

ENERGÍAS RENOVABLES. PERSPECTIVA
DE *LAW AND ECONOMICS*. EL CAMINO
HACIA LA COOPERACIÓN Y LA INVERSIÓN*

RENEWABLE ENERGY. LAW AND ECONOMICS
PERSPECTIVE. THE PATH TOWARDS
COOPERATION AND INVESTMENT

Por MARÍA EMILIA CABRAL NONNA**

Resumen: La ley 27191 ha buscado relanzar el sector de las energías renovables en la Argentina. En el presente trabajo se desarrollará una nueva perspectiva sobre el procedimiento necesario para incentivar la inversión.

Palabras clave: Energía renovable, medioambiente, Análisis Económico del Derecho.

Summary: Law 27,191 aims at relaunching the renewable energy sector in Argentina. In this paper I will propose a new perspective regarding the procedure that is necessary to encourage investment.

Key words: renewable energy, environment, Law and Economics.

§ 1. INTRODUCCIÓN. UN POCO DE HISTORIA

La necesidad de aumentar la generación de energía renovable es un punto prioritario en todas las agendas a nivel mundial y la nueva administración del gobierno argentino no ha hecho oídos sordos. La preocupación por el cuidado del medio ambiente, sumado a los beneficios de la gratuidad en la obtención de la fuente primaria de energía y su stock ilimitado, impulsó a los gobernantes a idear un sistema para fomentar la inversión en el desarrollo de energías renovables.

* Recibido: 29/9/2016. Aceptado: 11/1/2017.

** Abogada (Universidad Torcuato Di Tella, 2009). Premio a la Excelencia Académica del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (2008). Fue profesora ayudante de las materias Principios de Derecho Civil y Comercial, Contratos Parte General y Derecho de Daños (Universidad Torcuato Di Tella, 2008-2012). Maestría en Derecho Empresario (Universidad de San Andrés, 2015-2016, tesis pendiente). Curso de Postgrado en Derecho de Internet y Tecnología (Universidad San Andrés, 2016). Miembro del Colegio Público de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires y del Colegio de Abogados de San Isidro. Socia del Estudio Cabral Nonna y Asociados, donde se halla a cargo del Departamento de Derecho Corporativo y Derecho de la Energía. Correo electrónico: mecn@cnestudio.com.

La administración anterior, a través de la ley 27191 y sus normas reglamentarias, había buscado relanzar el sector de las energías renovables en la Argentina, aumentando los beneficios promocionales. En el presente trabajo se desarrollará una nueva perspectiva de análisis sobre el procedimiento necesario para incentivar la inversión en energías renovables, rompiendo con viejos clichés que relacionaban a la energía verde con la preocupación por el cuidado del medioambiente y como la antítesis de lo buscado por todos los empresarios relacionados con la industria.

Asimismo, en la búsqueda de esta nueva perspectiva en el análisis, se utilizarán herramientas de la economía para ayudar a entender los incentivos y motivaciones de los gobernantes actuales para concretar los objetivos que se han planteado para su administración.

Ello es así pues, dentro del llamado “Análisis Económico del Derecho” (en adelante, “AED”), se tiene en consideración que la economía ofreció una teoría científica para pronosticar los efectos de las sanciones legales sobre el comportamiento. Esto es, utilizar herramientas provistas por la economía para entender y pronosticar las reacciones de los ciudadanos frente a los castigos de las conductas consideradas reprochables por un gobierno. Por otro lado, la economía ofrece una teoría del comportamiento para pronosticar cómo responderán los individuos ante los cambios de las leyes. La economía ofrece un criterio normativo útil para la evaluación del derecho y de las políticas públicas. Las leyes no son solo argumentos o arcanos técnicos: son instrumentos para lograr importantes metas sociales¹.

Asimismo, y teniendo en cuenta que la economía pronostica los efectos de las políticas sobre la eficiencia, conociendo la relevancia que tiene la potencial eficiencia en el desarrollo de una política, es importante considerar el pronóstico que ofrece la economía a la hora de evaluar la implementación de una política, pues su éxito depende de la reacción de los distintos agentes del mercado y ello se puede pronosticar y evaluar a través de herramientas económicas.

En primer lugar, para poder comprender el estado actual de la regulación relacionada con la energía renovable, será necesario retrotraerse a sus comienzos. En 1992, con la promulgación de la ley 24065, el Marco Regulatorio Eléctrico incentivó la competencia en un sistema descentralizado, dando a las empresas libertad para organizar su actividad. En esta etapa, el Estado solo controlaba determinadas credenciales o requisitos para poder operar; fue la época de la libre competencia y todo lo regulaba directamente el mercado.

