

BALTRACONSULTORES

**Estudio sobre la revisión de la
institucionalidad regulatoria de los
servicios sometidos a fijación tarifaria.**

Preparado por:

Aldo González

Departamento de Economía, Universidad de Chile.

Septiembre 2006

BALTRACONSULTORES

Índice

1. Introducción	4
2. Antecedentes Básicos	5
2.1 Marcos Regulatorios	5
2.2 Informe Comisión de Modernización de la Institucionalidad Reguladora.	7
3. Revisión de la Literatura	9
3.1 Independencia	9
3.2 Ambito de la agencia y separación de funciones	16
3.2.1 Agencia Específica vs. Multisectorial	17
3.2.2 Separación de funciones	22
3.3 Conclusiones	30
4. Experiencia internacional	32
4.1 Sector de Agua Potable y Alcantarillado	32
4.2 Sector de Electricidad	33
4.3 Sector de Telecomunicaciones.	38
5. Identificación de Procesos Regulatorios	47
5.1 Sector de Agua Potable y Alcantarillado	47
5.2 Sector de Electricidad	49
5.3 Sector de Telecomunicaciones	51
6. Diagnóstico del actual sistema institucional	54
6.1 Criterios de Evaluación	54
6.2 Temas Transversales	55
6.2.1 Independencia	55
6.2.2 Riesgo de Captura	59
6.2.3. Accountability	59
6.3 Paneles de Expertos	61
6.4 Análisis por sector	64
6.4.1. Claridad y congruencia de objetivos.	64
6.4.2 Riesgo de abuso, existencia de contrapesos y mecanismos de verificación.	71
6.5 Conclusiones.	74

BALTRACONSULTORES

7.	Propuestas de Rediseño Institucional	77
7.1	Propuestas Transversales	77
7.1.1	Independencia	77
7.1.2	Captura Regulatoria y Accountability	78
7.1.3	Paneles de Expertos	79
7.2	Propuesta por Sectores	81
7.2.1.	Sector de Agua Potable y Alcantarillado	81
7.2.2.	Sector de Energía	82
7.2.3.	Sector de Telecomunicaciones	83
7.2.4	Discusión y Fundamentos de la Propuesta	84
7.2.5	Rol del Ministerio de Economía.	88
7.3	Reformas posteriores	90
8.	Conclusiones Generales	91
9.	Referencias Bibliográficas	94

BALTRACONSULTORES

1. Introducción

El control de las empresas de servicio público, consideradas como monopolios naturales o con significativo poder de mercado se efectúa a través de agencias regulatorias que reciben su mandato por leyes sectoriales aplicadas al mercado que deben regular. A través del mundo, las legislaciones sobre regulación y competencia en tales industrias presentan un gran nivel de convergencia tanto en objetivos perseguidos como en los instrumentos disponibles. Sin embargo a nivel del diseño institucional, los países no presentan soluciones únicas en la estructuración de sus organismos regulatorios.

Es pertinente preguntarse, entonces, si el diseño institucional importa más allá del contrato regulatorio. Si las facultades y poderes con que cuenta la autoridad están establecidas en la ley, por qué debiéramos esperar resultados distintos bajo configuraciones organizacionales diversas. Bajo condiciones denominadas como ideales, el diseño institucional regulatorio debería ser irrelevante. Tales condiciones ideales a nuestro juicio son: (i) Contratos Completos, (ii) Racionalidad Perfecta y (iii) Benevolencia del regulador.

Sin embargo, como es reconocido, las leyes son por naturaleza incompleta, es decir, no son capaces de prever todas las contingencias posibles a enfrentar por el regulador. De este modo, en la institución reguladora descansa la facultad de aplicar o interpretar la ley a casos no explícitamente escritos en ella. En otras palabras, la agencia tiene los derechos residuales del control de la regulación, y en este aspecto, la forma en como se haya configurado la institucionalidad reguladora sí es relevante.

La falta de completa racionalidad, entendida como la falibilidad de los agentes que aplican la ley y toman las decisiones requiere de mecanismos de verificación al interior del aparato público, esta necesidad cobra más sentido en circunstancias complejas o no previstas, las cuales no son del todo anticipables al momento de diseñar el aparato regulatorio.

La experiencia, en diversos ámbitos del accionar de las instituciones públicas, ha demostrado que las agencias no siempre se ajustan a los objetivos bajo los cuales fueron

BALTRACONSULTORES

creadas, que es la persecución del bien común u otro propósito más específico. Las agencias, por el poder que les confiere la ley y las ventajas de información respecto a quienes las controlan –gobierno o parlamento, son susceptibles de ser capturadas o corrompidas por los grupos que debe fiscalizar. La respuesta a los problemas de racionalidad limitada y accionar no benevolente ha sido la existencia de mecanismos – instituciones- de control y contrapeso al poder de las agencias reguladoras.

Este informe se estructura de la siguiente forma. La sección dos presenta algunos antecedentes básicos que son útiles de tener en cuenta para empezar la revisión de la institucionalidad. En la sección tres se realiza una revisión de la literatura existente orientada a explicar las ventajas de diversos modos de estructurar las agencias regulatorias. Para ordenar el análisis se ha dedicado una sub-sección a estudiar el tema de la independencia de las agencias en relación a la autoridad política y grupos de interés y otra sub-sección se destina a ver la alternativas de separación o integración funcional (vertical) y sectorial (horizontal) de las agencias. La sección cuatro presenta la estructura regulatoria que poseen diversos países desarrollados en los sectores de Agua Potable, Electricidad y Telecomunicaciones. En la quinta sección se hace una presentación de los principales procesos relacionados con la regulación en los tres sectores bajo análisis. En la sección seis se efectúa un diagnóstico de la institucionalidad actual. Luego, en la sección siete se hace una propuesta de rediseño institucional y finalmente en la sección ocho se entregan las principales conclusiones del estudio.

2. Antecedentes Básicos

2.1 Marcos Regulatorios

La regulación de los servicios básicos (Agua Potable-Alcantarillado, Electricidad y Telecomunicaciones) se realiza según las leyes y reglamentos también conocidos como marcos regulatorios de cada sector. Las mencionadas leyes datan de la década de los ochenta, y fueron generadas como parte de un proceso de cambio en la prestación de los

BALTRACONSULTORES

servicios, a los que paulatinamente se incorporaría capital privado en la propiedad de las empresas de agua, electricidad y telecomunicaciones.

El sector de agua potable y alcantarillado, también conocido como sanitario, cuenta con una legislación desde el año 1988, a la cual se le han ido introduciendo perfeccionamientos según la experiencia regulatoria lo ha ido requiriendo. La última modificación relevante en lo que ha regulación se refiere fue realizada el año 1998. En el año 2002 se introdujeron cambios en los aspectos de fiscalización de residuos líquidos. En el sector de electricidad, la ley que fija las tarifas del sector data de 1982, siendo la última modificación efectuada el año 2005, con la promulgación de la denominada ley corta II. En telecomunicaciones por su parte, la ley que regula la industria data desde 1984. Luego, el cambio más importante se introdujo en 1994, mediante la ley que creó un régimen para el desarrollo de la competencia en el servicio de larga distancia.

Los tres marcos regulatorios presentan características similares, a parte de las materias específicas que se norman en cada industria. Se fijan los regímenes de concesiones para las distintas etapas de la cadena vertical de producción del servicio final. En la fijación de tarifas tanto a usuarios finales como intermedios, se establecen procedimientos claros y detallados de cómo el regulador debe calcular las tarifas. En base al concepto de empresa eficiente se fijan los procedimientos para obtener los distintos parámetros (costos operacionales, costo de capital, inversiones, etc) que formarán parte de la estructura tarifaria de cada servicio sujeto a regulación. Finalmente se establecen los mecanismos en que las empresas participan en el cálculo tarifario y la forma en que se resuelven las discrepancias entre éstas y las agencias reguladoras. En general y con algunas diferencias entre sectores, se puede afirmar que el contrato regulatorio entre el estado y las empresas es bastante explícito o completo en muchas de las funciones, y por lo tanto los espacios para la acción discrecional de la autoridad son reducidos.

BALTRACONSULTORES

2.2 Informe Comisión de Modernización de la Institucionalidad Reguladora.

En 1998, el Presidente de la República creó una Comisión asesora cuyo objeto fue el estudio de una nueva institucionalidad en diversos ámbitos, tales como: la defensa de la competencia, la protección del consumidor, el cuidado del medio ambiente, la explotación sustentable de los recursos naturales renovables y la regulación de los servicios básicos. Dicha comisión estuvo presidida por Alejandro Jadresic y además integrada por los profesionales Vivianne Blanlot y Gregorio San Martín.

En lo estrictamente relacionado con la regulación de los denominados servicios básicos (agua potable, electricidad y telecomunicaciones) la comisión realizó una serie de propuestas concretas a nivel de diseño institucional y también en el ámbito de los procedimientos a seguir en el ejercicio de la función regulatoria.

A nivel de dictación de políticas la comisión propuso que el Ministerio de Economía sea la máxima autoridad política en temas regulatorios (propuesta 1). Para ejercer debidamente dicho rol, se propone la creación de una Subsecretaría específica, encargada de las funciones normativas que le corresponden a dicho Ministerio en tales materias (propuesta 2). Para el ejercicio de la función regulatoria propiamente tal y la aplicación de las leyes, se postula la creación de tres superintendencias sectoriales; sanitaria, de energía y de telecomunicaciones (propuesta 3). Se propone también, la creación de un Tribunal Nacional Económico que cumpla, entre otras, la función de ser una instancia de apelación para la resolución de conflictos en materias regulatorias, tales como la fijación de tarifas, el otorgamiento de concesiones u otras temas donde puede generarse disputas entre las firmas reguladas y las agencias (propuesta 8).

La comisión también realiza propuestas complementarias al diseño institucional pero con gran incidencia en la función regulatoria. En el tema financiamiento de las agencias, se recomienda que en una primera instancia, las superintendencias discutan directamente el presupuesto con el Ministerio de Hacienda, sin tener que pasar por la intermediación de los ministerios sectoriales (propuesta 16). En una perspectiva de largo plazo se sugiere que el

BALTRACONSULTORES

financiamiento de las agencias se realice, total o parcialmente, a través de un cargo aplicado a las empresas reguladas. (propuesta 18) . Adicionalmente, se propone que se creen mecanismos que otorguen mayor flexibilidad a las superintendencias en el manejo de su presupuesto (propuesta 17). Sobre la forma de seleccionar las autoridades máximas de las superintendencias, se propone que éstas sigan siendo designadas por el presidente de la república, pero sujetas a una serie de requisitos mínimos de competencias y habilidades relacionadas con la naturaleza del cargo a desempeñar (propuesta 10). Se sugiere asimismo que el superintendente sea designado por un plazo fijo, renovable y que solo pueda ser removido antes del término de su período por causales expresamente señaladas en la ley. En temas de mayor control sobre las funciones llevadas a cabo por las agencias se recomienda lo siguiente: que se haga pública la información empleada en los procesos (propuesta 22), que toda decisión regulatoria sea debidamente justificada (propuesta 23) y apoyar la labor fiscalizadora de la cámara de diputados en los actos del ejecutivo relacionados con la acción regulatoria (propuesta 24). Finalmente, se plantea la creación de un consejo consultivo del Ministerio de Economía para los servicios básicos, cuyo fin es el dar una mirada independiente, global y de largo plazo a la regulación en los tres sectores (propuesta 27).

Desde la entrega del informe de la comisión hasta la presente fecha, en el ámbito regulatorio, son pocas las propuestas sugeridas por la comisión que se han implementado. La creación del Panel de Expertos del Sector eléctrico en el 2004, de alguna manera cumple con la función que se le asignaba al propuesto Tribunal Nacional Económico. Aunque dicho panel no cuenta con atribuciones para conocer discrepancias en la fijación de tarifas de distribución eléctrica. En la misma dirección apuntaría la creación del Panel de Expertos ad-hoc del sector sanitario con decisión vinculante.

En materia de designación de autoridades, la puesta en marcha del sistema de alta dirección pública, permite que los superintendentes sean nominados mediante un proceso de concurso público. No obstante, la permanencia de las autoridades en dichos cargos sigue dependiendo de la voluntad del Presidente de la República.

BALTRACONSULTORES

El escaso grado de materialización que presenta la propuesta de dicha comisión puede tener variadas explicaciones. En primer lugar es posible que el diseño institucional actual, a pesar de las deficiencias que pueda presentar, sea capaz de administrar debidamente los desafíos regulatorios de los tres sectores. En Chile, las leyes regulatorias sectoriales son bastante completas en términos de dejar poco espacio discrecional a la acción de la autoridad. En consecuencia, el factor crítico que conduce a una buena o mala regulación puede que sea el marco legal y no el arreglo institucional. Otra posible línea de explicación apunta a que las reformas planteadas fueron muy ambiciosas, en términos de los cambios en las competencias de los ministerios involucrados y en el nivel de autonomía que se asignaba a las agencias reguladoras.

3. Revisión de la Literatura

En esta sección se presentan las principales contribuciones y mensajes que la literatura económica entrega para tener presente en la formulación de una propuesta de diseño de instituciones regulatorias.

3.1 Independencia

El concepto de independencia en sí mismo admite múltiples interpretaciones y por lo mismo no es trivial definir qué se entiende como tal y qué elementos hacen a una agencia más o menos independiente. Generalmente la independencia se asocia a la autonomía que posee la agencia reguladora respecto a la autoridad política (Poderes ejecutivo y legislativo). Otra posible definición apunta al resguardo que debe tener la agencia de la influencia de grupos de interés como la industria a la cual se regula directamente u otro sector que se ve afectado por las decisiones de la agencia.

