAS durante la presente administración nacional y la presunta participación de algunos de sus funcionarios en irregularidades financieras y administrativas.

previstos en el decreto 1172/03, incluyendo la publicidad de las audiencias de los funcionarios, la publicidad de las reuniones del directorio del organismo y la posibilidad de consultar expedientes y documentación sin restricciones.

En cuanto a la participación de los interesados, si bien las audiencias públicas son un buen modo de alentarla debe complementárselo con otros mecanismos como el denominado *documento de consulta*,¹² instrumento apto para incentivar una participación más elaborada y fundamentada que exceda el mero discurso de barricada.

2.2.3. Presupuesto 3: Un sistema de mercado

Si asumimos que resulta un objetivo de toda comunidad organizada proveer de la mejor manera posible a que sus ciudadanos actuales y futuros tengan la oportunidad de satisfacer sus necesidades, es esencial maximizar la generación de riqueza y la creación de valor.

La energía eléctrica es un servicio esencial de consumo final para los usuarios residenciales y un insumo básico en procesos de producción y comercialización para los usuarios industriales y comerciales. Por ende, la disponibilidad de energía eléctrica abundante es un elemento clave de todo proceso de creación de valor y riqueza.

Es un presupuesto teórico de este trabajo que son los mecanismos de mercado y no los distintos modos de planificación centralizada estatal los que mejor conducen a maximizar la creación de valor y generación de riqueza y ello también debe aplicarse a la industria del sector eléctrico.¹³

A partir de la asunción de estos presupuestos, la tesis que se postula es que no basta sólo con un mero retorno a la aplicación de la ley 24.065 sino que el sector eléctrico y la sociedad en general podrían beneficiarse con algunas modificaciones o incorporaciones a ese esquema.

3. Propuestas

Las propuestas se construyen teniendo en cuenta los objetivos de la regulación del sector tal como ya están previstos en el artículo 2° de la ley 24.065: a) Respeto de los derechos de los usuarios; b) Incentivo a la competitividad y a las inversiones privadas para alentar el suministro

¹² Sobre el tema, ver HUICI, HÉCTOR, “El Documento de Consulta como una forma especial de la Audiencia Pública,” AA.VV., *Procedimiento Administrativo*, Buenos Aires, RAP, 1999, pp. 305-311.

¹³ La preferencia del mercado como agente creador de riqueza no es patrimonio exclusivo de los modelos económicos y políticos “neoliberales” como lo indican en forma maníquea algunas visiones sesgadas y con poca memoria. Por ejemplo, hace rato que las economías social democráticas escandinavas combinan un alto nivel de liberalización de sus mercados e importantes incentivos a la iniciativa privada con cuantiosos beneficios sociales para sus ciudadanos. Ese es el camino adoptado también por los gobiernos laboristas en el Reino Unido a partir de 1997 (ver GIDDENS, ANTHONY, *La tercera vía y sus críticos*, Madrid, Taurus, 2001 y ELIASCHEV, NICOLÁS, “Blair, Brown y la vía británica,” *La Nación*, 13-V-05.) La premisa es que no se puede crear una sociedad con igualdad de oportunidades si no existe un proceso de creación de valor que sea susceptible de generar esas posibilidades (ver: RINGEN, STEIN, *The Possibility of Politics: A Study in the Political Economy of the Welfare State*, Oxford, Oxford University Press, 1987 [3rd. ed., Transaction Publishers, 2006].)

a largo plazo; c) Confiabilidad, igualdad, libre acceso, no discriminación y uso generalizado de los servicios; d) Tarifas justas y razonables; e) Uso eficiente de la electricidad.

Las propuestas que a continuación se formulan no son prescripciones sino apenas ideas destinadas a fomentar el debate y la discusión en torno a estos temas.¹⁴

El énfasis de las propuestas está puesto en profundizar la estructura económica del sector que surge del diseño regulatorio de la ley 24.065, rescatando la necesidad de contar con un marco regulatorio que refleje adecuadamente los costos de los operadores y les reconozca niveles aceptables de rentabilidad, pero que, a la vez, fomente la competencia y concurrencia libre, como herramienta preferencial para incentivar la reducción de los precios que paga la demanda.