Ahora bien, en lo que respecta específicamente a energías renovables, este Marco Regulatorio Eléctrico no logró expandir la oferta ni fomentó su desarrollo. Esto fue así pues, en un esquema de libre mercado, por definición los generadores más económicos desplazan a los más onerosos en el orden para el despacho². Toda vez que la industria de la energía renovable tenía y

¹ COOTER y ULEN (2009) pp. 13-14.

² En el sistema eléctrico argentino se ha previsto un mercado instantáneo de compraventa de energía (mercado “spot”) y se administran los abastecimientos contratados. El operador de

tiene altos costos, quedaba completamente relegada; por ende, no generaba incentivos para que ningún particular invirtiera en su desarrollo.

Cabe mencionar que en 1998, con la promulgación de la ley 25019, se creó el Régimen Nacional de Energía Eólica y Solar, que intentó fomentar este sector específico de las energías renovables. Se otorgaron beneficios tales como la posibilidad de diferir el pago del Impuesto al Valor Agregado por 15 años (esto finalizó en 2013), garantía de estabilidad fiscal y la posibilidad de una remuneración adicional (*Feed-in-Tariff*)³.

Lamentablemente, ninguno de los esfuerzos previamente mencionados fue efectivo en la captación del interés de inversores en la industria. Ello es así pues esta industria requiere de regulación individual, propia. Se trata de una industria distinta por sus particularidades técnicas y económicas. Los gobernantes no lograron comprender las señales del mercado, promoviendo políticas que no fueron lo suficientemente atractivas para provocar inversiones.

Por último, cabe mencionar que la ley 26190 formó el Régimen de Fomento Nacional para el Uso de Fuentes Renovables de Energía Destinadas a la Producción de Energía Eléctrica. En este esquema se concedieron beneficios impositivos, entre otros, pero nunca se conformó el Fondo Fiduciario de Energía Renovable. Estas políticas no fueron suficientes para incentivar a la industria. Asimismo, jamás se impulsaron las políticas de desarrollo previstas en la ley⁴.

§ 2. SITUACIÓN ACTUAL DE LA INDUSTRIA

Actualmente, en la Argentina, estamos atravesando una crisis energética, lo cual fue admitido expresamente por el Ministerio de Energía y Minería mediante el decreto 134, publicado el 17 de diciembre de 2015, cuyo objetivo es adecuar la calidad y seguridad del suministro eléctrico y garantizar la prestación de los servicios públicos de electricidad en condiciones técnicas y económicas adecuadas. Tal como rezan los considerandos del decreto mencionado, es necesaria la pronta concreción de proyectos de generación más eficientes, que diversifiquen la matriz energética y reduzcan la dependencia del uso de combustibles fósiles. He aquí la decisión manifestada por parte de la nueva administración argentina de poner el foco en las energías renovables, diversificando y ampliando la matriz energética.

Por todo lo expuesto, el país requiere con urgencia la instalación de nueva capacidad de generación eléctrica.

despacho coordina las operaciones físicas y la liquidación de las operaciones de compraventa de electricidad producidas, de acuerdo a la información suministrada. Las primeras operaciones se organizan de acuerdo con los precios de fracción horaria y las compraventas, según los valores pactados.

³ Art. 5º, ley 25019.

⁴ Ver en CUEVA (2016).

Ahora bien, la potencia total instalada es de 33.341 MW y, actualmente, contamos con una reserva de potencia de aproximadamente 1.000 MW⁶, lo cual está muy por debajo de las necesidades nacionales actuales. Asimismo, del total de potencia instalada, el *share* de las energías renovables en la matriz eléctrica argentina es de apenas 1,8 %. Sobre este punto se propone trabajar la nueva administración pública nacional para incrementar este *share*, planteando, como objetivo principal, llevarlo a un 8 % para el final de 2017 y 20 % para el final de 2025.

§ 3. UNA PERSPECTIVA DISTINTA PARA UN PROBLEMA CONOCIDO

A primera vista, teniendo en cuenta la necesidad de proteger el medioambiente y pensando en no agotar los recursos escasos para evitar una crisis energética aún más profunda, parecería tratarse de la llamada “tragedia de los comunes”. Tal como lo define HARDIN⁶, se da una situación en la cual varios individuos, motivados solo por el interés personal y actuando independiente pero racionalmente, terminan por destruir un recurso compartido limitado, aunque a ninguno de ellos, ya sea como individuos o en conjunto, les convenga que tal destrucción suceda.

