

Comentarios a la Ponencia de Joaquín Nebreda Pérez “Marco Jurídico para el sector energético. Una visión de la experiencia española.”

Por Marisol Vicens Bello

Socia de la Firma Headrick Rizik Alvarez & Fernández

Estimado Presidente y demás miembros de la Directiva de la Cámara Americana de Comercio de la República Dominicana

Estimado Presidente y funcionarios de la Comisión Nacional de Energía de la República Dominicana y miembros de la mesa directiva

Amigos todos,

Agradecemos la oportunidad que nos brinda la Cámara Americana de Comercio de la República Dominicana dentro del marco de la celebración de la 1ra. Semana Internacional de la Energía de participar en este panel sobre un tema tan importante como el del marco jurídico del sector eléctrico y las lecciones aprendidas, que será la única ponencia sobre los aspectos legales dentro de este gran evento.

Don Joaquín Nebreda nos ha hecho una excelente exposición sobre la experiencia española en relación con el marco jurídico del sector energético y nosotros intentaremos, de manera muy resumida, extraer algunas conclusiones de la comparación de la experiencia española con la dominicana, así como presentarles, como es el objetivo de este almuerzo, nuestra visión sobre las lecciones aprendidas en la República Dominicana.

En el año 1997 la regulación eléctrica española mediante la Ley 54/1997 que siguió los lineamientos de las directivas de la Unión Europea operó un gran salto pues liberalizó el sector eléctrico al abandonar el concepto de que el interés general lo producen exclusivamente las administraciones públicas, para pasar a la noción de que el servicio eléctrico es un servicio privado de interés general o servicio esencial que puede ser competencia de la iniciativa privada, el cual está sometido a una regulación y control ejercidos por la administración pública.

Intentando hacer un paralelismo entre el caso español y el dominicano, en el mismo año de 1997 la República Dominicana también dio un salto importante al decidir reformar las empresas públicas deficitarias y muchas de ellas descapitalizadas con la finalidad de realizar en las mismas

Cámara Americana de Comercio de la República Dominicana
1ra. Semana Internacional de la Energía 14-18 enero del 2008

“Marco Jurídico del Sector Eléctrico: Lecciones Aprendidas”

Comentarios de Marisol Vicens a la ponencia de Joaquín Nebreda sobre la experiencia española

las necesarias reestructuraciones a través de la incorporación de capitales privados en éstas y asegurando la eficiencia de su gestión a través de la administración privada de las mismas, mediante el voto de la Ley No.141-97 de Reforma de las Empresas Públicas. Entre estas empresas públicas a ser reformadas se encontraba en primer orden la Corporación Dominicana de Electricidad (CDE).

Así inició el proceso de reforma del sector eléctrico que culminó a finales de 1999 con la creación de 5 empresas surgidas de la CDE, 2 de Generación y 3 de distribución, las cuales fueron constituidas como sociedades comerciales propiedad de inversionistas privados y del Estado.

Este proceso se hizo al amparo de resoluciones dictadas por la Secretaría de Estado de Industria y Comercio que contenían la mayor parte del articulado del entonces proyecto de Ley General de Electricidad, ya que el mismo no tenía esperanzas ciertas de ser convertido en ley debido a las divisiones en el seno del Congreso y la decisión del también entonces Presidente Leonel Fernández de vetar la ley aprobada, por discrepancias con su contenido.

La Ley General de Electricidad No.125-01 no es promulgada sino hasta años más tarde, el 26 de julio del 2001, y aunque su aprobación así como la de su reglamento de aplicación marcó un hito importante, la operación del sector eléctrico que había actuado hasta la fecha bajo el marco regulatorio en base a normativas no dio un salto sustancial en cuanto a su nivel de efectividad y cumplimiento.

Este importante proceso mediante el cual ingresaron más de seiscientos millones de dólares al sector eléctrico y que rindió indiscutibles frutos como la renovación del parque de generación y su diversificación, por la entrada por ejemplo de plantas a carbón anteriormente en desuso y de una planta a gas natural, en el año 2003 sufrió un gran revés con la decisión del gobierno de readquirir las acciones privadas propiedad de Unión Fenosa en las distribuidoras EDESUR y EDENORTE, hecho que ha sido calificado por muchos como de contrarreforma del sector eléctrico.