BALTRACONSULTORES

¿Por qué es positiva la independencia?

Si el objetivo de la agencia es la maximización del bienestar social, es obvio que poner en resguardo a tal institución de los grupos de interés es positivo, ya que de lo contrario la agencia puede ser capturada y sus decisiones en vez de buscar el interés general, estarán orientadas a satisfacer los objetivos específicos del grupo que la ha capturado.

Sin embargo, en el caso de la independencia respecto al poder político, no es del todo evidente por qué ésta sería deseable. Si la autoridad política crea regulaciones sobre un determinado sector que buscan el interés general, o en términos más técnicos, que buscan maximizar el bienestar social en el largo plazo, entonces es lógico preguntarse por qué la agencia encargada de aplicar tales regulaciones debe tener autonomía de los poderes que la crearon, siendo que ambos persiguen el mismo objetivo. En una aproximación más positiva del tema, la pregunta podría reformularse de la siguiente forma: ¿Por qué la misma autoridad que genera las leyes prefiere delegar la función de regulación en entidades independientes en vez de ejecutarla ella misma a través de un ministerio? Existen dos posibles explicaciones a tal pregunta. La primera apunta a reforzar la credibilidad de la regulación y la segunda está relacionada con la imparcialidad e integridad en la toma de decisiones.

Evitar costos políticos

El aplicar las regulaciones lleva muchas veces a tomar decisiones que son altamente impopulares –dentro de un grupo de interés o sector de la ciudadanía- pero que son positivas desde el punto de vista del interés general. Por ejemplo, el autorizar una planta industrial en un sector rural puede tener la férrea oposición del sector agrícola, a pesar de que la instalación cumpla con las normativas ambientales. En el caso de la regulación de servicios públicos, un alza justificada en las tarifas de agua potable podría ser altamente impopular y hacer pagar costos políticos al gobierno que la autoriza, no obstante que dicha alza sea necesaria para cubrir los costos que demanda el servicio. De este modo, la autonomía refuerza la credibilidad cuando el regulador debe tomar decisiones que son

BALTRACONSULTORES

costosas en términos de apoyos políticos y que si dependieran directamente de la autoridad política, la existencia de presiones termine por inhibirlas. Así, al dotar al regulador de autonomía, la autoridad se ata las manos para no intervenir en el proceso, incluso si hay presiones para que ello ocurra. También se señala que la delegación permite a la autoridad política desviar la culpa por fallas en la implementación de ciertas políticas, lo cual puede ser más notorio en los casos en que la regulación reviste una alta complejidad técnica.

Inconsistencia dinámica

Las industrias de servicio público sujetas a regulación de tarifas requieren inversiones en activos altamente específicos, las que son recuperadas financieramente en horizontes de tiempo de muchos años. La forma que tiene el regulador para incentivar a las empresas a invertir en tales activos es garantizándoles que las tarifas que pueden cobrar serán lo suficiente como para cubrir todos los costos asociados a tales inversiones. En ausencia de transferencias directas del fisco, la tarificación a costo medio cumple con este objetivo de largo plazo. Sin embargo una vez hechas las inversiones, la autoridad puede estar tentada a bajar las tarifas, haciéndolas igual al costo marginal que enfrenta la firma. Si la firma concesionaria del servicio anticipa que estará sujeta a este cambio en la modalidad regulatoria, estará menos dispuesta a invertir en activos de larga vida útil y por consiguiente existirá un nivel sub-óptimo de servicio. Igualmente, el sector financiero puede anticipar igual comportamiento oportunista del regulador y elevar el costo de los créditos para la inversión sectorial, lo que se traduciría en mayores tarifas a los usuarios.

La solución a este conflicto entre objetivos de corto y largo plazo, también conocido como de inconsistencia dinámica puede resolverse creando una institución autónoma que no este tentada a explotar los beneficios de corto plazo y por consiguiente tenga como misión el óptimo de largo plazo de la industria. Así cualquier interferencia del poder político por intentar capturar ganancias de corto plazo se topará con el mandato de la agencia de respetar el contrato de largo plazo establecido con la firma regulada. Puesto en forma más técnica, se crea una agencia con una función objetivo diferente a la de la autoridad política. Este tipo de solución es el que se ha implementado mediante la creación de los llamados

BALTRACONSULTORES

Bancos Centrales independientes, donde se ha establecido por ley que su objetivo es controlar la inflación sin tener en cuenta otras dimensiones que también son relevantes para el interés nacional como el desempleo.

Imparcialidad y excelencia técnica

La segunda virtud atribuida a la independencia es que garantiza de mejor forma la imparcialidad en su actuar. Esto puede ser relevante en caso que la agencia deba ejercer funciones de árbitro entre distintas partes, aplique sanciones por no cumplimiento de normativas sin posibilidades reales de apelación, o tome decisiones relevantes que limiten el accionar de las empresas en un sector. Generalmente se menciona que la independencia facilita la excelencia técnica en el desempeño de la función regulatoria. Tal argumento sostiene que un regulador independiente tenderá a tomar decisiones basadas en la racionalidad y peso técnico de cada opción, a diferencia del regulador “político” que buscará favorecer a ciertos grupos de presión. Este argumento, a nuestro juicio, está basado en experiencias anecdóticas más que en fundamentos teóricos o evidencia empírica incontestable. Tal coincidencia entre independencia y excelencia puede deberse a razones de auto-selección. La autoridad política puede estar más propensa a delegar competencias en organismos autónomos, cuando las funciones que se deben ejercer requieran de un alto grado de conocimiento específico o complejidad técnica.

¿Qué hace a una agencia independiente?

Según diversos autores¹, el nivel de independencia de una agencia depende los siguientes factores:

- (i) Dependencia jerárquica de las autoridades de la agencia
- (ii) Injerencia del ejecutivo en las decisiones de la agencia
- (iii) Autonomía organizacional de la agencia
- (iv) Autonomía financiera de la agencia

¹ Smith (1997) y Johanssen (2003)

BALTRACONSULTORES

El primer factor considera la forma de designación de las autoridades de la agencia así como los mecanismos de remoción de las mismas. Si bien el hecho que el presidente de la república nombre directamente o participe en la designación de la autoridad máxima, no le resta autonomía a la agencia. La posibilidad de remoción automática sin mayor justificación es un elemento más indicativo del nivel de autonomía con que cuenta la institución. El segundo incorpora la posibilidad que el poder ejecutivo deje sin efecto alguna decisión tomada por la agencia o equivalentemente si las decisiones de la agencia deben llevar la firma de algún ministerio o si las decisiones de ésta son solo recomendaciones hechas al ejecutivo. El tercer aspecto se refiere a la posibilidad de la agencia de definir su propia estructura organizacional y nivel de salarios, escapando así a la rigidez que usualmente presenta la administración pública en este asunto. Finalmente la autonomía financiera mide el nivel de dependencia que tiene la agencia en su presupuesto respecto a la autoridad política. Un nivel de autonomía bajo correspondería a la situación en que se encuentran las distintas reparticiones de la administración pública, donde el ejecutivo presenta el presupuesto y el congreso la aprueba o rechaza. El ideal de la autonomía financiera- según Smith (1997)- es costear los gastos de la agencia a través de un impuesto tipo “earmarking”, el cual por ejemplo se aplique a las mismas empresas reguladas.

Peligros de la independencia

El intento de aislar al regulador de la influencia del poder político puede incrementar el riesgo de captura de la agencia por parte de la industria que se regula. Nótese que la captura regulatoria no necesariamente es producto de un acto ilegal- como sería el soborno de los directivos de la agencia- sino que puede ser resultado de la información y presión que ésta recibe. Si el único grupo de interés que evalúa y presiona a la agencia es la industria regulada, es probable que el regulador oriente su accionar a satisfacer las peticiones y demandas de tal sector. En este sentido, el recibir paralelamente presión del poder político, puede bajo ciertas circunstancias servir de contrapeso a las influencias de la industria y evitar así que la agencia se aleje de sus objetivos.

BALTRACONSULTORES

Una debilidad relacionada con lo anterior es la falta de responsabilidad o “accountability” que tendrían los reguladores muy autónomos. Tal autonomía podría llevarlos a tener sus propias agendas que no necesariamente serán congruentes con los objetivos que la ley les fijó. Al ser cargos no directamente elegidos, o no dependientes de la autoridad política electa, éstos no tienen una base electoral a la cual rendir cuentas de sus actos. Las agencias independientes no poseen la legitimidad que sí tienen las autoridades electas, en el sentido de representar el interés ciudadano. Tal desventaja relativa puede ser clave para enfrentar situaciones complejas no previstas en las leyes o contratos regulatorios, como cambios no previstos en la industria debido a adelantos tecnológicos y/o aparición de nuevos servicios o ante situaciones de escasez o emergencia. Una agencia con dependencia directa del poder político, al contar con mayor legitimidad, puede reaccionar con mayor celeridad y seguridad ante tales escenarios.

Así como existen disposiciones administrativas que favorecen la autonomía de la agencia en su relación con el gobierno, también existen medidas que disminuyen el riesgo de captura. Entre estas medidas se cuentan los resguardos sobre conflictos de interés entre los ejecutivos de la agencia y las firmas bajo regulación y establecer períodos mínimos en los cuales un ex – ejecutivo de la agencia no pueda ser contratado por una de las firmas reguladas.

La falta de accountability puede ser subsanada en base a medidas que permitan a los poderes públicos controlar los actos de la agencia. Por ejemplo, se puede exigir al regulador que explique públicamente sus decisiones, realizar audiencias públicas, emitir informes anuales y dar cuenta de su accionar ante el poder legislativo. Se debe hacer la distinción entre el monitoreo de la legalidad de las acciones de la agencia del control sobre el poder discrecional que ésta tiene. Lo primero puede ser verificado mediante los sistemas de contraloría interna del aparato público o en última instancia por el poder judicial. Así, una agencia puede no violar la ley pero ser permisiva con la industria que regula en los ámbitos en que la agencia posee discreción, en tal caso las medidas de control antes mencionadas reducen los niveles de discrecionalidad que se inclinan a favorecer, por ejemplo, a las empresas reguladas.

BALTRACONSULTORES

Elección vs. Designación de las autoridades.

La forma como se designan las autoridades de las agencias regulatorias incide en el nivel de “accountability” que éstas poseen. Si bien la modalidad más común de designar tales directivos es a través del nombramiento por parte de alguna autoridad política como el presidente del gobierno o el parlamento, existen países, como Estados Unidos, en donde ciertos estados han optado por elegir mediante votación universal a los miembros del directorio de su agencia regulatoria estatal.

Besley y Coate (2000) proveen una explicación de por qué un sistema de elección directa puede conducir a una regulación más a favor de los consumidores y romper el riesgo de captura por parte de los grupos de interés que una elección indirecta a través de los representantes de los ciudadanos, como la autoridad local o los congresistas. Estos últimos son representantes generales del interés ciudadano y por lo tanto la evaluación de parte de los consumidores va a responder a una agregación de dimensiones múltiples, en donde la regulación de empresas monopólicas es solo una de ellas. Así al momento de votar, el desempeño en temas regulatorios estará atado a otros temas relevantes para el elector. Es por lo tanto posible que un bajo performance de parte del representante en este tema no sea castigado por el votante si existe una buena evaluación en otras materias consideradas más importantes por la ciudadanía. Los autores van más allá y señalan que el problema de bajo impacto del aspecto regulatorio en la decisión de los electores abre espacio para la captura regulatoria de los grupos de interés, del tipo planteado por Stigler y Peltzman². El alto beneficio obtenido por la captura, a través de contribuciones a campañas políticas por ejemplo no logra ser contrareestado por la sanción ciudadana debido a que el asunto regulatorio pesa poco en la decisión global del votante. Una forma de alinear más el accionar del regulador con los intereses de los consumidores es elegirlos directamente. Los ciudadanos tendrán una sola dimensión sobre la cual evaluar la plataforma o la gestión del candidato y por lo tanto es altamente probable que los reguladores así electos tengan una agenda más pro-consumidores.

² Tales modelos explican la captura por la presión ejercida hacia las autoridades políticas mediante el financiamiento de las campañas.

BALTRA CONSULTORES

Los autores someten a prueba tal hipótesis para el caso de Estados Unidos, aprovechando la variedad de sistemas de designación de autoridades entre estados. Se emplean datos de precios de electricidad para distintos tipos de tarifas entre los años 1960 y 1997. Los resultados demuestran que las tarifas residenciales son significativamente menores en los estados que eligen directamente sus autoridades regulatorias, lo que sería congruente con la hipótesis de una política más pro-consumidor. La diferencia es del orden de 60 dólares por año por vivienda a precios del año 1992³.

El contar con bajos precios puede no ser siempre una ganancia neta para la sociedad, si es que se afectan los niveles de inversión o calidad de servicio. Los autores también prueban esta hipótesis empleando como variable dependiente el número de interrupciones de suministro de energía, encontrando que efectivamente en los estados con reguladores electos, tales anomalías son más frecuentes. Este resultado coincide con un estudio anterior realizado por Navarro (1982) quien encuentra que estados que eligen a sus reguladores presentan un peor “clima regulatorio” de acuerdo a índices manejados por empresas clasificadoras de riesgo.

