

11 de agosto de 2015

Principios y buenas prácticas regulatorias en el sector gasífero

A propósito del Proyecto de Ley que modifica la Ley de Servicios de Gas de Chile



Índice de la ponencia

1. Introducción: el valor de la regulación energética
2. Aproximación a los principios de regulación energética comúnmente aceptados
3. La sostenibilidad ambiental en la planificación del sector energético
4. Mercado interior del gas en la Unión Europea
5. Análisis del Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Servicios de Gas de Chile
6. Conclusiones

1. Introducción: el valor de la regulación energética

- El sector energético es un sector **clave para el desarrollo económico y el bienestar social** de una sociedad. Por ello, los mercados energéticos ha sido siempre objeto prioritario de las políticas económicas de todos los gobiernos.
- La importancia estratégica de este sector, unido a la naturaleza de los mercados energéticos, en los que, de una parte, determinadas actividades generan situaciones en las que la competencia real puede verse afectada y, de otra, es necesaria la protección de los consumidores en el sentido de garantizar el suministro en condiciones de calidad y a precios competitivos, justifican la necesidad de una intervención pública que reviste características especiales respecto a la regulación de otros sectores económicos.
- En definitiva, la regulación energética es un ámbito muy característico de la actuación de los poderes públicos, en el que se unen las **actuaciones en competencia con una adecuada regulación del mercado y la supervisión de los operadores por el regulador** para garantizar el suministro.

2. Aproximación a los principios de regulación energética comúnmente aceptados (1/4)

- Conjugación de la libertad de mercado y la iniciativa privada, junto con la supervisión de los poderes públicos para garantizar un suministro estable y de calidad.
- Los objetivos públicos perseguidos por la regulación tienden a garantizar la prestación de un servicio de interés general en condiciones de continuidad, igualdad y seguridad en el suministro de la energía, de forma eficiente y sostenible en el tiempo, en beneficio tanto de los operadores del mercado, como del consumidor final.
- Los distintos marcos regulatorios, además, tienen características diferentes según se trate de mercados maduros, con una red ampliamente desarrollada, o de regiones en las que lo que se persiga es el desarrollo de la red, hasta ese momento insuficiente, para garantizar y mejorar el suministro de un espectro más amplio de consumidores. En este sentido, el incentivo a la inversión, siempre bajo la perspectiva de la sostenibilidad de la red, juega como un factor determinante para la expansión de la red de distribución de gas.
- Analizamos a continuación los principios de (i) libre competencia, (ii) necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, (iii) eficacia, (v) seguridad jurídica, certidumbre y no retroactividad, (vi) institucionalidad regulatoria, y (vii) recuperación de la inversión, como principio retributivo de las empresas reguladas.

2. Aproximación a los principios de regulación energética comúnmente aceptados (2/4)

- Libre competencia
 - La competencia entre empresas en un mercado les obliga a éstas a actuar de manera eficiente y a ajustar los precios finales al consumidor.
 - Motiva la innovación y la creación de nuevos servicios y productos.
 - La libre competencia no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para que los consumidores puedan obtener un suministro de energía de calidad a precios competitivos.
- Necesidad, proporcionalidad y mínima intervención
 - La regulación ha de garantizar que los supuestos y actuaciones en los que intervengan los poderes públicos que puedan limitar la libre competencia deban estar justificados, y que dicha intervención sea la estrictamente necesaria para los objetivos perseguidos.
- Eficacia
 - Un marco normativo eficaz es aquél que permite la consecución de los objetivos que persigue y, para ello, la aplicación de dicha normativa debe ser viable y lo más sencilla posible.

2. Aproximación a los principios de regulación energética comúnmente aceptados (3/4)

- Seguridad jurídica, certidumbre y no retroactividad
 - Todo marco regulatorio debe ser sólido, estable y predecible. La inestabilidad regulatoria perjudica el desarrollo de las inversiones y desincentiva la entrada de nuevos operadores en el mercado, dotándole de menor competencia y, en consecuencia, favoreciendo un mercado ineficiente y más costoso, en última instancia, para los consumidores.
 - Los principios de seguridad jurídica o de protección de la confianza legítima no pueden erigirse en obstáculos insalvables a la innovación del ordenamiento jurídico, ni pueden por ello ser utilizados como elementos petrificadores del Derecho vigente.
 - Por tanto, no debe entenderse que se impide una innovación dinámica del ordenamiento jurídico, y ni siquiera impiden que las nuevas previsiones normativas puedan ser aplicadas a situaciones preexistentes (la llamada retroactividad “impropia”). Pero se exige, eso sí, que la innovación normativa se lleve a cabo con ciertas garantías y cautelas que amortigüen, moderen y minimicen en lo posible la defraudación de las expectativas generadas por la normativa anterior (medidas transitorias).