En un escenario de este tipo, contamos con ausencia de derechos de dominio pleno y capacidad de exclusión de terceros. Así las cosas, si bien la maximización conocida es igualar el ingreso marginal al costo marginal, en caso de que no exista costo alguno (porque hay ingreso irrestricto) implica llevar la explotación del recurso al punto en que el ingreso marginal se iguale a cero. La generalización del uso hace que el recurso se convierta en un “común” del sistema feudal de la Edad Media, en el que nadie tiene derecho de exclusión y todos tienen derecho de uso⁷.

La “tragedia de los comunes” es un ejemplo de derechos de propiedad mal definidos, ya que varias empresas tienen derechos conjuntos de uso de un determinado activo, sobre el cual ninguna de ellas tiene el derecho de excluir a los demás copropietarios. Llevando el concepto al caso concreto que nos ocupa, podemos imaginar que, si todos los agentes del mercado extraen el combustible fósil sin previsión, sin reglas claras, sin planificación a largo plazo, se sobreexplotará el recurso y se agotará, generando una altísima contaminación en ese proceso.

Así se plantea la cuestión en la agenda mundial: el miedo a que la contaminación generada por el desarrollo humano destruya el medioambiente es el motor principal para prácticamente todas las organizaciones no gubernamentales. La presión que se ejerce socialmente en los últimos tiempos es

⁶ El pico de consumo eléctrico llegó a ser 25.380 MW al 12 de febrero de 2016, y la potencia disponible del parque generador es de aproximadamente 26.500 MW. Conf. CAMMESA (2016).

⁶ HARDIN (2010).

⁷ PIFFANO (2012) p. 68.

el motor de los gobiernos para sentirse obligados a incluir el desarrollo de energía “verde” dentro de sus agendas.

En términos generales, el bien común sería el medioambiente, pues nadie tiene un derecho de propiedad sobre aquel; estrictamente no habría exclusión. Asimismo, hay incentivos para explotar estos recursos porque es rentable económicamente, lo cual podría derivar en sobreexplotación y agotamiento de los recursos.

Ahora bien, en mi perspectiva, en realidad, y particularmente en la Argentina, se trata de lo contrario, de una “tragedia de los anticomunes”. Esto es, cuando los individuos racionales, actuando de forma separada, malgastan un recurso por subexplotarlo. De acuerdo con los defensores de esta teoría, esto tendría lugar cuando los derechos de exclusión (por ejemplo, una patente) sobre un bien privado fueran excesivos o estuvieran en manos de tanta gente que el costo de compensar o coordinar a todos ellos anulará cualquier posible beneficio, impidiendo su uso comercial y consecuentemente malgastando el recurso.

Cuando analizamos la situación vista desde la necesidad de aumentar la generación total disponible, el problema en nuestro país es la subexplotación de los recursos disponibles. Esto es así en dos sentidos distintos, visto desde la perspectiva del aprovechamiento de recursos renovables y no renovables.

El país tiene los recursos no renovables bajo su territorio y no los puede explotar por falta de inversión en la exploración. Asimismo, el país tiene los recursos renovables y no los puede explotar porque no hay inversión, pero tampoco ningún tipo de incentivo para que esta se genere. Los costos son prohibitivos (el costo de producción en energías renovables es alto y existe una limitación en nuestra regulación para trasladar el precio al consumidor) y vienen funcionando como una barrera natural aún más efectiva que si hubiera sobrerregulación.

Por todo lo expuesto, podemos ver cómo los derechos de propiedad, respecto de recursos no renovables (en un sentido genérico, específicamente el derecho otorgado a través de un permiso de exploración o una concesión de explotación) constituyeron un derecho de exclusión.

En la Argentina los derechos de exclusión estaban mal definidos o eran excesivos y esto fue la razón principal de la falta de incentivos para invertir en el mercado. Ello se puede ejemplificar al estudiar los procedimientos vigentes para otorgar licitaciones sobre áreas (resulta muy difícil conseguir títulos perfectos porque, por ejemplo, la autorización del art. 72 de la Ley de Hidrocarburos, que depende de las provincias, difícilmente es otorgada en tiempo y forma) y por la falta de regulación que genere propiedad (entendido más que nada como una garantía, la de tener seguridad jurídica).

Ahora bien, se sigue la misma lógica sobre los recursos renovables, pues si bien no se puede generar una propiedad estricta, el sentido de un derecho

de exclusión es otorgar una seguridad⁸, una garantía para el inversor de que se podrá utilizar un recurso y saber que se podrá obtener un rédito económico.

§ 4. INCREMENTAR LA DEMANDA

Respecto de la reglamentación⁹, su objetivo es el establecimiento de un objetivo de consumo de energía renovable, generando una obligación de compra de energía renovable a cargo de los Grandes Consumidores (incorporar un mínimo del 8 % de energía eléctrica proveniente de fuentes renovables para fin de 2017 y alcanzar el 20 % para finales de 2025).