3.2 Ámbito de la agencia y separación de funciones

Este capítulo analiza el diseño institucional regulatorio en dos ámbitos. Lo primero es estudiar la conveniencia de crear una supra-autoridad regulatoria que esté a cargo de todos los sectores bajo regulación en comparación a un esquema de agencias separadas o específicas a cada industria. En el segundo ámbito se evalúa si para una determinada industria debe existir una sola agencia reguladora que concentre todas las responsabilidades asociadas al sector o es preferible separar las funciones en distintas instituciones o agencias.

³ Al año 2006 una vivienda promedio en Estados Unidos paga alrededor de 1050 dólares al año en electricidad.

BALTRACONSULTORES

3.2.1 Agencia Específica vs. Multisectorial

Si bien la mayoría de los países cuentan con agencias regulatorias específicas a la industria que controlan, existen casos como el de Alemania, donde se ha optado por concentrar toda la regulación de servicios públicos con características de monopolio natural bajo una misma institución. Similar diseño se encuentra en EEUU a nivel de estados, donde existen las llamadas comisiones de servicios públicos, que son los órganos que regulan a nivel local los sectores de telecomunicaciones, transporte, energía y agua potable.

La discusión sobre si es mejor tener agencias separadas por sector o bien contar con una sola agencia multi-sectorial es en cierto modo equivalente a la decisión de integración horizontal⁴, es decir si es más eficiente que dos bienes diferentes sean producidos en una misma empresa o bien que cada uno de ellos sean provisto por firmas separadas. Empleando elementos de organización industrial o más bien de la teoría de la firma es posible realizar un análisis de los pros y contras de agrupar todas las agencias regulatorias bajo un mismo alero institucional.

Economías de ámbito y de escala.

Las agencias ejecutan funciones similares entre ellas. Por ejemplo la tarea de fijar tarifas en los servicios regulados es semejante – al menos a nivel conceptual económico- entre los distintos servicios. Lo mismo sucede con temas recurrentes en industrias de red como interconexiones, políticas de acceso, servicio universal, etc. El expertise generado en tratar con temas complejos comunes entre tales industrias, como la introducción de competencia en ciertos segmentos o la aparición de nuevos servicios, puede fluir mejor al interior de una misma institución que entre agencias separadas. Se menciona también que bajo una agencia multisectorial es posible compartir recursos escasos, lo cual puede ser relevante en el caso de países donde no existe una cantidad suficiente de profesionales con especialización en temas regulatorios. Por otro lado, hay funciones como la fiscalización de normativas

⁴ En estricto rigor debiéramos emplear el término “integración lateral” que es cuando los bienes producidos conjuntamente no son sustitutos ni complementos desde el punto de vista de la demanda.

BALTRACONSULTORES

técnicas que son muy específicas a cada industria en particular y por lo tanto la importancia de las economías de ámbito puede ser menor. A modo de ejemplo, las competencias requeridas para fiscalizar la calidad de un servicio de telecomunicaciones difieren del control de los efluentes residuales de un sistema de agua potable.

La gestión de los derechos de paso o servidumbres puede ser un factor que demande una coordinación entre sectores, si estos son escasos o constituyen barreras de entrada significativas para algunos mercados.⁵ Es frecuente encontrar casos de empresas de telecomunicaciones que hagan uso de las servidumbres de líneas férreas para desplegar sus redes o de infraestructura de empresas eléctricas. Así, una sola agencia podría obtener estos derechos inmediatamente para distintos servicios y no para uno sólo, lo cual reduciría los costos de negociación entre los organismos involucrados.

La necesidad de la agencia única puede ser más evidente si es difícil establecer con claridad los límites de una industria. Por ejemplo, electricidad y gas pueden ser considerados ambos como parte del mercado de la energía. Las decisiones que se tomen respecto a un sector repercutirán en el otro, ante lo cual la coordinación entre las regulaciones aparece como necesaria. Aunque en teoría es posible lograr una coordinación entre entidades distintas, es más probable que ésta ocurra bajo la dirección de una autoridad única. En este sentido es ilustrativo lo ocurrido en los últimos años en el Reino Unido en los sectores de telecomunicaciones y energía. Los reguladores eléctricos OFFER y de gas –OFGAS– se fusionaron creando una sola agencia encargada el sector energía, denominada OFGEN. Por su parte, la llamada convergencia de medios en sistemas de telecomunicaciones, llevó al gobierno a juntar en una sola agencia –OFCOM– las funciones reguladoras de los sectores de telefonía fija, móvil, cable, radio-difusión y de televisión. La posibilidad de que se masifique comercialmente el servicio de internet de alta velocidad a través de la red eléctrica (PLC) también hace más difusa la separación entre la industria eléctrica y la de telecomunicaciones y por ende, un enfoque multisectorial sería más indicado para regular este potencial nuevo servicio.

⁵ Samarajiva, Mahan y Barendse (2002) señalan que los derechos de paso fueron el factor que llevo a la constitución de autoridades regulatorias multisectoriales por estados en EE.UU.

BALTRA CONSULTORES

Competencia, innovación y riesgo

La literatura reconoce que bajo separación vertical u horizontal, las empresas tienen más incentivos a desarrollar nuevos productos y reducir costos debido a que todo el beneficio derivado de tales acciones sería capturada por ellas mismas. Aplicado a nuestro análisis institucional, tal proposición indicaría que un esquema de agencias separadas sería más propicio para que se creen nuevas soluciones a los problemas de la regulación. Un argumento similar es el señalado por Stiglitz (1994) quien señala que tener agencias separadas es una forma de diversificar el riesgo de falla en el diseño institucional.

La competencia “indirecta” entre agencias generaría más presión por desarrollar prácticas que le permitan cumplir mejor su misión como incentivar a las empresas a mejorar los servicios, reducir las asimetrías de información, perfeccionar la fiscalización de normas, etc. Al tener pares equivalentes con los que ser comparados, los directivos de las agencias pueden competir en generar innovaciones o actuar con mayor celo regulatorio. Como contrapartida, Laffont (2005) señala que un escenario de exacerbada competencia, aunque sea indirecta, entre agencias puede bloquear la necesaria comunicación entre ellas lo que puede resultar negativo.

Rigidez en las reglas

La centralización tiende a desarrollar políticas homogéneas tanto al interior de la institución como en su relación con los agentes externos. Lo primero implica que las políticas salariales y la estructura administrativa de las unidades responsables de las diferentes industrias debieran ser similares. En lo segundo, se debe esperar que existan soluciones regulatorias similares ante problemas parecidos a través de industrias. Tal tendencia hacia la “igualdad en las políticas” surge de una presión natural de los grupos interesados. Así como los funcionarios de un servicio demandarán iguales salarios ante iguales funciones, las empresas protestarán por cualquier regulación considerada discriminatoria que las perjudique.

BALTRACONSULTORES

La homogeneización reduce la flexibilidad, lo que puede resultar negativo en casos que se requiera aplicar soluciones ad-hoc o específicas a cada industria. Si para captar profesionales de calidad se necesita homologar los salarios con los de la industria a la que se regula, el hecho que existan diferencias de remuneración entre los diferentes sectores, puede chocar con la política salarial más rígida de la institución. Análogamente, en determinadas circunstancias una industria puede demandar un tratamiento especial, ya sea por una crisis o un escenario de reforma, de modo que la solución que allí se aplique no sea recomendable de implementarla también en el resto de los sectores.

Por otro lado, bajo una agencia multi-sectorial puede ser más fácil tomar medidas de reorganización interna, en adaptación a un nuevo escenario regulatorio. A modo de ejemplo, si en una industria en particular, el cambio tecnológico permite que exista un nivel suficiente de competencia que no requiera de regulación sectorial, es más fácil suprimir las regulaciones innecesarias cuando estas son aplicadas por una agencia general que por una específica. Esto se debe a que en el primer caso, la agencia reasigna internamente los cuadros profesionales dedicados al sector en cuestión, mientras que en el segundo la agencia probablemente deba dejar de existir. Es claro que es más fácil suprimir una división dentro de una agencia que tener cerrar por completo una institución. Paradójicamente una agencia que abarque más sectores puede ser más flexible para adaptarse en mejores términos a cambios de escenario que una agencia con un propósito más focalizado.

Independencia y Captura

El segundo ámbito a analizar es la incidencia del arreglo institucional en la propensión del regulador a ser capturado y en su autonomía en relación con el poder político. Se reconoce que mientras más generalista es el regulador, en términos de las industrias que supervisa, menor es la posibilidad de que éste sea capturado. Si bien una empresa tendrá siempre incentivos a capturar al regulador que toma decisiones que lo afectan, independiente de si la agencia supervise una o más industrias, la reacción del regulador a la esfuerzo captador sí dependerá de la especificidad de la agencia. En el caso de una agencia generalista, los ejecutivos máximos de ésta no necesitan ser especialistas sectoriales y por lo tanto su

BALTRACONSULTORES

carrera profesional no va a estar ligada a una industria específica. De este modo, las presiones por la vía de dificultar las futuras oportunidades de trabajo pierden fuerza y restringen menos la independencia del regulador.⁶ Otra argumentación en esta misma línea, es que la interacción repetida en el tiempo entre los mismos agentes crea espacios para la cooperación y la colusión.

Una agencia multi-sectorial tendrá mucho poder y gran incidencia en el sector de servicios lo que la hará más visible públicamente y por lo tanto más expuesta al escrutinio por parte de las audiencias interesadas como son los grupos de consumidores, gremios empresariales, parlamento, medios de comunicación, etc. El mayor control público al que es sometida la agencia es positivo por que aumenta su “accountability”. Cualquier decisión no bien fundamentada o influida por la captura queda más expuesta a ser descubierta. El mayor peso con que contaría una agencia multi-sectorial la hace más capaz de enfrentar adecuadamente presiones de la industria regulada, por ejemplo frente a un debate abierto en la prensa⁷. Análogamente, el mayor peso institucional, permite a la agencia resistir de mejor forma las interferencias o presiones del poder político. Además no habrá un claro ministerio interlocutor con el gobierno, sino varios, dependiendo de la industria que se regule.

Si la agencia multisectorial, regula a una empresa que participa en varios mercados que están bajo su supervisión, entonces el mensaje anterior puede variar, y la posibilidad de captura puede ser más alta. Es común que existan conglomerados empresariales presentes en varios servicios de utilidad pública, por ejemplo en Francia el grupo Suez tiene presencia en las áreas de energía y agua potable y Vivendi Universal participa en los servicios de transporte y saneamiento de aguas. Para estas empresas, las rentas derivadas de la captura se hacen más atractivas cuando enfrenta un mismo regulador.

⁶ Se conoce como “puerta giratoria” a la práctica mediante la cual las empresas contratan a ex directivos de las agencias que las regulaban.

⁷ Ver OECD (2001)

BALTRACONSULTORES

3.2.2 Separación de funciones

Existen numerosos casos en el mundo donde las funciones regulatorias dentro de una misma industria o sector son compartidas por más de una agencia. Por ejemplo en Australia, la regulación en telecomunicaciones es ejercida por dos instituciones: La agencia de competencia (ACCC) y la oficina encargada del mercado de las telecomunicaciones (ACMA). En Estados Unidos la aplicación de las leyes antimonopolios es compartida entre el Departamento de Justicia y la Comisión Federal de Comercio.⁸ En Chile existen variados ejemplos de separación vertical de funciones a nivel de organismos públicos. En el sector energético, la Comisión Nacional de Energía (CNE) es quien fija las políticas, mientras que la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) fiscaliza el cumplimiento de las mismas. Similar separación existe en el sector de pesca extractiva con la Subsecretaria de Pesca y el Servicio Nacional de Pesca.

Integración vertical

La regulación puede entenderse como un proceso donde intervienen múltiples organismos los que entregan diversos insumos que finalmente se traducen en reglamentos u obligaciones aplicadas a las empresas del sector, las cuales para que tengan efecto deben también ser fiscalizadas en su cumplimiento. Para aplicar una medida regulatoria especial como la desagregación de los elementos de la red fija de telefonía, se debe conocer el grado de economías de escala de los diferentes segmentos del servicio, establecer las condiciones de acceso de terceras firmas y fiscalizar que tal acceso se esté ejecutando en términos no discriminatorios.

Usando conceptos del análisis de integración vertical en empresas podemos dar algunas ideas base respecto a la deseabilidad de que todas las etapas de la regulación sean responsabilidad de una misma agencia. Generalmente la lógica de disponer de más de una agencia sectorial es la separación de funciones por tipo de acción regulatoria. La línea divisoria muchas veces separa las regulaciones económicas de las técnicas. En otros casos,

⁸ Federal Trade Commission

BALTRACONSULTORES

la división es entre las funciones llamadas estratégicas-definiciones de políticas y/o regulaciones- y las ejecutorias como aplicar las regulaciones y monitorear su fiel cumplimiento.

Las ventajas de agrupar todas las funciones en una misma agencia son las economías de coordinación y las economías de escala. Los primeros beneficios corresponden a la internalización de efectos externos entre unidades o etapas del proceso regulatorio. Una regulación mal diseñada debido a su difícil aplicación será menos probable de establecerse si la institución que la genera es la misma que la ejecuta o fiscaliza. No obstante, si la ley sectorial es lo suficiente clara en explicitar responsabilidades entre las agencias, la ventaja del organismo único puede desaparecer. Si la ley establece que la decisión de interconexión entre redes pertenece a una agencia, mientras que la fiscalización de que la interconexión se haga debidamente es de otra agencia, las necesidades de coordinación serían mínimas. Sin embargo, si se producen eventos inesperados, que requieren de medidas especiales cuyo procedimiento de acción no se encuentra explicitado en la ley y que demanda del expertise de ambas agencias, un mando único disminuye los costos de coordinación y acuerdo. Las desventajas de la integración son similares a las expuestas en la sección anterior (integración lateral) pérdida de enfoque específico, rigidez y menores incentivos para innovar.