2. Aproximación a los principios de regulación energética comúnmente aceptados (4/4)

- **Institucionalidad regulatoria**
 - Organismos reguladores independientes, encargados de la supervisión y regulación del mercado, cuyas características básicas deberán ser la autonomía y la especialización.
 - Debe intervenir en relación con cada materia objeto de supervisión o regulación, aquella institución especializada en dicha materia en concreto, para que se cumpla el principio de institucionalidad regulatoria.
- **Recuperación de la inversión como principio retributivo de las empresas reguladas**
 - Los regímenes retributivos deben proporcionar a los operadores no sólo el derecho a la recuperación de los costes de capital prudentemente incurridos, sino también una tasa de retribución de las inversiones que refleje correctamente la combinación de los costes de financiación necesarios.
 - Asimismo, debe considerarse el periodo de tiempo adecuado para la recuperación de la inversión de acuerdo con el tipo de inversión realizada, sus características y los plazos de amortización razonables en función del mercado en cuestión.

3. La sostenibilidad ambiental en la planificación del sector energético (1/3)

- La regulación energética y las políticas energéticas realizadas por los Gobiernos deben ir unidas necesariamente al cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad ambiental.
- Cualquier actuación energética antes de ser abordada debe ser analizada desde el punto de vista de sus consecuencias ambientales.
- Especialmente afecta a las infraestructuras de red.
- Los Estados han de velar por que las repercusiones previsibles sobre el medio ambiente de las actuaciones inversoras sean evaluadas y tenidas en cuenta continuamente, en aras de garantizar un desarrollo sectorial y socioeconómico duradero, justo y sostenible, desde el punto de vista ambiental.
- En el marco de la Unión Europea , la evaluación de planes y programas sectoriales se lleva a cabo a través del procedimiento conocido como evaluación estratégica medioambiental, entendido como un instrumento de prevención que permite integrar los aspectos ambientales en la toma de decisiones de planes y programas públicos.

3. La sostenibilidad ambiental en la planificación del sector energético (2/3)

- En general, para llevar a cabo la evaluación de la sostenibilidad ambiental de planes y programas sectoriales:
 - Debe partirse de un análisis de la situación actual del medio ambiente en el ámbito de aplicación de la planificación: estudio de indicadores como la emisión de gases, la afección sobre el medio hídrico, el consumo de recursos no renovables, el estado de la biodiversidad, suelos, espacios naturales y litorales, etc. en el ámbito de dicha región.
 - A la vista de tales indicadores, se habrán de detectar los problemas ambientales relevantes para la planificación, que puedan en su caso poner en riesgo el cumplimiento de los objetivos perseguidos con la planificación (por ejemplo, hacer llegar el suministro de gas natural a una determinada zona).

3. La sostenibilidad ambiental en la planificación del sector energético (3/3)

- Deberá analizarse el impacto en el medioambiente de la planificación tanto desde el punto de vista de la fase de construcción, como de la fase de explotación o funcionamiento.
 - Fase de construcción: movimientos de tierras, modificaciones en las masas de agua, eliminación de la cubierta vegetal, molestias a la población (contaminación acústica o lumínica), etc.
 - Fase de funcionamiento: uso de recursos no renovables, emisión de gases de efecto invernadero y contaminantes, generación de residuos o afección sobre la avifauna y sobre el paisaje, con carácter general.
- Sobre la base del diagnóstico de la situación ambiental en el ámbito de actuación de la planificación prevista, deberán analizarse las distintas alternativas que mejor permitan conjugar los objetivos perseguidos con la planificación con la sostenibilidad ambiental, y abogar por aquella que sea más respetuosa y tenga un menor impacto en el medioambiente.
- Una vez marcadas las líneas generales de la sostenibilidad ambiental en el marco de la planificación de las infraestructuras energéticas, y optado por una alternativa concreta de desarrollo sectorial, se habrán de llevar a cabo estudios ambientales (Declaración de Impacto Ambiental) pormenorizados respecto de cada actuación concreta en el que, además, se permita participar vía consultas a los distintos actores implicados, con transparencia y objetividad.