Así las cosas, los Grandes Consumidores del MEM son los sujetos considerados obligados por dicha norma, toda vez que su incumplimiento individual y efectivo a partir del 31 de diciembre de 2017 deriva en la aplicación de una severa multa. Se puede observar cómo se está obligando a consumir; se fuerza la demanda.

§ 5. GENERAR LA OFERTA PARA SATISFACER LA DEMANDA

Respecto de aquellos inversores que hoy resultan absolutamente necesarios para generar esta nueva energía renovable que los Grandes Consumidores deberán consumir, se estableció un esquema con beneficios y estímulos para que se materialicen proyectos. En este sentido, los legisladores prevén:

- 1) Un esquema de beneficios impositivos para quienes ingresen en este mercado;
- 2) El acceso a financiamiento y a garantías por parte del Estado Nacional;
- 3) Un sistema de licitaciones para la adjudicación de contratos de suministro de energía eléctrica; y, por último,
- 4) El despacho prioritario de la energía eléctrica proveniente de recursos renovables.

Quienes resulten seleccionados y aprobados por el Ministerio de Energía y Minería para ser Beneficiarios del Régimen de Fomento, recibirán, en consecuencia, un Certificado de Inclusión en el Régimen de Fomento de las Energías Renovables.

Por otro lado, el Fondo Fiduciario para el Desarrollo de Energías Renovables (FODER) tiene por objeto la aplicación de los bienes fideicomitidos al otorgamiento de préstamos, la realización de aportes de capital y adquisición de todo otro instrumento financiero destinado a la ejecución y financiación de proyectos elegibles a fin de viabilizar la adquisición e instalación de bienes de capital o la fabricación de bienes u obras de infraestructura, en el marco

⁸ La garantía mencionada se refiere a una seguridad específica, entendida como un derecho de no confiscación, de permitir ejercer libremente el comercio. No debe confundirse con el concepto de seguridad jurídica como garantía genérica.

⁹ Leyes 26190 (B.O. 2/1/2007) y 27191 (B.O. 21/10/2015), y decreto 531/2016.

de emprendimientos de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables.

Para acceder a los beneficios que proveerá el FODER se requiere contar con el Certificado de Inclusión. Una vez incluido, se aplicará al proyecto un orden de mérito que será elaborado por el Comité Ejecutivo del FODER. Este organismo y el Ministerio de Energía y Minería emitirán la normativa de implementación del FODER.

Más específicamente, se prevén beneficios fiscales en dos etapas:

- 1) Devolución anticipada de IVA y amortización acelerada de Impuesto a las Ganancias, no excluyentes entre sí;
- 2) Los bienes afectados al proyecto no integrarán la base imponible del Impuesto a la Ganancia Mínima Presunta¹⁰;
- 3) La compensación de quebrantos con ganancias se extiende a 10 años, cumpliendo determinadas condiciones¹¹;
- 4) Deducción de carga financiera del pasivo financiero;
- 5) Exención del impuesto sobre distribución de dividendos o utilidades¹²;
- 6) Emisión del Certificado Fiscal para ser aplicado al pago de impuestos nacionales por un valor equivalente al 20 % del componente nacional de las instalaciones electromecánicas. Se trata de un bono nominativo y podrá ser cedido a terceros por una única vez;
- 7) Estabilidad fiscal (*pass-through* de incrementos fiscales); y
- 8) Exención de derechos de importación para el ingreso de bienes de capital, equipos especiales, partes o componentes, siempre que sean nuevos, necesarios para la ejecución del proyecto de inversión¹³.

Por otro lado, respecto de la posibilidad de obtener despacho prioritario, acorde con el art. 18 de la ley 27191, reconocen el carácter intermitente de la generación y la imposibilidad de almacenamiento y aseguran un despacho constante si se cuenta con capacidad de producción, dejando de lado el orden que derivaría de comparar los costos de producción.

§ 6. TEORÍA DE LOS JUEGOS. LA ARGENTINA SE MUEVE HACIA LA COOPERACIÓN

La teoría de los juegos es un método de análisis y predicción de comportamiento muy utilizado para el estudio de los efectos generados por la normativa en los jugadores o *players* de un mercado.

¹⁰ Desde el principio de ejecución de obras hasta el octavo ejercicio (cfr. decreto 531/2016, art. 9.3).

¹¹ Las pérdidas deben ser generadas por la actividad promovida y solo será computable contra utilidades resultantes de esa actividad, cuya contabilidad deberá ser llevada de manera separada (cfr. decreto 531/2016, art. 9.2).