Racionalidad limitada

La existencia de racionalidad limitada, entendida como la posibilidad de tomar decisiones erróneas en forma bien intencionada, tiene relevancia al momento de estructurar la institucionalidad regulatoria y política en general. Si una decisión relevante es verificada por más de una institución es posible que se los errores sean detectados. Es posible que si los mecanismos de selección de quienes toman las decisiones están bien diseñados, se puede reducir la posibilidad de error, no siendo necesaria la duplicación de agencia. Laffont (2005) señala que tal argumento es particularmente cierto cuando las situaciones a enfrentar son claramente identificables con anticipación. Sin embargo, el mismo autor indica que no es necesariamente verdad ante escenarios de cambio, donde no es completamente

BALTRACONSULTORES

anticipable que tipo de problemas se enfrentarán y qué habilidades se requerirán. De este modo, el disponer de más de un organismo sectorial permitiría enfrentar de mejor forma situaciones complejas, no previstas con anticipación y por tanto no explicitadas en las leyes regulatorias.

Inconsistencia dinámica y credibilidad

El problema de inconsistencia dinámica de la regulación, descrito en el capítulo anterior, puede ser debidamente resuelto mediante la separación de funciones entre agencias. Tal separación, que involucra objetivos diferentes para cada agencia, soluciona el problema de la falta de credibilidad para aplicar sanciones o medidas extremas. Tirole (1994) presenta el ejemplo de una empresa pública, cuya operación está a cargo de un ministerio sectorial. Si la empresa, producto de un desempeño deficiente, no cumple con las metas presupuestarias, entonces el control de la empresa podría recaer en el ministro de finanzas, generalmente más interesado en los equilibrios fiscales que en la actividad desarrollada por la empresa. Este cambio de control entre agencias, dependiente del resultado operacional de la firma, actúa como un dispositivo que hace creíble el tomar medidas dolorosas para enmendar el rumbo de la empresa, lo que disciplina a los directivos de la misma. En regulación de monopolios naturales, la aplicación de sanciones extremas como la caducidad de una licencia por no cumplimiento de la ley puede estar sujeta a problemas de credibilidad. Si la agencia encargada de tomar esta medida es la misma que debe velar por el funcionamiento competitivo del mercado, entonces la aplicación de tal sanción puede, aunque corresponda legalmente, contraponerse al objetivo antes mencionado. En casos extremos en que la empresa sea la única proveedora, este costo puede ser muy significativo si se pone en riesgo la continuidad del servicio. El disponer de una agencia distinta, que ejecute estas sanciones y que dentro de sus objetivos no esté el bienestar inmediato de los consumidores, hace sin duda más creíble la acción de castigo ante hechos ilegales.

Incentivos

Los gobiernos, a diferencia de las empresas privadas, persiguen múltiples objetivos. A pesar de esto, en la práctica se observa que el gobierno se organiza internamente a través de

BALTRACONSULTORES

agencias especializadas que poseen misiones más bien unidimensionales. Es por tanto, lógico preguntarse qué razones llevan a los gobiernos a estructurar agencias con diferentes objetivos, e incluso contrapuestos en lugar de crear una sola agencia que pondere debidamente todos los factores que influyen en la función objetivo del gobierno.

Una explicación es provista por Tirole (1994), quien señala que las instituciones públicas, a diferencia de las privadas, tienen dificultades para medir objetivamente su performance debido a diversas razones. Una causa sería la falta de referencias comparativas, dado que la mayoría de las agencias son únicas o monopólicas en su ámbito de acción. Otra razón es la ausencia de un mercado de control corporativo que sea capaz de desplazar gestiones deficientes. Dado que los incentivos formales en las instituciones públicas son débiles, la forma de proveerlos es a través de promociones profesionales al interior de las instituciones.

En agencias que poseen solo un objetivo es más fácil que sus ejecutivos demuestren sus habilidades y se esfuercen debidamente, respecto a agencias con objetivos múltiples. A modo de ejemplo, si para demostrar capacidad, se debe ser exitoso en al menos un solo objetivo, entonces es más probable que los funcionarios pongan todo su esfuerzo en una sola actividad en vez de repartirlo en los diversos objetivos. De este modo, al existir una sola dimensión comparativa, es más fácil separar los ejecutivos talentosos de los menos calificados. Las comparaciones multidimensionales, son siempre más inexactas.

Holmstrom (1979), también basado en el problema de riesgo moral, provee otra justificación de por qué sería conveniente separar tareas entre agencias, cuando los objetivos a cumplir no están lo suficientemente correlacionados y la medición del cumplimiento de éstos es imperfecta. Por ejemplo, si tan solo uno de los objetivos es medible en su logro mientras que el otro no, un sistema de evaluación de desempeño tenderá a basarse en la información que genera el cumplimiento del primer objetivo. Cualquier mecanismo de incentivos que se emplee hará que la agencia se esfuerce en la meta medible, restando dedicación a la tarea que no puede ser evaluada. Este fenómeno puede hacer no recomendable del todo emplear un sistema de medición de desempeño,

BALTRA CONSULTORES

dada la distorsión que produce la no-observabilidad. En caso que el objetivo imperfectamente observable sea más importante que el medible, podría conducir a un resultado inferior a si no hay evaluación. Para que sea posible al menos evaluar el objetivo medible, se debe asignar a cada agencia una sola tarea, lo que implica separar funciones por institución. Nótese que este problema sucede solamente cuando no hay correlación entre objetivos. Es decir, si el cumplimiento de un objetivo no provee información acerca del grado de cumplimiento del otro. En caso contrario, una buena performance en una dimensión implicaría que el objetivo no medible también está siendo bien logrado.

A parte de la regulación técnica y económica, las agencias generalmente se les asigna otras funciones como promover entre la población el uso de un servicio en particular (caso de las tecnologías de información), incentivar el uso de una forma de energía sobre otra, requerimientos de servicio universal, o implementación de subsidios en zonas pobres o rurales. La conveniencia de agrupar estas funciones junto a las tareas regulatorias convencionales va a depender de que tan correlacionados estén ambos objetivos. En principio, promover un cierto servicio debiera ser congruente con el controlar el poder de mercado de operadores monopólicos, ya que en ambos casos el esfuerzo aplicado a cada objetivo debiera traducirse en mayor consumo de tal servicio. Sin embargo, los objetivos pueden entrar en conflicto por ejemplo si suceden problemas de inconsistencia dinámica o divergencias entre metas de corto y de largo plazo.

La separación de responsabilidades ayuda a clarificar los objetivos de las instituciones, haciendo más transparente sus decisiones y por consiguiente más sujetas al control público. Por esta misma razón, la “accountability” mejora, ya que en caso de detectarse deficiencias en el desempeño de una función es más fácil tomar acciones drásticas contra la autoridad máxima de la agencia cuando ésta ha fallado en su único objetivo, que tomar medidas cuando la agencia fracasa en una función pero cumple satisfactoriamente el resto de los objetivos⁹. De este modo, la separación facilita el monitoreo de las agencias, lo que afecta positivamente los incentivos de éstas para esforzarse en el logro de su misión.

⁹ Este argumento es similar al empleado para comparar la accountability de las autoridades regulatorias electas versus las designadas.

BALTRACONSULTORES

Dewatripont y Tirole (1999) proveen otro tipo de racionalidad para justificar la existencia de instituciones dedicadas a un mismo sector, pero con objetivos distintos e incluso adversariales. El defender causas opuestas y ser recompensado por el éxito en la tarea asignada, da incentivos a las instituciones a buscar o generar información que es socialmente útil y que en definitiva permite tomar mejores decisiones.

Situaciones de objetivos claramente opuestos pueden encontrarse en el caso chileno, en la fijación de tarifas sujetas al arbitraje de la comisión de expertos. En forma simplificada podría decirse que el panel de expertos es un tribunal que decide en base a las pruebas presentadas por ambas partes; la superintendencia y la empresa. Dado que el objetivo de esta última es tratar de que las tarifas sean los más altas posibles, es coherente asignar a la superintendencia el fin completamente opuesto. Cambiar el objetivo de la agencia regulatoria de obtener la tarifa “eficiente y justa” a la tarifa más baja posible, puede hacer más factible que el objetivo de la regulación se cumpla. Se debe notar que la agencia no es la que resuelve, si no que es parte en un proceso donde existe una contraparte, la empresa y un panel que hace de juez. Así, cualquier posibilidad de abuso de parte de la agencia, será contrarestanda por la presentación de evidencia convincente por la empresa y vice-versa.

Captura y Corrupción

Captura y corrupción dos son conceptos relacionados pero no equivalentes. En el primero, la agencia se aleja de los objetivos establecidos por la ley, producto de las presiones recibidas por la industria que debe controlar. En el segundo concepto, los ejecutivos de la agencia emplean el poder conferido por el gobierno para beneficio personal. Por ejemplo, una agencia puede ser corrupta y sin embargo cumplir con los objetivos por la regulación. Por otro lado, la agencia puede estar completamente capturada e identificada con los intereses de la industria, sin que sus ejecutivos obtengan beneficio personal alguno. Ambos fenómenos son negativos desde el punto de vista económico, la captura obviamente por que permitiría a las firmas explotar en mayor medida su poder de mercado. La corrupción, a su

BALTRACONSULTORES

vez, a parte de consideraciones redistributivas, encarece los negocios y por lo tanto impide que actividades socialmente deseables se ejecuten.

Shleifer y Vishny (1993) argumentan que la descentralización puede hacer más dañina la corrupción. En un contexto en el que una empresa necesita de permisos o autorizaciones complementarios, si éstos son emitidos por agencias independientes, la corrupción podría ser más dañina que si éstos los entrega una agencia única. Esto se debe a que las agencias actuando por separado no internalizan el daño, o el aumento de costos, que su acción tiene en el resto de las agencias. Esta recomendación es análoga al resultado predicho en organización industrial cuando estamos en presencia de un caso de doble marginalización. Así, es preferible en términos de bienestar del consumidor, que exista un monopolista único vendiendo productos complementarios a que estos mismos bienes sean vendidos por monopolistas independientes. De este modo podríamos afirmar que es preferible una entidad única corrupta, que varias entidades corruptas actuando en forma independiente. Los autores arriba mencionados dan el ejemplo de la ex Unión Soviética, donde bastaba sobornar a la autoridad máxima ya que las divisiones jerárquicas inferiores simplemente obedecían las órdenes superiores, lo cual era monitoreado por las agencias de control policiaco. Por el contrario, en Africa el nivel de atomización y desorganización interna del aparato público hace que las empresas deban sobornar a autoridades a múltiples niveles, lo que encarece enormemente muchos proyectos.

Laffont y Martimort (1999) cuestionan tal resultado, introduciendo el problema de asimetría de información entre las agencias y entre estas y la firma regulada. Por ejemplo, si el regulador descubre el verdadero costo de provisión de un servicio, las rentas informacionales de la empresa desaparecerán. El poder que confiere esta información a la agencia regulatoria, abre la posibilidad de ser capturada vía soborno por parte de la firma. Si la agencia regulatoria es sólo una, ésta siempre sabrá cual es la máxima disposición a pagar de parte de la firma para que la información no se utilice en su contra, y la captura siempre ocurrirá. En caso que haya múltiples agencias envueltas en el proceso regulatorio, donde cada una de ellas está a cargo de reducir la asimetría de información en un parámetro determinado, la máxima disposición a pagar de la firma regulada va a depender de la

BALTRACONSULTORES

información disponible por cada agencia individual. Si las agencias no conocen la información con que cuentan las otras agencias, ninguna de estas se atreverá a hacer una oferta de tratamiento favorable si no sabe con certidumbre que la empresa la aceptará –por riesgo a ser denunciada. La separación crea un problema de coordinación y externalidad informacional que afecta los de incentivos de cada agencia para revelar su información, debilitando así el poder de negociación de éstas respecto a la firma regulada y haciendo de este modo la captura un evento menos probable.

Dadas las recomendaciones divergentes entre los dos modelos anteriores, surge la duda sobre cuál debiera ser el modelo correcto a emplear como referencia para lidiar con el problema de la captura regulatoria al momento de optar por un diseño institucional. Si estamos en un escenario donde la captura por la vía del soborno va a ocurrir de todas formas, es probable que el mensaje válido sea el de Shleifer Vishny (1993) y por lo tanto para minimizar la fricción que produce la corrupción lo óptimo es contar con una agencia única. Por otro lado, si la captura es un fenómeno poco frecuente e improbable, la separación hace aún más difícil que esta se produzca.