3.1. Propuesta 1. Tarifas y precios. Ingresos suficientes y previsibles. Rentabilidad y financiamiento. Contractualización del mercado

Está comprobado, a partir de experiencias en otros sectores, que el modelo de subsidios masivos e indiscriminados a prestadores privados a cambio del mantenimiento de tarifas bajas genera incentivos perversos que desalientan gravemente a cualquier decisión de inversión y que fomentan el florecimiento de un capitalismo prebendario o de amigos.

En consecuencia, es necesario minimizar los subsidios (que deben estar restringidos exclusivamente a los pobres) y formular las herramientas regulatorias necesarias para que existan precios y tarifas que les permitan a los operadores del sector: (i) contar con ingresos suficientes; y (ii) contar con ingresos previsibles.

La **suficiencia** de los ingresos atiende a la necesidad de que ellos alcancen para la cobertura de costos corrientes y para generar una oportunidad de obtener rentabilidades razonables.

La **previsibilidad** de los ingresos atiende la necesidad de que ellos constituyan un flujo de fondos estable que habilite a los operadores a recurrir a distintos mercados de capitales y de crédito, a fin de lograr financiamiento barato y de largo plazo para las masivas inversiones que requiere una expansión del sector que sea suficiente para acompañar un proceso general de crecimiento económico sustentable de largo alcance. El financiamiento por medio del crédito es una herramienta esencial para que las tarifas no sean demasiado elevadas. Es menos oneroso pasar a tarifa el costo de servir una deuda que pasar a tarifa el costo de capital de una inversión en infraestructura.

Una herramienta que podría resultar idónea para el logro simultáneo de ingresos suficientes y previsibles, pero también para reforzar la seguridad del abastecimiento es la

¹⁴ Ninguna de las propuestas que aquí se formulan parece estar muy a tono con las ideas hoy en boga y podrían, por ello, ser descalificadas por “anticuadas” o “neoliberales.” Es una tendencia del pensamiento dominante de cada época sea del signo que sea, postular el fin de las ideas que se le oponen. La historia reciente demuestra que los finales nunca son tan finales.

denominada contractualización del mercado. Esta idea que ya fue introducida en Argentina con el decreto 804/01 (de efímera vigencia)¹⁵ y en otros ordenamientos nacionales como el de la República de Chile,¹⁶ está también mencionada dentro de los compromisos asumidos (pero hasta ahora no cumplidos) por la Secretaría de Energía en su resolución SE 1427/04 en el marco de la convocatoria a los generadores privados a adherir a la conformación del FONINMEM.¹⁷

El núcleo de la propuesta pasa por incentivar a las distribuidoras a celebrar contratos de abastecimiento de energía eléctrica a largo plazo para la satisfacción de un porcentaje mayoritario de su demanda a la vez que se les permite pasar a tarifa el valor promedio de dichos contratos. Ello permitiría no sólo lograr certeza y previsibilidad para los ingresos de los generadores y de los distribuidores, sino también evitar las oscilaciones de un mercado *spot* excesivamente volátil.

3.2. Propuesta 2. Introducción de competencia en segmentos monopólicos. *Unbundling*

La posibilidad de elegir libremente al proveedor de energía mediante la celebración de contratos es una facultad que el régimen regulatorio vigente sólo reconoce a los grandes usuarios. Su extensión a otros usuarios empezó a aplicarse incipientemente en nuestro país en el sector del gas natural con el dictado de la resolución SE 752/05 y reconoce antecedentes en el mundo tales como en el caso del Reino Unido y algunos jurisdicciones estatales de los Estados Unidos.

Los beneficios de una mayor competencia son múltiples. La competencia no sólo fomenta una baja relativa en los precios sino que también facilita la tarea de regulación y control por parte