4. Mercado interior del gas en la Unión Europea (1/2)

- Con el fin de armonizar y liberalizar el mercado interior de la energía de la Unión Europea, garantizado el acceso al mismo y la protección en este sentido de los consumidores, en los años 1996, 2003 y 2009, respectivamente, se adoptaron tres paquetes de medidas legislativas.
- El tercer paquete, que culmina hasta la fecha la armonización de los mercados interiores de la electricidad y del gas en la Unión Europea, está formado por las siguientes normas:
 - Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE;
 - Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE;
 - Reglamento (CE) nº 714/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 relativo a las condiciones de acceso a la red para el comercio transfronterizo de electricidad y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1228/2003;
 - Reglamento (CE) nº 715/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 sobre las condiciones de acceso a las redes de transporte de gas natural y por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1775/2005; y
 - Reglamento (CE) nº 713/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de julio de 2009 por el que se crea la Agencia de Cooperación de los Reguladores de la Energía.

4. Mercado interior del gas en la Unión Europea (2/2)

- Desde 1996 el legislador europeo ha abogado por un mercado interior abierto que permita a todos los ciudadanos de la Unión Europea elegir libremente a sus suministradores, al tiempo que permita a los suministradores abastecer libremente a sus clientes.
- Es objetivo de la política energética de la Unión Europea es que los clientes domésticos y, en su caso, las pequeñas empresas, tengan derecho a un suministro de gas de una calidad determinada a unos precios claramente comparables, transparentes y razonables, y que puedan acceder al mismo de manera libre y no discriminatoria.
- En este sentido, se persigue alcanzar un nivel suficiente de capacidad de interconexión transfronteriza para el gas y fomentar la integración de los mercados, a fin de conseguir la plena realización del mercado interior del gas natural. En efecto, se apuesta por las **interconexiones transfronterizas**, con el fin de asegurar el suministro de todas las fuentes de energía al precio más competitivo posible para los consumidores y la industria en la Unión Europea.
- De otra parte, se apuesta por ofrecer a los productores y distribuidores los **incentivos apropiados para invertir en nuevas infraestructuras**, prestando especial atención a los países y las regiones más aisladas desde el punto de vista del suministro energético.
- Se establecen códigos de red mediante los cuales ofrecer y dar un acceso efectivo y transparente a las redes de transporte a través de las fronteras.

5. Análisis del Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Servicios de Gas de Chile (1/4)

- Como punto de partida, debe señalarse el objetivo de completar la regulación del sector del gas natural en Chile, por cuanto existían determinados aspectos susceptibles de ser desarrolladas o completados en aras de una mayor eficacia normativa. En este sentido, la actual Ley de Servicios de Gas no resultaba eficaz en todos sus aspectos, toda vez que no tenían el desarrollo suficiente para ser aplicados.
- El régimen retributivo de las empresas concesionarias de servicios del gas natural en Chile siempre se ha regido por el principio de libertad tarifaria. Adicionalmente, bajo el régimen actual, cabe de manera excepcional la posibilidad de que, para determinadas concesionarias, en específicas circunstancias, y en relación con un colectivo limitado de consumidores, el Ministerio de Energía pueda determinar, a solicitud del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (en adelante, TDLC), la aplicación obligatoria de tarifas.
- Pues bien, el Proyecto de Ley desea mantener, tal y como proclama el mensaje de la Presidenta de la República que lo precede, un régimen de libertad tarifaria.
- Sin embargo, no es menos cierto que el régimen de libertad tarifaria se ve en cierta medida constreñido por cuanto determinadas modificaciones previstas en el Proyecto de Ley podrían, eventualmente, llevar a una aplicación más generalizada del régimen de fijación de tarifas.

5. Análisis del Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Servicios de Gas de Chile (2/4)

- Así, en primer lugar, el régimen de fijación de tarifas opera de forma inmediata y automática en el momento en que la sociedad concesionaria supera el umbral de rentabilidad máxima establecido. Cabría prever la intervención de un órgano independiente y experto a los efectos de determinar si la elevada rentabilidad obtenida se debe a ineficiencias y defectos de competencia, que justifiquen la intervención.
- En segundo lugar, el hecho de que se rebaje el diferencial sobre la TCC de 500 a 300 puntos básicos, podría ser inconsistente con el objetivo de expandir la red de distribución de gas natural. En todo caso, tal rebaja facilita naturalmente que una empresa sobrepase el umbral de rentabilidad que da lugar a la fijación de tarifas automática, más aún, teniendo en cuenta que este umbral se aplicará no sólo para inversiones futuras, sino también para inversiones pasadas. Como veremos más adelante, sería adecuado introducir en la nueva norma medidas de carácter transitorio que eviten situaciones aplicación de la nueva regulación a situaciones pasadas.
- En tercer lugar, cabe señalar que determinados ajustes en la contabilización de algunas partidas coadyuvarán a una mayor facilidad en el paso de la libertad tarifaria a un régimen de fijación de tarifa. En concreto, se eliminan de la base de activos los costos de comercialización asociados a la captación y conexión para el suministro de nuevos clientes con lo que, de forma inmediata, la rentabilidad obtenida por las concesionarias se incrementará al reducir la base de activos sobre la que se calcula dicha rentabilidad.