3.3 Conclusiones

Las principales conclusiones de la revisión bibliográfica son las siguientes:

1. La independencia de las agencias regulatorias no es un asunto trivial ni fácil de definir. Esta depende de múltiples factores, lo que incluye la designación y remoción de las autoridades, el financiamiento y la validez de sus decisiones. Por otro lado, mayor autonomía no implica necesariamente un mejoramiento en el sentido de Pareto, ya que la agencia puede tornarse menos responsable respecto a sus decisiones. Si se desea otorgar mayor independencia a las agencias, al mismo tiempo deben implementarse mecanismos de control que resguarden la “accountability” de la agencia reguladora.
2. Según nuestra revisión de la literatura, la independencia sería más deseable si: (i) Los problemas de inconsistencia dinámica son apremiantes y existe tentación de parte de

BALTRACONSULTORES

los poderes políticos para intervenir las decisiones de la agencia. (ii) El país tiene necesidad de construir una reputación de respeto a los contratos regulatorios para así atraer inversión en el sector de infraestructura y (iii) Las decisiones más relevantes del regulador no tienen posibilidad real de ser revertidas, es decir las empresas no tienen resguardos frente a abusos.

3. La ventaja de contar con un organismo regulatorio único multisectorial va a estar determinado por las similitudes entre los problemas regulatorios a que se enfrentan las diversas industrias. Por otro lado las regulaciones técnicas o de calidad presentan un alto componente específico, no existiendo ganancias derivadas de su integración.

4. Separar funciones dentro de un mismo sector regulado, es una práctica que se observa comúnmente en diversos países e industrias. Tal diseño permite solucionar problemas de inconsistencia dinámica, enfrentar de mejor forma situaciones no previstas, establecer sistemas de verificación y separar tareas que requerirán de habilidades no relacionadas.

5. A nuestro juicio, para recomendar un diseño de agencias regulatorias o evaluar el existente en Chile, se debe tomar en cuenta las múltiples tareas, tanto las explicitadas en la ley como las implícitas, que deben realizar las agencias y ministerios. Esto incluye no solo los procesos tarifarios sino todas las decisiones relacionadas con regulaciones económicas (interconexión, desagregación, etc.), técnicas, asignación de permisos de operación (concesiones y licencias), cobertura, inversión, desarrollo de nuevos mercados y los llamados objetivos estratégicos.

BALTRACONSULTORES

4. Experiencia internacional

En la presente sección se presentarán las características de la institucionalidad regulatoria para los tres sectores bajo análisis en diversos países, dando especial énfasis a aquellos donde el diseño regulatorio se encuentra más avanzado o ha estado sujeto a más modificaciones en el último tiempo.

4.1 Sector de Agua Potable y Alcantarillado

El sector de agua potable salvo excepciones, no cuenta con cuerpos reguladores independientes a nivel nacional como sucede en el mercado eléctrico y en el de telecomunicaciones. La función de regular económicamente al sector y fijar precios es realizada, dependiendo del país, por la autoridad pública en sus diversos niveles; gobierno central, regional o por las municipalidades, no existiendo en la mayoría de los casos agencias que tengan como misión específica la regulación de empresas de agua. Esta realidad diferente se explica por dos razones. Primero, los servicios de agua potable y alcantarillado son en su mayoría de propiedad pública, mayoritariamente municipal, por lo tanto, los objetivos del propietario de la firma y de la autoridad no debieran ser muy divergentes. Así, el riesgo de que la empresa abuse de su calidad de monopolio es menor, por lo que no hay requerimientos de contar con una agencia dedicada a exclusivamente a regular a los operadores. Por esta misma razón, al ser prestadores públicos, no existe el riesgo opuesto: que el regulador abuse de las firmas a través del desconocimiento de contratos o de la expropiación de cuasi-rentas. La autoridad, de este modo, no tendría una necesidad apremiante de dar señales de imparcialidad e independencia, creando una agencia que no esté bajo su control directo. Como sustituto al uso de un regulador, es frecuente que se emplee el sistema de concesiones de explotación, donde el contrato es asignado a la empresa que ofrece, entre otros parámetros, tarifas más convenientes al usuario.

La segunda razón es de carácter tecnológico. En este sector no existe prácticamente interacción entre diversos prestadores, por lo que no hay necesidad de regular materias como interconexiones y acceso a redes de terceros, las que son frecuentes en el mercado

BALTRACONSULTORES

eléctrico y de telecomunicaciones¹⁰. La estructura de mercado más común es que firmas verticalmente integradas provean el servicio final a los hogares. Es posible encontrar casos donde las empresas de suministro de agua potable no sean las mismas que están a cargo del alcantarillado, o que las etapas de producción estén separadas de la distribución. Sin embargo el hecho que todas las partes involucradas sean organismos o instituciones públicas, facilita la resolución de conflictos.

Dentro de los países de la OECD la excepción la constituyen Estados Unidos, Reino Unido y Australia en algunos de sus territorios. En el primer país, la función regulatoria es ejercida por las agencias estatales de regulación “State Public Utility Commissions”. En el Reino Unido existe un organismo independiente OFWAT, cuyo diseño institucional es similar al que presentan las agencias sectoriales, OFCOM y OFGEM en los sectores de telecomunicaciones y eléctrico respectivamente.

4.2 Sector de Electricidad

Alemania

El sector Eléctrico y de Gas es regulado por la agencia multi-sectorial **DNetz**. Las características de tal institución fueron descritas en la sección del sector de Telecomunicaciones.

Australia

Este país presenta probablemente el arreglo institucional más complejo en cuanto al número de agencias con funciones regulatorias en el mercado de la energía. Existen tres organismos con atribuciones regulatorias directas:

- Consejo Ministerial de la Energía (MCE)
- Comisión Australiana del Mercado de la Energía (AEMC)

¹⁰ Un caso excepcional lo constituye UK, donde existe la posibilidad legal de que grandes consumidores de agua potable compren directamente el suministro de fuentes alternativas, las que deben pagar un peaje por el uso de las redes de distribución.

BALTRACONSULTORES

- Regulador Australiano de la Energía (AER)

La división de funciones es la siguiente:

La **MCE** es un consejo de Ministros del gobierno central y constituye la autoridad máxima en las políticas de los mercados de Gas y Electricidad. Dentro de sus responsabilidades está el fijar la política energética nacional, generar las legislaciones y regulaciones que gobiernan el sector y establecer los arreglos institucionales y de gobierno regulatorio.

La **AEMC** cumple una función más bien estratégica, estando a cargo de fijar las reglas y regulaciones aplicadas al mercado de la energía y supervisar el desarrollo de la industria a nivel nacional. La **AER**, por su parte es el órgano encargado de fiscalizar el cumplimiento de la normativa regualtoria y también es quien ejecuta la regulación económica en la redes de transmisión y distribución de electricidad y gas.

La AEMC y la AER son presidadas por un cuerpos colegiados, cuyos miembros son designados por los estados o territorios y por el gobierno central a través de la MEC. Las agencias son financiadas a través de un impuesto aplicado a la industria regulada. Las decisiones de la AER son apelables ante la Corte Federal De Australia

Estados Unidos

La “Federal Energy Regulatory Comisión” (FERC) es la agencia a nivel federal encargada de regular el mercado de la energía. Su misión específica es la regulación de los mercados mayoristas intra-estatales de electricidad, gas y combustibles en general. La fijación de tarifas minoristas es responsabilidad de cada estado la que se ejerce a través de las “comisiones estatales de servicios públicos¹¹”. LA FERC es dirigida por un directorio de hasta cinco miembros, los que son designados por el Presidente con aprobación del senado. Existe la regla, al igual que en el regulador de telecomunicaciones, que no es posible que

¹¹ State Public Utilitly Commission

BALTRACONSULTORES

más de tres de estos miembros pertenezcan al mismo partido político. Los comisionados duran cinco años en sus cargos.

La FERC se financia a través de tasas aplicadas a las empresas que regula. Esta agencia es responsable de su gestión ante el congreso, órgano al cual debe entregar reportes anuales de gestión. Las decisiones de esta agencia no pueden ser revertidas ni por el poder ejecutivo ni legislativo y solo pueden ser apeladas ante las cortes de justicia.

Francia

La Comisión de Regulación de la Energía (CRE), es el órgano encargado de la regulación del mercado Eléctrico y de Gas en Francia. La agencia está presidida por un consejo de siete miembros, dos de los cuales son nombrados por el ejecutivo, dos por el presidente de la Asamblea Nacional (cámara de diputados), dos por el senado y uno por un organismo para-gubernamental denominado Consejo Económico Social. Los consejeros duran 6 años en sus cargos y no pueden ser re-electos.

La independencia de la agencia es reforzada por la ley, que explícitamente señala que sus miembros deben actuar con completa imparcialidad y prohíbe toda instrucción emanada del gobierno o de cualquier tercera parte. El financiamiento de la agencia proviene del presupuesto público.

Italia

La “Autoridad Regulatoria para la Energía y el Gas” es la agencia sectorial del mercado de la energía en Italia. Este organismo es dirigido por un consejo formado por 5 miembros, los cuales son propuestos por el ejecutivo y aprobados por el parlamento, requiriéndose un quórum de dos tercios par su designación. Los consejeros permanecen 7 años en su función y no pueden ser designados para un nuevo período.

BALTRA CONSULTORES

El ámbito de acción de la agencia es amplio, teniendo ésta atribuciones para fijar tarifas, estándares de calidad y fiscalizar el cumplimiento de normativas. Las decisiones de esta agencia pueden ser apeladas ante los tribunales administrativos de la respectiva jurisdicción regional.

Nueva Zelanda

En este país el sector eléctrico es regulado por la “Electricity Commission”, la cual fue establecida en el año 2003. Anteriormente, no existía una agencia sectorial y las funciones regulatorias eran ejercidas por la autoridad antimonopolios. Sin embargo, acontecimientos que derivaron en la escasez del suministro obligaron al gobierno a crear una institución regulatoria específica de la industria eléctrica.

El gobierno de la agencia está a cargo de un concejo formado por 6 miembros, nombrados por el Ministerio de Energía, los que duran 3 años en sus cargos con posibilidad de ser reelectos. El financiamiento de la institución es a través de una tasa pagada directamente por las empresas.

Dentro de las funciones de la agencia está la de garantizar la seguridad del abastecimiento y de incentivar la inversión en infraestructura de transmisión. Las sanciones a los operadores del sector son presentadas por la comisión ante un panel de decisión (Rulings Panel), quienes tienen atribuciones para imponer multas, compensaciones y arbitrar en disputas entre participantes de la industria. Los miembros del panel son designados por la agencia reguladora.

Reino Unido

Desde 1999 la agencia que regula el sector de energía es la Ofgem (Office of Gas and Electric Markets). Inicialmente, luego del comienzo del proceso de liberalización de las industrias de Gas y Energía, existían dos reguladores separados, específicos a cada mercado.

BALTRACONSULTORES

Esta agencia es gobernada por un cuerpo colegiado compuesto por 12 miembros. Existen consejeros con funciones ejecutivas dentro de la agencia y consejeros no ejecutivos. Los miembros del consejo, son designados por el gabinete del primer ministro y duran cinco años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos por una vez.

OFGEM se financia a través de tasas aplicadas a las empresas que tienen licencias para operar en los mercados de electricidad y gas.

Resumen

Los países analizados presentan en general bastantes similitudes en su diseño institucional. En primer lugar, las agencias el alcance regulatorio es amplio, abarcando en su accionar todo el mercado de la energía. Esto incluye los sectores eléctricos, de gas y en algunos casos, también combustibles líquidos como el petróleo.

El tipo de gobierno de las agencias también presenta un patrón similar. Todas ellas están presididas por cuerpos colegiados denominados directorios o consejos. Los miembros de los directorios son designados por un período fijo de tiempo, generalmente sin posibilidad de ser renovados inmediatamente en sus cargos. Los consejeros son nominados por las autoridades políticas del país –poderes ejecutivo y legislativo– requiriéndose en algunos casos la participación de ambos (EEUU e Italia). Sin embargo, tales autoridades no pueden arbitrariamente remover a los consejeros. Otro factor relevante, es que no existe exigencia alguna de que representantes de audiencias interesadas (stakeholders) deban ser incluidos en los directorios, no obstante se da énfasis en que sus posiciones sean escuchadas (Australia y Nueva Zelanda). El carácter independiente de las agencias, es en algunos casos como Francia e Italia, reforzado mediante indicaciones especiales en la ley.

La principal función de las agencias regulatorias es el control de los aspectos monopólicos o de ejercicio de poder de mercado por parte de las empresas propietarias de las redes de transmisión y distribución. Las fijaciones de tarifas y los términos de acceso a las redes son, en este sentido, las tareas más relevantes a realizar por los reguladores.

BALTRACONSULTORES

Existen otras funciones, denominadas técnicas, como fijar estándares de servicio y monitoreo de la calidad que son ejercidas por la agencia misma o por alguna repartición ministerial. Australia constituye un caso especial en donde existen dos agencias con atribuciones reguladoras, una a cargo de los temas estratégicos –establecer regulaciones y políticas– y la otra dedicada a aplicar la regulación y fiscalizar el cumplimiento de las leyes sectoriales.

En temas de políticas antimonopolios, las agencias juegan un rol de consejo o apoyo en la mayoría de los casos, proveyendo información valiosa para los organismos que deben tomar las decisiones. En EEUU, sin embargo, el regulador comparte atribuciones con las autoridades antimonopolios en lo que respecta a fusiones en la industria de la energía.

Acercas de los mecanismos de apelación, lo común es que las decisiones de las agencias puedan ser apeladas ante tribunales –especializados- administrativos o ante cortes ordinarias de justicia.

El sistema de financiación empleado por casi todos los países es el de impuestos o tasas aplicadas a las empresas que son reguladas por las agencias. La excepción la constituye Francia, donde los fondos provienen del presupuesto público.

