

El fortalecimiento de la auto- regulación y de las técnicas de Derecho Reflexivo:

LA TENDENCIA DE LA REGULACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA INDUSTRIA ELÉCTRICA

Diana Franco*

* Abogada de la Universidad del Rosario (1993). Especializada en Derecho Económico, Universidad Externado (1995). LL.M University of Exeter (1997). M.Phil en Estudios Latinoamericanos, University of Cambridge (1998). Candidata a doctorado Facultad de Derecho, University of Cambridge.

Actualmente se reconoce que la regulación tiene un papel permanente, no sólo en las áreas, que dentro de la industria eléctrica se operan como monopolio, donde es natural que la intervención administrativa esté presente a través de instrumentos que controlen precios y calidad, sino también en relación con aquellas áreas que admiten competencia. Sin perjuicio de las fuerzas espontáneas del mercado, vitales para que la competencia se desarrolle, para que ésta opere efectivamente se reconoce la necesidad de un marco regulatorio, no espontáneo, sino planeado, que la instituya y la articule. La regulación y la competencia son dos caras de una misma moneda.

En consecuencia, hoy en día el debate regulatorio es mucho más sofisticado. Éste se centra en buscar la forma óptima de regulación y como ésta depende de mecanismos de auto-regulación a través de los cuales los mismos regulados, dentro de los parámetros fijados por el Estado, y en muchas ocasiones a instancias del regulador sectorial, auto-formulan las reglas de conducta dentro de las cuales han de operar, en especial en segmentos que admiten competencia.

Considerar el papel del marco regulatorio es indispensable para entender el proceso a través del cual la competencia se institucionaliza y se desarrolla. Existe una diferencia entre un entendimiento estático de la competencia por el cual se supone que una vez las fuerzas del mercado se establecen, éstas evolucionan y son capaces de regularse a sí mismas. Y un entendimiento dinámico, en el cual se acepta que la competencia efectiva no se desarrolla sin bases

regulatorias adecuadas. Tales bases regulatorias deben ser en si mismas dinámicas, de tal forma que puedan canalizar un proceso de aprendizaje regulatorio. En otras palabras, para que la competencia opere efectivamente se requiere de un proceso continuo de adaptación regulatoria.

Dentro de este debate, la noción de "Derecho Reflexivo" tiene gran importancia. Este concepto, que hace parte de la teoría de sistemas (*Systems Theory*) describe una nueva forma de Derecho que captura la idea de que la función de la ley es estimular la auto-regulación dentro de la sociedad (regulación reflexiva), en lugar de prescribir soluciones rígidas de conducta para ésta (regulación de orden y control).

La reciente reforma eléctrica británica, conocida como NETA (*New Electricity Trading Arrangements*) ilustra el fortalecimiento de un marco regulatorio que permite un desarrollo dinámico de la auto-regulación a nivel generación-suministro de electricidad. NETA, dispuesta para entrar en operación durante el segundo trimestre del año 2001, reemplazará al llamado Pool, una especie de subasta, altamente reglada, a través del cual, desde 1990 se vendía y se compraba la mayoría de electricidad en Inglaterra y Gales.

El fortalecimiento de mecanismos de auto-regulación y de instrumentos propios de Derecho Reflexivo se observan en NETA, en primer lugar, en un proceso de revisión, ampliamente participativo, del Acuerdo del Pool y Resolución (*Pool and Settlement Agreement-P&SA*) que contiene los términos que regulan el Pool, y que a su vez, hacen parte de un código de conducta multilateralmente acordado entre generadores y distribuidores británicos. Este proceso de revisión conocido como RETA (*Review of Electricity Trading Arrangements*) fue iniciado a instancias del regulador sectorial, en ese momento el Director General del Suministro Eléctrico (Director General of Electricity Supply-DGES) y contó con una amplia participación no sólo de empresas energéticas británicas e internacionales sino de consu-

midores y de agentes externos tales como representantes de mercados financieros.

En segundo lugar, en el acuerdo de los participantes de RETA de establecer las bases del nuevo marco regulatorio, que enfatiza el rol de las fuerzas del mercado en la venta y compra de electricidad al por mayor, basado, de una parte, en contratos bilaterales directa y libremente acordados por las partes y de otra, en un mecanismo de balance central reglado contenido en el llamado Código de Balance y Resolución (Balancing and Settlement Code-BSC) de cual todos aquellos agentes involucrados en la negociación de electricidad al por mayor en Inglaterra y Gales son signatarios. De esta forma son los mismos participantes del mercado, a instancias del regulador, quienes instituyen el marco regulatorio dentro del cual han de celebrar los contratos bilaterales de electricidad en una forma, que además de fortalecer la competencia, asegura la operación eficiente del sistema, y por ende la calidad y seguridad del suministro de electricidad.

Por ultimo, en la determinación de los participantes de establecer un marco regulatorio flexible que admita ajustes periódicos, los cuales se asumen indispensables para la correcta operación del quasi-mercado de electricidad a ser introducido. En consecuencia, los signatarios del BSC tienen la facultad de proponer cambios al BSC que es la parte reglada del mercado mayorista de electricidad, al Panel administrador de éste. Este Panel, elegido por todos los signatarios del BSC, tiene la potestad de aprobar o no las modificaciones sugeridas por sus participantes. Los cambios, aprobados por el Panel, solo entrarán en rigor si el regulador sectorial da su consentimiento. Al regulador, por su parte, le está vetado proponer cambios al BSC. De esta manera, NETA dispone el establecimiento de un marco regulatorio capaz de canalizar un proceso dinámico de aprendizaje regulatorio, a través del cual los regulados y el regulador conjuntamente tienen la capacidad de perfeccionar, de manera ágil pero equilibrada, los pilares sobre los cuales la competencia a nivel generación-suministro descansa. con