5. Análisis del Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Servicios de Gas de Chile (3/4)

- En cuarto lugar, en caso de que se aplique el régimen de fijación de tarifas, la base de clientes a la que se aplica estará formada por aquellos que consuman hasta 10.000 Gigajoules mensuales, mientras que en el régimen actual se aplica a clientes con una capacidad de consumo mensual baja (inferior a 100 Gigajoules mensuales).
- De este modo, el régimen de fijación de tarifas parece adquirir una vocación de aplicación universal a prácticamente todos los consumidores, alejándose de su carácter más extendido que es la protección de la población con menor capacidad de negociación y más vulnerable.
- En quinto y último lugar, el régimen de fijación tarifaria tiene una vocación de estabilidad o prolongación en el tiempo, por cuanto que, mientras que antes se fijaba únicamente por el periodo mínimo necesario hasta que se recuperasen condiciones suficientes de competencia, ahora pasa a establecerse por un periodo mínimo de cuatro años, con independencia de que se den o no condiciones adecuadas de mercado.
- Además, para poder salir del régimen de fijación de tarifa, es necesario el pronunciamiento del TDLC que tiene por objeto examinar si se dan las condiciones de competencia suficientes, que únicamente se inicia a petición del interesado, y que no surte efectos hasta una vez transcurrido el periodo mínimo de cuatro años del periodo tarifario.

5. Análisis del Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Servicios de Gas de Chile (4/4)

- Adicionalmente, como hemos señalado, la regulación del chequeo de rentabilidad que introduce el Proyecto de Ley viene a cubrir la insuficiencia normativa existente en la actual Ley de Servicios de Gas.
- Partiendo de lo positivo de una regulación eficaz, no debería sin embargo ésta incorporarse al ordenamiento jurídico en detrimento de otros principios regulatorios en las previsiones relativas a la metodología y procedimiento para el cálculo de la TCC y el chequeo de rentabilidad.
- El valor del gas que se tome en cuenta a los efectos de determinar los costos de explotación en relación con el chequeo de rentabilidad debería estar referenciado a precios internacionales, fórmulas o parámetros objetivos, sobre la base de valoraciones eficientes de mercado, de modo que tenga el mismo tratamiento el costo del gas para todas las empresas concesionarias, y se separen los márgenes y riesgos que corresponden, de una parte, a la actividad de distribución y suministro de gas natural, y de otra, a la de aprovisionamiento de gas natural.
- La aplicación, con carácter retroactivo, de determinados parámetros o criterios en relación con las inversiones pasadas ya ejecutadas por las empresas concesionarias parece cuestionable. Ello afecta, por ejemplo, a la reducción del margen sobre la TCC de 500 a 300 puntos básicos, también respecto de las inversiones pasadas, o la eliminación de los costos de conversión de la base de activos respecto de inversiones pasadas. En este sentido, en su caso, resultaría necesario que se introdujera un régimen transitorio que permita a las empresas concesionarias acompañar sus legítimos derechos y expectativas.

6. Conclusiones

- El sector energético es un sector clave para el desarrollo económico y el bienestar social de una sociedad.
- Un marco regulatorio adecuado que permita alcanzar los objetivos energéticos de una región determinada deberá conjugar la libertad de mercado y la iniciativa privada, junto con la regulación y supervisión de los poderes públicos para garantizar un suministro estable y de calidad.
- La regulación energética y las políticas energéticas realizadas por los Gobiernos deben ir unidas necesariamente al cumplimiento de los objetivos de sostenibilidad ambiental.
- El Proyecto de Ley por el que se modifica la Ley de Servicios de Gas en Chile viene a cubrir determinadas lagunas legales lo cual dotará de mayor seguridad jurídica al mercado gasífero chileno.
- No obstante, en la actualización de la normativa, convendría:
 - (i) Introducir los incentivos adecuados que permitan alcanzar los objetivos de política energética de expansión de la red de gas natural en Chile.
 - (ii) En línea con los principios regulatorios expuestos, acentuar la libertad tarifaria, con los controles públicos adecuados, y el respeto a la confianza legítima de los actores que intervienen en el mercado.

Muchas gracias por su atención

Marina Serrano
mserrano@perezllorca.com