¹² No estarán alcanzados por el Impuesto a las Ganancias en la medida en que sean reinvertidos en nuevos proyectos de infraestructura en el país, siguiendo los requerimientos del Ministerio de Energía y Minería (cfr. decreto 531/2016, art. 9.5).

¹³ Vigencia: 31 de diciembre de 2017 (cfr. decreto 531/2016, art. 14).

La teoría de los juegos establece, en términos generales, que cuando existen dos jugadores y deben decidir invertir recursos, su decisión de invertir y cooperar se verá influenciada por su percepción sobre el comportamiento del otro jugador. Es decir, si el primer jugador cree posible o probable que, cuando haya invertido, el segundo jugador no colaborará, decidirá no invertir en una primera instancia; es decir, la solución del juego es la no cooperación. Acorde con diversas teorías sobre el tema, se entiende que el primer jugador no invertirá cuando las promesas no sean legalmente exigibles. El primer jugador invertirá y el segundo jugador cooperará cuando las promesas sean legalmente exigibles. Por tanto, un contrato legalmente exigible convierte un juego de solución no cooperativa en un juego de solución cooperativa¹⁴.

Así las cosas, visto desde el punto de vista del AED, un gobierno que establece mayor seguridad jurídica, donde se otorguen concesiones con promesas legalmente exigibles, incentiva la cooperación y la inversión.

Entiendo que el objetivo del gobierno sería justamente este: forzar la demanda e incentivar la generación de una oferta para satisfacerla, con reglas de juego claras y mayor transparencia.

§ 7. CONCLUSIÓN

La promulgación de la ley 27191 en la Argentina no responde a los mismos incentivos que en otros países del mundo. Es decir, si bien el país se verá beneficiado por un aumento en la energía renovable disponible, los motivos detrás de estas decisiones responden a incentivos distintos.

En la agenda mundial, el miedo a los efectos nocivos de la contaminación y la sobreexplotación de recursos son el motor principal para que los gobiernos se sientan obligados a incluir el desarrollo de energía “verde” dentro de sus agendas.

Ahora bien, en la Argentina, se trata de lo contrario y el gobierno actual lo entendió. Se trata de una “tragedia de los anticomunes”, esto es, cuando los individuos racionales, actuando de forma separada, malgastan un recurso por subexplotarlo.

El problema en nuestro país es la subexplotación de los recursos disponibles por la falta de un esquema de incentivos correctamente planteados para favorecer la inversión, munido de un régimen de reglas claras que generen seguridad jurídica, basado en promesas legalmente exigibles que alienten a los distintos jugadores a invertir y cooperar.

¹⁴ COOTER y ULEN (2009) p. 240.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CAMMESA (2016): “Máximos históricos de potencia y energía”, en <http://portalweb.cammesa.com/default.aspx> (último acceso: 3/10/2016).
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas (2009): *Derecho y Economía* (México, Fondo de Cultura Económica, traducción de Eduardo L. Suárez).
- CUEVA, José Carlos (2016): “Régimen de fomento para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica”. *RADEHM*, n° 9: pp. 101-134.
- HARDIN, Garret (1968): “The Tragedy of the Commons”. *Science*, Vol. 162, Issue 3859: pp. 1243-1248, en: <http://science.sciencemag.org/content/162/3859/1243.full> (último acceso: 3/10/2016).
- PIFFANO, Horacio L. P. (2012): *Análisis económico del derecho tributario* (La Plata, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Económicas, Departamento de Economía, Servicio de Difusión de la Creación Intelectual, *e-book*, primera edición), disponible en <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/27637> (último acceso: 7/3/2017).

NORMATIVA CITADA

- Ley 24065 (B.O. 16/1/1992). Régimen de la Energía Eléctrica.
- Ley 25019 (B.O. 26/10/1998). Régimen Nacional de Energía Eólica y Solar.
- Ley 26190 (B.O. 2/1/2007). Régimen de Fomento Nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica. Objeto. Alcance. Ámbito de aplicación. Autoridad de aplicación. Políticas. Régimen de inversiones. Beneficiarios. Beneficios. Sanciones. Fondo Fiduciario de Energías Renovables.
- Ley 27191 (B.O. 21/10/2015). Ley 26190. Régimen de Fomento Nacional para el uso de Fuentes Renovables de Energía destinada a la Producción de Energía Eléctrica. Modificación.
- Decreto 134/2015 (B.O. 17/12/2015). Emergencia Energética.
- Decreto 531/2016 (B.O. 31/3/2016). Régimen de Fomento Nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica. Reglamentación.