3.3 Sector de Telecomunicaciones.

Alemania

Alemania cuenta con una agencia multisectorial - encargada de la regulación de los sectores de Electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Ferrocarriles y Servicios Postales. En su organización interna, la agencia está dividida en cinco cámaras de acuerdo al tipo de problemática a tratar (fijación de tarifas, servicio universal, acceso e interconexión, etc.). La agencia multisectorial -*Bundesnetzagentur*- regula tanto materias económicas como técnicas en el sector de telecomunicaciones.

BALTRACONSULTORES

Las autoridades máximas de la agencia -el presidente y dos vice-presidentes- son nominados por el gobierno central a proposición del un organismo llamado el consejo asesor¹². Este consejo, junto con el gobierno federal, a través del Ministerio de Economía y Trabajo y el parlamento son los encargados de supervisar el funcionamiento de la agencia. El financiamiento del organismo proviene directamente del gobierno federal.

Las decisiones de la agencia pueden ser apeladas a tres niveles diferentes, la corte administrativa de primera instancia, la corte de apelación de leyes administrativas y la corte federal de leyes administrativas.

Australia

Las funciones regulatorias están divididas entre dos agencias. La primera, es la “Australian Competition and Consumer Commission” (ACCC), organismo general encargado de supervisar la competitividad de todos los mercados en ese país. La segunda agencia es la recién creada (2005) “Australian Communications and Multimedia Authority” (ACMA).

La ACCC es responsable de los aspectos competitivos del mercado de telecomunicaciones. Por ejemplo, califica sobre prácticas anticompetitivas, acceso a redes o facilidades esenciales, precios abusivos, etc. Dentro de sus objetivos generales aplicados al sector de telecomunicaciones está el de promover la competencia en tal industria. En términos organizacionales, esta agencia tiene cuerpos especializados o comités, dos de los cuales están enfocados al sector de telecomunicaciones. Cabe mencionar que la ley general de competencia en Australia cuenta con partes dedicadas exclusivamente al mercado de las telecomunicaciones.

La ACMA, por su parte, tiene como objetivos el monitoreo y la fiscalización de los aspectos técnicos de la regulación en telecomunicaciones. Esto es: otorgamiento de

¹² El consejo asesor a su vez es formado por dieciocho miembros, designados por el gobierno a proposición de las dos cámaras del parlamento alemán.

BALTRACONSULTORES

licencias, manejo del espectro radioeléctrico, control de la calidad y desempeño de los servicios y la supervisión del cumplimiento de regulaciones específicas.

Los cargos máximos de la ACCC son elegidos por las autoridades políticas a distintos niveles, ya sea del gobierno de la nación, estado o territorio. La ley general de competencia establece los requisitos que deben cumplir los directivos de tal organización. Su duración en el cargo es de cinco años con posibilidad de ser designados por nuevos períodos. La ACMA, por su parte, está comandada por un directorio de cinco miembros¹³ los que son designados por el Gobernador General¹⁴.

La ACCC es financiada por el gobierno central y controlada por el parlamento y sus acciones están también bajo escrutinio del poder judicial y el defensor del pueblo (Ombudsman). La ACMA, por su parte, es financiada por el gobierno. Aunque la agencia es la encargada de recolectar los derechos pagados por las empresas de telecomunicaciones y los dineros generados por las subastas del espectro radioeléctrico, estos fondos van al tesoro público. La ACMA es responsable ante el parlamento a través del Ministerio de Comunicaciones, Tecnologías de Información y Artes.

Las decisiones de la ACCC, en general, deben ser ratificadas por las cortes de justicia y por lo tanto están sujetos al proceso normal de apelación: desde la corte federal hasta la corte máxima de justicia del país. Las resoluciones de ACMA, son apeladas ante la agencia misma en primer lugar y luego ante el Tribunal de Apelaciones Administrativas¹⁵, órgano especializado en la revisión de decisiones de carácter administrativo en Australia.

¹³ En la actualidad la agencia está en un período de transición donde se pasará a un directorio formado por siete miembros.

¹⁴ El Gobernador General es el representante de la corona Británica en Australia y actúa como jefe de estado. Es equivalente a la figura de presidente de la república en democracias parlamentarias como Alemania o Italia.

¹⁵ Administrative Appeals Tribunal

BALTRACONSULTORES

Canadá

La agencia responsable de la regulación sectorial es la “Canadian Radio-Television and Telecommunications Commission” (CRTC). La comisión tiene amplios poderes en la regulación sectorial. A modo de ejemplo, la agencia puede, de acuerdo a los criterios fijados por la ley, determinar los servicios que estarán sujetos a regulación de precios. En materias denominadas como más técnicas –estándares de calidad o administración del espectro radioeléctrico- la comisión actúa bajo directivas emanadas del Ministerio de Industria.

La CRTC está regida por un directorio formado por ocho miembros, los cuales son designados por el gabinete del primer ministro. Estos miembros pueden durar hasta cinco años en sus posiciones. La agencia se financia a través de tasas o impuestos aplicados a las empresas que regula. Sus acciones son controladas por el gobierno y por el parlamento.

Las decisiones tomadas por la CRTC pueden ser apeladas a tres instancias: En primer lugar a ella misma, luego ante la Corte Federal de Apelaciones y finalmente ante el gabinete del primer ministro. Aunque legalmente es posible que la autoridad política revierta una decisión del regulador, tal atribución ha sido empleada en contadas ocasiones.

Estados Unidos

El organismo regulador máximo en materia de telecomunicaciones en esta nación es la “Federal Communications Commission” (FCC). Este organismo tiene amplias atribuciones para regular los aspectos técnicos y económicos del mercado de telecomunicaciones, fijando las políticas federales y emitiendo las respectivas leyes y reglamentos sectoriales.

A nivel local, las Comisiones de Servicios Públicos¹⁶ son las que se encargan de aplicar las regulaciones en cada estado. Dentro de las tareas realizadas por tales comisiones, está la de fijar las tarifas a los servicios regulados.

¹⁶ En Estados Unidos son denominadas “Public Utilities Commission”

BALTRACONSULTORES

La “National Telecommunications and Information Administration” (NTIA) es un organismo asesor del presidente que se encarga de temas relacionados con la política de desarrollo de las telecomunicaciones. Las funciones que realiza esta agencia son las siguientes:

- Administración del espectro radioeléctrico a nivel del país
- Promoción de investigaciones en temas tecnológicos de las telecomunicaciones
- Promoción del uso de las tecnologías de información
- Asignación de fondos para extender la cobertura de telecomunicaciones y para desarrollar aplicaciones.

En cuanto al gobierno regulatorio, la FCC cuenta con un directorio conformado por cinco miembros, los cuales son propuestos por el presidente bajo confirmación del senado. El financiamiento de la FCC es realizado a través de los derechos obtenidos de las empresas de telecomunicaciones y de radio y televisión. La agencia responde ante el congreso por sus acciones, organismo al cual entrega un reporte anual de desempeño. Paralelamente, la FCC está sometida a controles financieros y de auditoría por parte de otras agencias del gobierno, como la GAO¹⁷. Las decisiones de la agencia pueden ser apeladas ante la Corte Federal de Apelaciones de los EEUU.

Francia

La regulación de las telecomunicaciones como de los sector postal es función de la “Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes” (ARCEP). La agencia está dirigida por un cuerpo colegiado compuesto por siete miembros, tres de los cuales son designados por el presidente de la república y los cuatro restantes son nombrados por el presidente del senado y el presidente de la asamblea nacional o cámara de diputados. Los miembros duran en su mandato seis años y no pueden ser removidos discrecionalmente ni tampoco pueden renovarse en sus puestos.

¹⁷ Government Accountability Office

BALTRACONSULTORES

El financiamiento de la agencia proviene directamente del presupuesto público y su accionar es supervisado por el gobierno, a través del ministerio sectorial en telecomunicaciones y el parlamento.

Las decisiones de la agencia son apelables ante la Corte de Apelaciones de París y en última instancia ante el “Conseil d’Etat“, el ente judicial de carácter administrativo máximo del estado.

Nueva Zelanda

En este país no existe un regulador específico a cargo del sector de telecomunicaciones. Los organismos encargados de la aplicación y cumplimiento de las leyes aplicables a la industria son el Ministerio de Desarrollo Económico y sobre todo la Comisión de Comercio. Esta última, es la agencia encargada de aplicar las leyes antimonopolios en el país. Las funciones normalmente ejercidas por el regulador de telecomunicaciones son llevadas a cabo por una división o rama dentro de la comisión a cargo de un “comisionado” dedicado a telecomunicaciones. A pesar de que no existe un regulador sectorial, desde el año 2001 se cuenta con una legislación específica al sector de telecomunicaciones: “Telecommunications Act”. Este cuerpo legal fue creado como respuesta a las deficiencias que presentaban las leyes generales de competencia para subsanar problemas propios del sector de telecomunicaciones como la existencia de operadores con significativo poder de mercado.

Las autoridades de la Comisión de Comercio son designadas por el Gobernador General en recomendación hecha por el Ministerio de Comunicaciones. El financiamiento de la agencia proviene directamente del gobierno, el cual recolecta tasas aplicadas a las firmas reguladas. Así mismo la comisión recolecta ingresos por resolver disputas entre operadores del sector. No obstante, tales fondos no son de libre disposición de la comisión y se requiere de la aprobación del gobierno para su uso. La Comisión está por ley sujeta al control del Ministerio de Comunicaciones.

BALTRACONSULTORES

Las decisiones correspondientes a la acción como regulador de la Comisión de Comercio pueden ser apeladas ante las cortes locales, de apelaciones y finalmente Suprema. Se debe notar que las acusaciones de la comisión, actuando como fiscalizador en casos de violación de las leyes de competencia, deben ser presentadas ante una corte distrital.

Reino Unido

La “Office of Communications” (OFCOM) es el organismo regulador del sector de telecomunicaciones en el Reino Unido. Esta agencia está a cargo de todas las regulaciones, tanto las económicas, como las de carácter técnico que se aplican al sector.

La autoridad máxima de la agencia es un directorio compuesto por 10 miembros, nombrados por el gabinete del primer ministro, los que duran en sus cargos entre tres y cinco años. El financiamiento de la agencia proviene de múltiples fuentes: De las tasas aplicadas a las empresas de radio y televisión por el derecho a obtener licencias de operación, de las multas aplicadas a las empresas que regula y del gobierno a través del Ministerio de Comercio e Industria. En cuanto al control externo, OFCOM debe rendir cuentas anuales ante el parlamento y sus acciones y/o decisiones pueden ser inspeccionadas por los organismos contralores del estado: La Oficina Nacional de Auditoría y el Comité de Cuentas Públicas. Las decisiones de OFCOM pueden ser apeladas ante el Tribunal de Apelación de Competencia, órgano judicial especializado en materias de regulación y competencia en el Reino Unido.

Resumen

Los países analizados presentan grandes convergencias en las distintas dimensiones que comprende el diseño organizacional. En primer lugar todos poseen legislaciones específicas al sector, dada las características propias de la industria de telecomunicaciones. Este hecho, de alguna manera reconoce que la sola legislación de competencia no es suficiente para enfrentar los problemas derivados del significativo poder de mercado del que frecuentemente gozan los operadores del sector. El caso de Nueva Zelanda es ilustrativo.

BALTRACONSULTORES

Este país adoptó inicialmente una aproximación “ligera” de intervención en el mercado, en donde no existía una legislación regulatoria específica para el sector. Sin embargo, producto de los numerosos casos sobre telecomunicaciones llevados ante las cortes y la percepción de la autoridad de que las leyes de competencia no bastaban para controlar el poder de mercado del operador dominante, se decidió finalmente (2001) establecer una legislación regulatoria del mercado de telecomunicaciones

Sobre las agencias con responsabilidad en telecomunicaciones, el arreglo institucional más común es la existencia de un regulador específico al sector, quien es responsable de todos los aspectos, tanto económicos como técnicos de la regulación de la industria. Generalmente dentro de lo “económico” se incluyen las decisiones sobre los servicios sujetos a fijación de precios o a otra medida regulatoria especial. Lo “técnico”, por su parte comprende la supervisión de la calidad de los servicios prestados, la administración del espectro radio-eléctrico y la organización de mercados derivados de los adelantos tecnológicos, como por ejemplo los nuevos servicios de comunicación por telefonía móvil. Esta última tarea, no obstante, puede considerarse más estratégica que técnica.

Las agencias de competencia, complementan la supervisión de este mercado. Estas pueden, a iniciativa propia, iniciar acciones legales contra compañías del sector por prácticas anticompetitivas, colusión de precios o pronunciarse sobre fusiones entre empresas que presten servicios de telecomunicaciones. Del mismo modo las leyes de competencia permiten enfrentar situaciones no previstas en la ley específica sectorial.

La excepción más notable la constituye Nueva Zelanda, en donde las funciones normalmente llevadas a cabo por el regulador son ejercidas por la agencia de competencia a través de una división especializada en materias del mercado de telecomunicaciones. Australia presenta una situación mixta donde algunas funciones son ejercidas por la agencia de competencia y otras por el regulador específico. La división está hecha en base a lo anteriormente denominado como económico y técnico. En Canadá, tal distinción también es relevante, recayendo las responsabilidades técnicas directamente en el Ministerio de Comercio e Industria.