Aunque España al igual que nosotros también tenía empresas públicas creadas durante la dictadura de Franco dedicadas a la actividad eléctrica, allí el servicio público de electricidad no era un monopolio del Estado, sino que empresas privadas operaban dentro de ese servicio público incluso sin concesión; como sí fue el caso nuestro luego de la nacionalización en el año

1955 por el dictador Rafael Leonidas Trujillo de la Compañía Eléctrica de Santo Domingo y la creación de la Corporación Dominicana de Electricidad (CDE).

Este concepto monopólico del Estado en el servicio público de electricidad hizo que la incorporación de iniciativas privadas en el sector eléctrico a partir de la década de los ochenta debido a la gran crisis del sector no se hiciera mediante inversiones en un mercado competitivo sino a través de contratos con la entonces CDE, mediante los cuales generadores privados suplían la incapacidad de esta empresa estatal de montar plantas para producir la energía requerida por los consumidores, contratos por demás muy onerosos cuyos costos tenían que ver con los riesgos asumidos en un clima de inseguridad jurídica en ausencia de un marco legal definido, los altos financiamientos y las comisiones no transparentadas pagadas para su firma y ejecución.

Dentro de la cultura dominicana muchos conciben un servicio público ofertado por el Estado como algo por lo que no hay que pagar, ya sea porque no se tienen recursos para hacerlo o porque teniéndolos, se prefiere evadir su pago. Esto hizo que se desarrollara una generalizada cultura de no pago y fraude eléctrico que se pensó mejoraría radicalmente con la reforma del sector eléctrico pero lamentablemente no fue así, puesto que no hubo una marcada diferenciación entre el estatus anterior y el tratamiento que las autoridades decidieron seguir dando al tema por razones políticas.

Aquí se puede hacer una comparación entre lo que fue la suerte del sector de telecomunicaciones dominicano, que afortunadamente no llegó a ser nacionalizado por el dictador Trujillo, y que al permanecer en manos del sector privado y posteriormente ser reformado y sometido a libre competencia, ha tenido una historia de gran desarrollo y una conciencia generalizada de que es un servicio que tiene que ser pagado.

Otra consecuencia que se deriva de la noción de servicio público en la República Dominicana, es que se entiende que el mismo debe ser subsidiado. Los gobiernos han acostumbrado a la población a que no haya una racionalidad en los costos y a que con un poco de presión se pospongan aumentos requeridos para no sufrir el costo político. Este es el caso en el sector eléctrico.

Una de las acciones que más daño hizo en la transición de la reforma del sector eléctrico, fue precisamente cuando el gobierno impidió que se hicieran los ajustes correspondientes a la tarifa eléctrica debido a los incrementos de los precios del petróleo, para evitar los costos

políticos de tal medida en medio de la campaña electoral presidencial del año 2000. El mensaje muy negativo que se envió fue que no iba a haber un cumplimiento cabal con la normativa tarifaria y que la mano del gobierno podría intervenir para evitar los ajustes.

Cuando se analiza el marco regulatorio español, así como el de muchos otros países donde opera adecuadamente el sector eléctrico, se identifican características comunes que en gran medida son responsables de su éxito, tales como: estabilidad y claridad de las normas, respeto del marco legal vigente, transparencia en las decisiones, roles muy definidos de cada participante de la actividad eléctrica, adecuada planificación.

Lamentablemente en el caso dominicano podemos identificar la antítesis de estas características:

- Un marco legal vigente que no se cumple o se cumple a medias antojadizamente,
- Falta de estabilidad y claridad en el marco jurídico,
- Ausencia de consecuencias por el incumplimiento con la ley,
- Confusión de roles entre las autoridades del sector y hasta entre éstas y algunos actores públicos, como es el caso de la Corporación Dominicana de Empresas Eléctricas Estatales (CDEEE), que en vez de ser un agente más del sector está por encima incluso en la práctica de las autoridades reguladoras Superintendencia de Electricidad y Comisión Nacional de Energía.
- Falta de transparencia en las decisiones,
- Falta de adecuada planificación y de sometimiento de las decisiones en el sector a la misma.