¹⁵ El decreto 804/01 fue dictado el 19 de junio de 2001 por el Poder Ejecutivo Nacional en el marco de las facultades conferidas por la ley 25.414 y publicado el 21 de junio en el Boletín Oficial. Su propósito era “ampliar el campo de la desregulación del sector, permitiendo una progresiva reducción de la intervención del ESTADO NACIONAL en las decisiones económicas de los agentes del mercado eléctrico, posibilitando una mayor libertad económica de los particulares en la explotación de las actividades vinculadas a la industria eléctrica.” (Cfr. considerando 6º, in *fine*.) El 12 de septiembre de 2001, el Congreso Nacional sancionó la ley 25.468 que derogó del decreto 804/01, que nunca alcanzó a entrar en vigencia. En cuanto a la contractualización del mercado, el decreto 804/01, en su artículo 7º, había reformado el artículo 21 de la ley n 24.065 y aprobado este texto: “Los distribuidores deberán satisfacer toda demanda de servicios de electricidad que les sea requerida en los términos de su contrato de concesión. Los distribuidores serán responsables de atender todo incremento de demanda en su zona de concesión a usuarios finales, por lo que deberán asegurar su aprovisionamiento, celebrando los contratos de compraventa en bloque, que consideren convenientes. 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.” Por su parte, el artículo 9º del decreto 804/01 había sustituido al inciso c) del artículo 40 de la ley 24.065 por el siguiente: “En el caso de las tarifas de los distribuidores, el precio de venta de la electricidad a los usuarios incluirá un término representativo de sus adquisiciones en el MERCADO ELECTRICO MAYORISTA. A tal efecto se calculará un precio de referencia que estará conformado por el precio de los contratos que el distribuidor celebre en los términos del artículo 21 de la presente ley, el precio spot horario por nodo que resulte de lo dispuesto en el artículo 36 de la presente ley y los costos de transporte asociados, ambos con las modificaciones que se les introducen por los artículos 8º y 9º respectivamente del presente decreto.”

¹⁶ Ley 20.018 de la República de Chile.

¹⁷ Uno de los compromisos asumidos en dicha resolución por parte de la Secretaría de Energía fue el de “Promover los cambios regulatorios necesarios para que, a partir de la readaptación del MEM: Las medianas y grandes demandas tengan la obligatoriedad de la contratación de, al menos, 75% de su consumo de energía eléctrica.” (Cfr. Anexo I, artículo 4.1., inciso vi.)

de las autoridades ya que se permite comparar desempeños de empresas operando en el mismo mercado. La competencia además devuelve la libertad a los usuarios que no quedan cautivos de un monopolio, surgiendo la posibilidad de premiar y castigar, al poder elegir y dejar de elegir a las compañías prestadoras del servicio en función de su desempeño.

Introducir competencia en segmentos de usuarios comerciales y residenciales no implica una multiplicación física de redes, sino quitarle a las distribuidoras el monopolio comercial del suministro de energía en las áreas geográficas en las que operan y habilitar a otras empresas a proveer de energía a los usuarios mediante el uso remunerado de las redes existentes. En este esquema la distribuidora asume un papel similar a las transportistas y es separada de la provisión o comercialización de energía que es asumida por empresas en libre competencia.

Los Contratos de Concesión de las empresas concesionarias del servicio público de distribución de energía eléctrica bajo regulación federal (EDENOR, EDESUR y EDELAP) prevén expresamente esta posibilidad.

El artículo 3° de los Contratos de Concesión de estas empresas estipula que “[l]a concesión se otorga con EXCLUSIVIDAD ZONAL. LA CONCEDENTE podrá dejar sin efecto la EXCLUSIVIDAD ZONAL o modificar el área dentro de la cual se ejerce, cuando innovaciones tecnológicas conviertan toda o parte de la prestación del servicio público de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica que reviste hoy la condición de monopolio natural, en un ámbito donde puedan competir otras formas de prestación de tal servicio. La extinción total o parcial del derecho de EXCLUSIVIDAD ZONAL implicará la consecuente extinción total o parcial de la obligación reglada en el Artículo 2° de este Contrato¹⁸ y la pertinente modificación de las cláusulas contractuales, a los efectos de determinar la nueva forma de regulación de la actividad de Distribución y Comercialización de Energía Eléctrica.”¹⁹

El principio del acceso abierto de redes consagrado en la ley 24.065 en virtud del cual “los transportistas y los distribuidores están obligados a permitir el acceso indiscriminado de terceros a la capacidad de transporte de sus sistemas que no esté comprometida para abastecer la demanda contratada, en las condiciones convenidas por las partes y de acuerdo a los términos de esta ley” (cfr. ley 24.065, artículo 22) y las previsiones contractuales antes citadas, implican que la regulación vigente tiene las bases necesarias para poder introducir más competencia en el sector eléctrico.