BALTRACONSULTORES

Alemania posee también un diseño particular, donde existe una agencia multisectorial, encargada de regular diversas industrias, las que comparten características comunes de segmentos sujetos a fuertes economías de escala, como electricidad, gas, transporte ferroviario, servicios postales y de telecomunicaciones. La estructura interna de divisiones de la agencia responde a lógicas de temáticas regulatorias comunes entre mercados, más que a sectores o industrias específicas. Así, existe una división encargada de fijación de tarifas, otra sobre interconexión entre infraestructuras y políticas de acceso, una a cargo de supervisar acciones potencialmente competitivas, etc.

En todos los casos analizados las agencias son dirigidas por cuerpos colegiados o directorios, designados por las autoridades políticas, ya sea presidente, primer ministro o gabinete y en ciertos casos ratificados por el poder legislativo (caso de EEUU)

Estos cuerpos colegiados pueden considerarse autónomos. Aunque sus miembros sean nominados por el poder ejecutivo, su permanencia en la posición no depende de la voluntad de la autoridad política máxima. En el caso de Francia, el senado y la cámara de diputados designan cuatro de los siete miembros, mientras que el resto es nominado por el presidente de la república. En EEUU, los miembros del regulador son propuestos por el presidente con aprobación del senado. El comportamiento responsable o *accountability* se encuentra garantizado por la existencia de controles y auditorías a las que están sujetas las agencias, ya sea a través del parlamento, de los ministerios directamente o de instituciones contraloras de la administración del estado.

Sobre el modo de financiamiento de las agencias, la mayoría obtiene sus fondos directamente desde el gobierno. Canadá y EEUU se financian a través de las tasas o derechos aplicados a las empresas del sector. El Reino Unido se encuentra en una situación mixta en donde parte de su presupuesto proviene directamente de las tasas e ingresos de y parte del gobierno.

Las decisiones de las agencias pueden ser apeladas ante las instancias judiciales corrientes o específicas al campo de las decisiones administrativas de los órganos del estado. Solamente

BALTRACONSULTORES

en un caso, el de Canadá, la autoridad política eventualmente podría cambiar una decisión, ya que el consejo de ministros es la última instancia de apelación. No obstante, tal facultad ha sido raramente ejercida.

5. Identificación de Procesos Regulatorios

El objetivo de esta sección es identificar los procesos con incidencia regulatoria y de desarrollo sectorial más relevantes llevados a cabo por las distintas agencias con competencia en cada sector. Para cada proceso se indica la participación de cada una de las entidades involucradas.

5.1 Sector de Agua Potable y Alcantarillado

Otorgamiento de concesiones

Las concesiones son otorgadas por el Ministerio de Obras Públicas (MOP), previa recomendación de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS). En el proceso también participa el Ministerio de la Vivienda y Urbanismo (MINVU), organismo al cual se consulta su opinión sobre los límites geográficos del área de concesión.

Fijación de Tarifas

En la fijación de tarifas de los servicios sanitarios participan: la SISS que es el organismo encargado de calcular las tarifas, las empresas concesionarias, la comisión de expertos –en caso de discrepancias entre las dos entidades anteriores- y el Ministerio de Economía quien firma el decreto que oficializa las tarifas. Salvo en materias de procedimiento, la decisión del panel de expertos se considera inapelable.

Establecimiento de los Planes de Desarrollo.

El plan de desarrollo o expansión es el instrumento mediante el cual se regulan las inversiones en el sector sanitario. Este plan es fijado por la SISS a proposición de las empresas concesionarias.

BALTRACONSULTORES

Emisión de Normas Técnicas

Las normas técnicas de calidad de las aguas y de explotación de los servicios son fijadas por el MOP a propuesta de la SISS, con la aprobación previa del Instituto Nacional de Normalización (INN).

Control de Residuos Líquidos Industriales

La SISS tiene la misión de controlar que las emisiones de residuos líquidos provenientes de procesos industriales cumplan con las normativas sobre calidad de efluentes.

Aplicaciones de Sanciones

La SISS posee la facultad de aplicar sanciones a las empresas, por violación de las normas técnicas y ambientales o por no cumplimiento de los planes de desarrollo. Las sanciones pueden ser apelables ante la Corte de Apelaciones.

Asignación de Subsidios

Para servicios urbanos, sujetos al régimen de concesiones, existe un subsidio a la demanda para el consumo de agua potable y alcantarillado. Los subsidios son administrados por las municipalidades en base a un presupuesto fijado por el Ministerio de Hacienda, previo informe técnico del Ministerio de Planificación. El decreto en que se fijan los montos de subsidios por región lleva también la firma del Ministerio del Interior.

Derechos residuales de la regulación:

La ley establece que descansa en la SISS la proposición, aplicación e interpretación de la normativa técnicas relativas a la explotación de los sistemas sanitarios. En cuanto a las leyes y reglamentos, en función de la SISS aplicarlas e interpretarlas.

BALTRACONSULTORES

5.2 Sector de Electricidad

Otorgamiento de Concesiones

Las concesiones definitivas se solicitan al Ministerio de Economía quien decide en base a información técnica provista por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC) y además requiere la autorización de la Dirección de Fronteras (DIFROL) y Límites del Ministerio de Relaciones Exteriores. Las concesiones provisionales son solicitadas a la SEC, quien se pronuncia recogiendo la opinión de la DIFROL.

Fijación de tarifas

Los Precios de Nudo o Generación son fijados cada seis meses mediante un decreto firmado Ministerio de Economía. Tales precios se calculan en base a un informe técnico elaborado por la Comisión Nacional de Energía (CNE), el cual es dado a conocer a las empresas, las que pueden realizar observaciones.

Las tarifas de distribución son fijadas cada cuatro años, mediante decreto emitido por el Ministerio de Economía. En este proceso participan además la CNE, quien hace de organismo técnico en el cálculo de las tarifas y las empresas quienes pueden contratar su propio estudio tarifario, cuyos resultados son promediados con los del estudio de la CNE (con ponderación 2/3 para este último). La SEC también interviene, indirectamente, al establecer el Valor Nuevo de Reemplazo, el cual es empleado para el chequeo de rentabilidad.

Las tarifas del sistema troncal de transmisión se determinan cada cuatro años sobre la base de un único estudio, coordinado por la CNE pero con participación de todos los actores del mercado (generadores, distribuidores, transmisores, consumidores) y sancionado por el Panel de Expertos. A su vez, las tarifas de subtransmisión se calculan a partir estudios encargados por las empresas subtransmisoras respectivas, previa elaboración de las bases y lista de consultores calificados por parte de la CNE. En caso de discrepancias de la CNE con los valores de los estudios, resuelve el Panel de Expertos.

BALTRACONSULTORES

Finalmente, los sistemas medianos (con capacidad instalada de generación entre 1,5 y 200 megawatts) están sujetos a tarificación para los segmentos integrados de generación y transmisión, bajo un esquema similar al de subtransmisión.

Aplicación de Sanciones

Las sanciones son aplicadas por la SEC, las cuales pueden ser apeladas por los afectados ante el juez de letras competente.

Emisión de Normas Técnicas

Corresponde a la CNE la dictación de normativas técnicas aplicables al sector eléctrico.

Régimen de Racionamiento

El Ministerio de Economía emite el decreto de racionamiento, si las condiciones de suministro así lo recomiendan. En la dictación del racionamiento participan también la CNE, quien emite el informe técnico recomendando la medida, y la SEC quien fiscaliza el cumplimiento de las condiciones.

Licitación de Suministro (Art 79-1 a 79-5)

La CNE debe aprobar las bases mediante las cuales las empresas distribuidoras licitan el suministro de energía que asegure el abastecimiento por el período y condiciones que explicita la ley.

Reducciones voluntarias de consumo (Art 90 Bis)

La CNE establece las condiciones mediante las cuales las empresas generadoras o distribuidoras pueden ofrecer descuentos a los clientes por reducir su consumo

Derechos residuales de la regulación

La ley establece que recae en la CNE la misión de *“elaborar y coordinar los planes, políticas y normas para el buen funcionamiento y desarrollo del sector, velar por su cumplimiento y asesorar al Gobierno en todas aquellas materias relacionadas con la energía”* (Art.2. Decreto Ley 2.224)

BALTRACONSULTORES

Para el cumplimiento de sus objetivos, la CNE cuenta, entre otras, con las siguientes atribuciones:

- Elaborar los planes y políticas de energía y proponerlos al Presidente de la República
- Elaborar las normas técnicas necesarias para el logro de los planes y políticas
- Requerir de la colaboración de entidades con atribuciones normativas, de fiscalización y de ejecución en el sector de energía.
- Supervisar el nivel de precios y tarifas del sector

Por su parte, la misma ley (DL.2.224) establece que la fijación de precios es competencia única del Ministerio de Economía.

La ley constitutiva de la SEC (Ley 18.410 del 22 de Mayo de 1985) establece en su artículo 2, que el objetivo de la Superintendencia es *“fiscalizar y supervigilar el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias, y normas técnicas sobre generación, producción, almacenamiento, transporte y distribución de combustibles líquidos, gas y electricidad, para verificar que la calidad de los servicios que se presten a los usuarios sea la señalada en dichas disposiciones y normas técnicas, y que las antes citadas operaciones y el uso de los recursos energéticos no constituyan peligro para las personas o cosas.”*

5.3 Sector de Telecomunicaciones

Fijación de Tarifas.

En este proceso participan inicialmente: el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, quien decide si existen las condiciones en el mercado para que opere el régimen de libertad tarifaria, en los servicios telefónicos o bien se requiere fijar precios y la Fiscalía Nacional Económica, quien actúa como parte en el proceso de definición del régimen tarifario. Si se dictamina que hay que fijar tarifas, le corresponde a la SUBTEL realizar todo el trabajo de respaldo técnico necesario para el cálculo de las tarifas. Las empresas reguladas pueden realizar sus propios estudios tarifarios, con el propósito de compararlos con los realizados

BALTRACONSULTORES

por la SUBTEL. En caso de que existan discrepancias entre ambas partes, se puede a petición de la empresa, constituir un panel de expertos quien entrega una opinión sobre las discrepancias. Las tarifas son finalmente fijadas por el Ministerio de Economía y el Ministerio de Transporte y Telecomunicaciones (MTT), quienes son los que firman el decreto tarifario correspondiente.

Otorgamiento de Concesiones.

Existen dos tipos de concesión: Las de servicio públicos e intermedios de telecomunicaciones y las de radio difusión sonora y televisiva. En las de primer tipo, se tramita según petición del interesado, las que si corresponde, son otorgadas por el MTT previa consulta al Ministerio de Defensa. Las de segundo tipo también son otorgadas por el MTT, mediante el mecanismo del concurso público, por tratarse de un bien escaso. La SUBTEL participa en ambos casos como agencia especializada que coordina el proceso y recomienda la decisión al ministro.

Aplicación de sanciones

Las sanciones son aplicadas en primera instancia por la SUBTEL, las que pueden ser apeladas por el afectado ante el MTT. Las decisiones de éste último son apelables ante la Corte de Apelaciones y finalmente ante la Corte Suprema.

Acciones de Promoción de los Servicios de Telecomunicaciones

Las labores de promoción y aumento de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones se ejercen a través del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones (FDT). Este organismo está dirigido por un consejo formado por representantes de los ministerios de Transportes y Telecomunicaciones, Economía, Hacienda, Planificación y por otros tres profesionales del sector de telecomunicaciones. La acción de este fondo está dirigida, como explicita la ley, a la difusión de los servicios en zonas rurales o urbanas de bajos ingresos. En cuanto a la promoción del uso de las tecnologías de información, existe una unidad (División de Tecnologías de Información y Comunicación) perteneciente al Ministerio de Economía a cargo de estos temas.

BALTRACONSULTORES

Supervisión de la Competencia

La SUBTEL no juega un rol protagónico en la supervisión de competitividad de los mercados de telecomunicaciones. La defensa del interés público en esta industria es ejercida por la Fiscalía Nacional Económica (FNE). La SUBTEL actúa, entregando su opinión técnica a la Fiscalía o al Tribunal.

Emisión de Normas Técnicas y Desarrollo de Nuevos Mercados

Los nuevos servicios de telecomunicaciones que pueden prestarse a través del espectro radioeléctrico principalmente, son establecidos por el MTT mediante la emisión de una norma técnica contenida en el plan de manejo.

Derechos residuales de la regulación:

La ley establece que el MTT – a través de la SUBTEL- ejercerá las siguientes funciones:

- Proponer las políticas de telecomunicaciones
- Velar por el cumplimiento de las leyes y reglamentos del sector.
- Aplicar las leyes, reglamentos y normativas técnicas
- Administrar y controlar el espectro radioeléctrico
- Dictar las normativas técnicas sobre telecomunicaciones
- Informar y pronunciarse sobre las solicitudes de concesión
- Requerir de las entidades relacionadas con el sector de la información que sea necesaria para cumplir sus funciones.
- Aplicar las sanciones administrativas que la ley sectorial establece

BALTRACONSULTORES

6. Diagnóstico del actual sistema institucional

En esta sección se realiza una evaluación del actual sistema institucional regulatorio de los tres sectores bajo análisis, según los criterios que se explicitan más abajo. La evaluación se realiza inicialmente por criterio, en forma transversal para los tres sectores, dadas las similitudes que ellos presentan en muchas de las características relevantes. Luego se realiza un análisis separado de la institución de los paneles de expertos, bajo los distintos criterios de evaluación. Finalmente se entregan las conclusiones.