Al escuchar la ponencia de Don Joaquín Nebreda hemos podido apreciar la claridad del marco jurídico español lo que ha permitido que aunque de una forma sucinta tengamos una idea de cómo opera el mismo, el cual es un servicio privado de interés general, regulado por la administración a través del Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, así como de la Comisión Nacional de Energía.

Al mismo tiempo nos damos cuenta hasta qué punto es complicado nuestro sector eléctrico con una práctica muy alejada del marco legal vigente que haciendo el símil de que la exposición hubiese sido sobre el marco jurídico dominicano en lugar del español, debemos penosamente concluir que hubiésemos tenido que decir múltiples veces que la ley dispone tal cosa pero en la práctica no se ha cumplido, y haber tenido que exponer más sobre la práctica que sobre el marco jurídico mismo que en ocasiones existe sólo en el papel. Para citar tan sólo un ejemplo cabe mencionar el hecho de que aunque por disposición de la ley la administración de las empresas mixtas del sector eléctrico debe estar en manos del socio privado, en 2 de las empresas de distribución que fueron estatizadas en el 2003, ni hay capital privado ni hay administración privada de las mismas, lo que obviamente distorsiona el mercado.

De las características esbozadas del marco regulatorio español nos parece de particular importancia resaltar determinados aspectos que deberían ser objeto de reflexión en una revisión del marco legal dominicano:

- **Red de transporte de titularidad privada sometida a la planificación vinculante,** mediante las cuales el gobierno establece las previsiones de su extensión y refuerzo. Quedando el negocio del transporte (extensión, refuerzo, mantenimiento, operación) totalmente retribuido con la tarifa. Por disposición de la ley de Reforma de la Empresa Pública la transmisión quedó en manos del Estado y a pesar de que la Ley de Electricidad ordenó la creación de una empresa de transmisión no ha sido sino hasta 6 años después que la misma ha sido creada muy recientemente, aunque por la forma en que lo ha sido por vía de un decreto y no como una sociedad comercial con personalidad jurídica y patrimonio propios, particularmente dudamos de que se puedan lograr los propósitos deseados. La mejor prueba es que en el mismo decreto de su creación se establece que el presupuesto de la misma para el año 2008 será el mismo que tenía en el 2007 cuando actuaba como dependencia de la CDEEE y que los excedentes de sus recaudaciones por peaje de transmisión serán traspasados mensualmente a la CDEEE para que esta pueda solventar los compromisos del subsector eléctrico, en gran medida el subsidio eléctrico. Por eso no hemos podido hacer las inversiones necesarias en la red de transmisión y probablemente seguiremos sin hacerlo hasta que no privaticemos la titularidad y administración de la red de transmisión para asegurar su transparencia y neutralidad. En este sentido nos parece muy conveniente el concepto español de red privada sometida al cumplimiento de obligaciones derivadas de la planificación.

- **El interés general no lo producen exclusivamente las administraciones públicas,** concepto clave para la liberalización del sector eléctrico español. En nuestro país, a pesar de la historia de fracasos del sector público en el sector, seguimos apostando a una mayor intervención pública dentro del mismo como supuesta solución.
- **La calidad del suministro eléctrico está en la red y no en el producto electricidad,** de modo que la regulación imputa la responsabilidad de la calidad a la empresa distribuidora estableciendo unos determinados umbrales de calidad. El distribuidor está obligado a reforzar la red en los términos necesarios para cumplir con sus exigencias de calidad. En República Dominicana es indispensable una inversión en las redes de distribución para asegurar la calidad del servicio, que nada tiene que ver con la simple provisión del mismo. Aquí tenemos no sólo carencias prolongadas de suministro sino una consuetudinaria falta de calidad debido a los problemas de la red. A tales fines también se necesitaría sacar la administración pública del servicio de distribución que posee actualmente el 100% accionario y la administración de dos de las distribuidoras y el 50% accionario de la tercera.
- **Establecimiento de umbrales de calidad** para baja tensión y alta tensión, tanto en zonas urbanas como rurales con determinadas cantidad de horas y de días de interrupciones de servicio permitidas al año. Si no se superan los umbrales no se compromete la responsabilidad de las distribuidoras. En caso de que si hayan sobrepasado estos umbrales cada año las distribuidoras en el primer trimestre deberán liquidar las sumas correspondientes a sus clientes. Nuestra ley de electricidad establece en su artículo 93 el pago de un costo por desabastecimiento equivalente al 150% de la energía no entregada que obviamente es otra de las disposiciones que han constituido letra muerta en nuestro sector, y que aun con la reciente modificación efectuada a este artículo mediante la Ley 186-07 se duda de su cumplimiento. Por eso nos parece interesante revisar este modelo español que luce práctico y de fácil ejecución.