Lamentablemente, los vientos en el mercado eléctrico argentino no soplan en la dirección de un fortalecimiento de la competencia sino que parecen estar dirigidos a fomentar

¹⁸ El artículo 2° de los Contratos de Concesión establece que: “LA CONCESIÓN otorgada implica que LA DISTRIBUIDORA está obligada a atender todo incremento de demanda dentro del AREA concedida, ya sea solicitud de nuevo servicio o aumento de la capacidad de suministro, en las condiciones de calidad especificadas en el Subanexo 4.”

¹⁹ Artículo 3°, *in fine*: “LA CONCEDENTE solamente podrá ejercer la facultad reglada en el segundo párrafo del presente artículo al finalizar cada PERIODO DE GESTIÓN, y deberá comunicar tal decisión con una antelación no inferior a 6 (seis) meses al vencimiento del PERIODO DE GESTIÓN en curso, debiendo aplicar para ello, por asimilación de alcances, el procedimiento y criterios emergentes de los Artículos 6° a 11° del presente.”

un retorno a los monopolios tanto estatales como privados. Una de las consecuencias de la crisis ha sido la salida de varias empresas extranjeras del mercado argentino, circunstancia que, a partir de distintos procesos de venta y adquisición, ha provocado diversas concentraciones verticales y horizontales en el mercado eléctrico argentino cuya compatibilidad con los límites fijados por el artículo 31 de la ley 24.065 y sus reglamentaciones es como mínimo dudosa.²⁰

3.3. Propuesta 3. La tarifa social

Los usuarios residenciales de EDENOR y EDESUR abonan todavía hoy tarifas que son prácticamente las mismas que en el año 2001.²¹ Mientras tanto, el precio estacional de la energía eléctrica que se traslada a la demanda residencial del área metropolitana promedia para el pico los 37 \$/MW/hora,²² cuando el costo marginal real de producir un MW/hora puede ascender en momentos de pico consumo a montos superiores a \$ 600 (!).

Las millonarias diferencias entre los costos reales y los precios existentes²³ no son gratuitas y son sufragadas de dos formas esenciales: Subsidios estatales y mayores costos para los usuarios industriales.

Los subsidios implican mayor presión impositiva para los contribuyentes y un mayor gasto fiscal que añade presiones inflacionarias a la vez que resta fondos para necesitadas inversiones públicas en otros sectores como la educación, la salud, la seguridad y la justicia.

Por su parte, los mayores costos que afronta la demanda industrial conspiran contra la competitividad y productividad del sector fabril, con el consiguiente impacto en la decisión de nuevas inversiones, el crecimiento y el empleo.

20 En particular, el análisis que la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia ha efectuado sobre algunas operaciones recientes parece prescindir, en muchas ocasiones, de las regulaciones sectoriales, circunstancia que debiera revertirse si se desea generar un marco de reglas de juego claras y previsibles (ELIASCHEV, NICOLÁS, “Debates sobre regulación económica del sector eléctrico. ¿Desintegración desintegrada?,” en *Res Publica Argentina*, RPA 2006-3, pp. 15-25.) La desintegración vertical del mercado eléctrico y en particular la independencia de los transportistas de los otros agentes son dos pilares de la ley 24.065 (BARREIRO, RUBÉN A., *Derecho de la Energía Eléctrica*, Ábaco, Buenos Aires, 2002, pp. 546-547). La aprobación y tolerancia de situaciones que podrían estar reñidas con estos principios es causante de una notoria inseguridad jurídica por que pareciera que las normas escritas constituyen letra muerta.

²¹ Un reciente ajuste otorgado a EDENOR debido al alza de sus costos no será abonado por los usuarios sino financiado por los recargos recaudados en concepto de la aplicación del Programa de Uso Racional de Energía Eléctrica. (Cfr. resolución SE 1037/07.)

²² Resolución SE 1676/04, Anexo XV.