En adición a algunos de los conceptos interesantes de la experiencia española que merecerían ser estudiados por nosotros, voy a intentar resumir, para cumplir con uno de los propósitos de esta conferencia las lecciones que en mi opinión hemos aprendido del proceso de reforma del sector eléctrico. Entre otras podemos citar:

- Que el modelo de capitalización o de empresas mixtas de propiedad estatal y privada, no es el más conveniente puesto que en un país con debilidad institucional como el

nuestro se hace difícil separar al Estado de su función de sujeto de derecho público para que actúe únicamente como sujeto de derecho privado por lo que el paso correcto a efectuar debería ser hacia una privatización total de la titularidad de los actores del sector eléctrico para reservar al Estado únicamente el rol de regulador. No se puede ser operador y árbitro al mismo tiempo. La debilidad del regulador está íntimamente relacionada con la debilidad institucional y con la confusión de roles en el seno del propio gobierno.

- Que la falta de cabal cumplimiento con la Ley General de Electricidad y su Reglamento, han provocado una falta de seguridad jurídica que ha afectado muy negativamente el clima de inversiones.
- Es necesario tener una visión clara sobre lo que queremos hacer. Actualmente tenemos un marco legal que promueve la iniciativa privada y la competencia, sin embargo en la práctica la presencia del Estado se ha agigantado, el cual es regulador, distribuidor, generador (a través de energía comprada por la CDEEE mediante contratos todavía vigentes con Productores Independientes de Energía y de nuevos contratos suscritos recientemente por esta como los de construcción de las centrales a carbón), único propietario y administrador de la generación hidroeléctrica, único propietario y administrador de la red de transmisión. Por eso curiosamente a pesar de la debilidad de una reforma realizada sin una ley, la claridad de la visión reformadora en ese momento logró que se captaran importantes inversiones de las empresas eléctricas, sin embargo a pesar de tener una ley en vigencia, luego de las inversiones captadas en los primeros años de la reforma, prácticamente no han habido nuevas inversiones por falta de claridad e inseguridad.
- Que sin una racionalidad de costos en las tarifas para los usuarios, en los peajes, etc. siempre habrá un sector eléctrico deficitario.
- Que así como en España los famosos Pactos de la Moncloa constituyeron el entendimiento de los sectores sociales que permitieron hacer frente a los grandes retos y por ejemplo a consensuar un plan energético nacional como lo fue el de 1978-1987, en nuestro país necesitamos un gran consenso de todos los sectores nacionales para construir un plan de soluciones al sector eléctrico que nos ayude a salir de una crisis permanente que arrastramos desde hace 4 décadas y que constituye una pesado lastre

que nos impide el acceso a la modernidad y cercena la competitividad de nuestros sectores productivos.

Hemos perdido mucho tiempo y el problema es cada vez más complicado, pues a nuestros tradicionales problemas se adiciona desde hace meses y hoy más que nunca, los altos precios internacionales del barril de petróleo, agravado por el hecho de que somos un país muy dependiente de este combustible y no producimos ni éste ni ningún otro combustible.

Ojala podamos aprender nuestras propias lecciones y las que han vivido otras naciones para que finalmente demos los pasos necesarios para que los actuales problemas del sector eléctrico dominicano puedan ser solucionados y podamos pasar a etapas posteriores para las que estamos muy en retraso, como la discusión sobre tópicos energéticos como muchos de los que se están tratando en este Semana de Energía.

Definitivamente que el marco jurídico es importante para alcanzar este objetivo, pero lo es más la voluntad política y el consenso nacional para asumir con energía la impostergable tarea de solucionar la crisis eléctrica. Todavía estamos a tiempo.

Muchas gracias.