²³ Estas diferencias han sido admitidas por la Secretaría de Energía al sostener que “si bien es necesario recomponer la cadena de valor de los productos y servicios prestados en el MERCADO ELECTRICOMAYORISTA (MEM), esta SECRETARIA DE ENERGIA juzga necesario mantener el nivel de precios existente a la fecha, postergando a un futuro el ajuste en los precios estacionales que técnicamente sería necesario implementar para que toda demanda abone, al menos, los costos incurridos para abastecerla.” (Cfr. resolución SE 490/07, considerando 4º.)

Además el esquema de subsidios premia el consumo de los que más tienen, que son financiados por todo el resto de la comunidad²⁴ De la misma manera, los usuarios de la Capital y de sus zonas aledañas son financiados por los usuarios del interior del país.²⁵

Estas son razones más que justificadas para dejar de lado el esquema de subsidio masivo a las clases altas y medias que ha imperado en los últimos cinco años, y dirigir los esfuerzos estatales a los sectores sociales cuya capacidad de pago está realmente afectada por su situación de pobreza o indigencia, subsidiando explícitamente el consumo de esos sectores.

La adopción de una política de tarifa social no está exenta de obstáculos. Es preciso delimitar con precisión cuál es el campo de sus beneficiarios a los efectos de evitar subsidiar a quien en verdad se encuentra en condiciones de pagar la tarifa normal. Ello, además, resulta necesario a los efectos de reducir lo más posible la inevitable cuota de discrecionalidad en la asignación del subsidio procurando evitar en todo momento tendencias clientelares.

3.4. *Propuesta 4. Eficiencia energética: Señales de precio. Administración de la demanda. Educación y capacitación*

El uso eficiente de la energía puede implicar ahorros millonarios no sólo en los montos correspondientes al consumo de la energía que se deja utilizar sino también las sumas destinadas a la infraestructura que se deja de construir cuando la evolución de la demanda presenta un patrón racional.

El principal elemento para brindar una señal que incentive la racionalización voluntaria del consumo es el precio. Es el precio de un bien o servicio el que brinda la señal más precisa sobre su escasez. Hoy, la energía eléctrica es un bien escaso generado todavía en su mayor parte a partir de fuentes no renovables que cada vez serán más onerosas. El precio debe reflejar esa escasez para poder dar la señal económica correcta.

Sin embargo el precio no es la única manera de incentivar conductas de racionalización del consumo. La educación también puede ser decisiva. Resulta necesario proveer a los usuarios de las herramientas conceptuales y técnicas necesarias para que ellos “tomen el control de su factura.”²⁶ Las maneras de hacerlo son variadas y van desde la tarjeta prepaga para el usuario de menores recursos hasta la generalización de medidores inteligentes y software apto para permitir el control del consumo en línea y brindar la posibilidad de adoptar decisiones sobre el consumo en tiempo real.

²⁴ En otro lugar me he ocupado del efecto regresivo de muchos subsidios y del modo encubierto que los costos a los que dan lugar los subsidios se trasladan a la sociedad: ELIASCHEV, NICOLÁS, “Peajes y Subsidios: Quién se queda con qué, cuándo, cómo,” *Res Publica Argentina*, RPA 2005-1, pp. 11-17. En la misma línea, ver: LLACH, JUAN J., “El Estado argentino: ¿Robin Hood o Hood Robin?,” *El Cronista*, 28-03-06 y KANENGUISER, MARTÍN, “Los subsidios favorecen más a los ricos que a los pobres,” *La Nación*, 15-IX-07.

²⁵ Ver, este sentido: “La electricidad es hasta tres veces más cara en el interior,” *La Nación*, 19-II-07.

²⁶ Ver, CAY JOHNSTON, DAVID, “Taking Control of Electric Hill, Hour by Hour,” *The New York Times*, 08-I-07.

4. Conclusión

Toda crisis es una oportunidad para cambiar y mejorar pero las soluciones no llegan solas y es imprescindible generar un debate a partir del cual puedan surgir las propuestas que, con prescindencia de las soluciones coyunturales de corto plazo, sean una contribución a instituciones previsibles y sustentables en el largo plazo.

Tanto el presente trabajo, como el de mi distinguido colega Diego Sarciat que también se publica en esta edición son contribuciones que, aunque con enfoques y visiones diferentes, tienen el propósito compartido de ser el punto de partida para un debate del que los abogados no podemos estar ausentes.