6.1 Criterios de Evaluación

De acuerdo a la revisión de la literatura y de la experiencia internacional y nacional, en esta sección se propondrá una serie de criterios, que a juicio del autor, debieran emplearse para evaluar la institucionalidad regulatoria actual de nuestro país. Es necesario mencionar que tales criterios pueden, por un lado, traslaparse y por otro ser opuestos, esto último quiere decir que arreglos institucionales que favorecen un criterio pueden al mismo tiempo debilitar el logro de otro. Los criterios son los siguientes:

Independencia: Este atributo busca que la autoridad regulatoria pueda ejercer su rol debidamente sin ser afectado por la influencia de partes interesadas. Idealmente, la independencia es un atributo que debe estar combinado con otros como la existencia de controles y la “accountability”.

Riesgo de Captura: Se debe minimizar la posibilidad que las autoridades regulatorias confundan sus intereses con los intereses de las empresas reguladas.

Accountability: Se considera que quienes dirigen las agencias deben ser responsables de sus acciones y ser capaces de responder ante los representantes del interés general de las decisiones que se tomen.

BALTRACONSULTORES

Claridad de Objetivos: Es preferible que cada agencia posea una clara misión y que los múltiples objetivos que tenga no sean contradictorios o demasiado incongruentes entre sí.

Coordinación y economías de escala y ámbito: Debe existir entre las instituciones y agencias la necesaria coordinación al momento de tomar decisiones y además aprovechar la experiencia y recursos escasos existentes en materias de regulación de mercados.

Riesgo de abuso, existencia de contrapesos y mecanismos de verificación.

Las agencias deben ser justas e imparciales en aplicar las leyes. Es deseable que no existan abusos o arbitrariedades de parte de ellas al momento de dirimir disputas entre empresas bajo su alcance o al aplicar las leyes o reglamentos. Del mismo modo, en este tipo de materias, es conveniente que existan mecanismos de control de la legalidad de las decisiones de las agencias y/o de segundas instancias.

6.2 Temas Transversales

6.2.1 Independencia

Este atributo se evalúa de acuerdo a los sub-criterios que se presentan más abajo.

Nombramiento de la autoridad máxima y dependencia jerárquica

La designación de la autoridad máxima de cada agencia regulatoria es realizada por el Presidente de la República. En el caso de los Superintendentes – SEC y SISS, se debe emplear el nuevo sistema de alta dirección pública, el cual establece un mecanismo de concurso abierto, donde un consejo¹⁸ selecciona entre los concursantes una terna la cual es propuesta al presidente. El superintendente así nombrado, dura en su cargo por un período de tres años, siendo posible su renovación hasta por dos períodos consecutivos más. En el caso de los Subsecretarios -CNE y SUBTEL- el nombramiento no sigue ningún procedimiento preestablecido.

¹⁸ Consejo de la Alta Dirección Pública del Servicio Civil

BALTRACONSULTORES

Destitución de la autoridad máxima

Tanto los Superintendentes como los Subsecretarios son cargos de exclusiva confianza del Presidente de la República por lo que la permanencia en el cargo de éstos depende de la voluntad del Presidente. No obstante tal equivalencia, se puede afirmar que para el presidente puede ser más difícil destituir, sin una razón objetiva, a un superintendente que a un subsecretario, dado que el primero es designado mediante un mecanismo de selección.

Ambos tipos de autoridades están sujetos a investigaciones de responsabilidad administrativa y por lo tanto podrían ser destituidos también, mediante procedimiento sumario, por la Contraloría General de la República.

Dependencia jerárquica

SISS y SEC

Ambos Superintendentes dependen jerárquicamente del Presidente de la República, sin embargo sus respectivos ministerios base, MOP y Economía, actúan también como principales en cuanto a controlar sus acciones. En términos prácticos, solo Economía emplea comúnmente dicha autoridad para supervisar el desempeño de la SEC.

SUBTEL

Si bien el Subsecretario es un cargo de confianza del Presidente de la República, en materias administrativas y de agenda depende del Ministro de Transporte y Telecomunicaciones (situación de doble principal).

CNE

La CNE depende jerárquicamente del denominado Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Energía. Dicho consejo es un cuerpo colegiado compuesto por los Ministros de Energía y Minería quien lo preside, Economía, Defensa, Hacienda, Secretaría General de la Presidencia y Planificación y Cooperación. En la práctica el consejo solo tiene un carácter formal, siendo quien ocupa el cargo de Ministro de Energía, el que asume el rol de principal del secretario ejecutivo de la CNE.

BALTRACONSULTORES

Dependencia financiera

El presupuesto de todas las agencias reguladoras debe ser aprobado por el Congreso Nacional a proposición del Ministerio de Hacienda. Cada agencia presenta inicialmente su presupuesto al Ministerio con el cual se relaciona administrativamente con el poder ejecutivo, esto es: Ministerio de Economía para el caso de la SEC, Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones para la SUBTEL, Ministerio de Obras Públicas para la SISS y Ministerio de Minería para la CNE.

Autonomía decisional

SISS

Dentro de sus funciones más importantes, la SISS no requiere de la firma o autorización de otra institución para establecer los Planes de Desarrollo de las empresas o aplicar multas. Tanto para el otorgamiento de concesiones como para la fijación de normas técnicas, se requiere además de la firma del Ministerio de Obras Públicas. Respecto a la fijación de tarifas, éstas son en última instancia definidas por el panel de expertos, en caso de existir discrepancias entre la SISS y la empresa. La oficialización de las tarifas requiere la firma del Ministerio de Economía. No obstante este ministerio no tiene facultades para modificar las tarifas determinadas mediante el procedimiento seguido por la SISS.

SUBTEL

Las decisiones de mayor relevancia de la SUBTEL son oficializadas a través de documentos que llevan la firma del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones. En términos formales, la SUBTEL es la unidad técnica que informa al Ministro, quien es el que finalmente decide. A diferencia de la Superintendencia, que posee una relación más de lejanía con su principal – el Presidente-, la subsecretaría estaría más propensa a la influencia del ejecutivo, debido a su dependencia más directa y real de un Ministerio

BALTRACONSULTORES

SEC

El otorgamiento de concesiones es realizado por el Ministerio de Economía bajo informe técnico de la SEC. En la fijación de multas, la SEC cuenta con completa autonomía, no obstante, estas sanciones tienen procedimientos de apelación.

CNE

La fijación de tarifas de generación y de distribución es oficializada mediante decretos firmados por el Ministerio de Economía. La comisión actúa como organismo técnico que propone las tarifas a ser fijadas.

La entrada en vigencia del régimen de racionamiento también requiere de la firma del Ministerio de Economía, siendo la CNE quien informa sobre esta materia.

La CNE coordina el proceso de cargos tarifarios de transmisión y sub-transmisión. El pronunciamiento final sobre esta materia recae en el panel de expertos del sector eléctrico.

La Comisión cuenta con autonomía para decisiones tales como establecer las bases para la licitación de suministro (Art. 79-1 a 79-5) y para establecer las condiciones de las reducciones voluntarias al consumo (Art. 90 bis).

Autonomía organizacional

Las cuatro agencias regulatorias cuentan con un mínimo nivel de autonomía organizacional, ya que su organización interna debe seguir las restricciones impuestas por la ley administrativa que rige al sector público. Esto quiere decir que tanto su estructura organizativa, número de unidades y sus dependencias jerárquicas (divisiones y departamentos) como las remuneraciones de los cargos directivos (Grados) deben ser fijados y modificados por ley.

BALTRACONSULTORES

6.2.2 Riesgo de Captura

Salvo en el caso de la SISS, no se establecen inhabilidades especiales para quienes ocupan los cargos directivos máximos de las instituciones reguladoras. En el sector sanitario, la ley de la Superintendencia, en su artículo 3ºA establece inhabilidades que aplican tanto al Superintendente como a los cargos directivos de la institución. Estas restricciones prohíben la participación de dichos cargos (o de sus parientes más cercanos) en la propiedad de empresas fiscalizadas por la SISS y en la prestación de servicios a este tipo de empresas.

Sobre el mencionado peligro de la “puerta giratoria” no existe ningún tipo de restricción que prohíba a las autoridades máximas de los servicios desempeñar labores o servicios para las empresas reguladas una vez dejado su cargo. En Estados Unidos existe una legislación (US Ethics in Government Act) que establece limitaciones a las actividades que pueden ejercer los ex – altos ejecutivos de agencias reguladoras en representación de firmas que estuvieron bajo su supervisión. Dichas restricciones no se refieren solo a la calidad de empleado de la ex autoridad, sino que también cubre una serie de otros actos relacionados con la representación de los intereses de la firma regulada ante la agencia reguladora.

6.2.3. Accountability

La dependencia directa del Presidente de la República es un elemento debiera reforzar la responsabilidad en el actuar de las agencias. Esto presupone que el Presidente cuenta con los sistemas de monitoreo de las agencias y que él percibe el costo político de un mal desempeño de alguno de los reguladores. No obstante como se señaló en la sección 3, no es probable que el electorado castigue al Presidente únicamente por el desempeño deficiente de uno de los reguladores que dependen de él.

Otra forma de asegurarse que las instituciones públicas cumplan con la misión que les ha sido encomendada es el uso de los indicadores de desempeño. A pesar de que todos los organismos reguladores, - Subsecretarías y Superintendencias - estén sujetas al sistema de

BALTRACONSULTORES

evaluación de desempeño, es probable que este mecanismo no sea suficiente para controlar debidamente los aspectos más críticos del performance de las agencias y solo garantice que se satisfagan aspectos mínimos de la función de los reguladores, tal como sucede con el sistema control de legalidad.

Hay instituciones como el Banco Central, que generalmente son evaluadas en base a indicadores unidimensionales como es el nivel de inflación. Aunque en estricto rigor este organismo posee objetivos más amplios que el control de precios de la economía. En el caso de las agencias regulatorias, su performance podría medirse indirectamente a través de variables proxies tales como el nivel de las tarifas. Sin embargo dicho indicador puede ser incompleto o imperfecto, ya que contar tarifas muy bajas no necesariamente puede ser un indicador positivo, dado que éstas pueden no ser suficientes para cubrir las inversiones requeridas en el sector. En tal caso el indicador debiera incorporar más parámetros tales como los niveles de cobertura, calidad, etc.

Existen acciones que inciden en la efectividad regulatoria, como son el énfasis con el que se interpreta la ley o el celo con que se controlan las firmas reguladas, que ni un sistema de auditoria pública ni de evaluación de desempeño puede detectar. El modo de controlar tal comportamiento es a través de instituciones y audiencias informadas que sigan de cerca las acciones del regulador y puedan dar la señal de alarma en caso que se detecten deficiencias.

Es obvio que las firmas reguladas actuarán cuando consideren que la acción del regulador sea muy estricta, sin embargo no siempre se cuenta con un agente externo que ejerza la función de contrapeso cuando el regulador está siendo muy laxo. En la actualidad estos mecanismos de control real o informal los ejercen el parlamento, a través de la acción individual de sus miembros, la prensa, y también los distintos ministerios con responsabilidad directa o indirecta en el sector.

Por otro lado, las autoridades máximas de los servicios (Superintendentes y Subsecretarios) no están incluidas dentro de los cargos que pueden ser destituidos por juicio político mediante el mecanismo de la acusación constitucional. Tampoco éstos tienen obligación de

BALTRACONSULTORES

comparecer ante el congreso para dar cuentas de sus actos ante una solicitud de alguna de las cámaras, o a rendir una cuenta periódica acerca de su desempeño.

6.3 Paneles de Expertos

Los paneles de expertos han jugado un rol importante en la práctica regulatoria en Chile desde comienzos de los años noventa hasta la fecha. Su empleo para resolver disputas regulatorias, sobre todo tarifarias, ha sido una constante en los tres sectores, y su uso se ha extendido a otras áreas de infraestructura como son las concesiones de obras públicas.

A continuación se efectuará una evaluación de esta institución, según los criterios que se señalan. A pesar de que existen diferencias entre los tres sectores respecto a la transitoriedad de los paneles, a las materias que resuelven y al carácter de sus pronunciamientos, se hará una evaluación general, destacando cuando corresponda los énfasis sectoriales.

Imparcialidad

Se ha reconocido que la existencia de cuerpos arbitrales independientes de la agencia regulatoria son una garantía adicional con que cuentan las empresas para evitar que sean víctimas de comportamientos oportunistas por parte del regulador. Se debe hacer notar que en Chile, los marcos legales que regulan a los tres sectores son bastante completos y por consiguiente hay un margen acotado para que existan este tipo de riesgos en la regulación. La posibilidad de abuso que podría existir por parte del regulador al aplicar las leyes, en cuanto a la fijación de tarifas se refiere, se debiera minimizar al existir este panel arbitral de última instancia.

La separación de funciones que se logra al crear este panel, podría también permitir que el organismo regulador clarifique sus objetivos. Cuando es éste quien fija la tarifa, y dado el ambiente de información imperfecta en que se desenvuelve el cálculo tarifario, el regulador debe arbitrar entre los intereses de las empresas y de los consumidores, quienes presionan

BALTRACONSULTORES

por resultados en sentido opuesto. Si existe un cuerpo arbitral de rápida resolución, el regulador puede especializarse y siguiendo el modelo de abogacía de Dewatripont y Tirole, actuar como representante del interés de los consumidores, haciendo de contrapeso a la acción de la empresa regulada. Según predicen tales autores, el uso de formatos adversariales da incentivos a las partes a buscar información que es socialmente útil y que permite en último término tomar mejores decisiones. Así, el regulador no sentirá incomodidad al preparar argumentos bien fundados que persigan una tarifa más baja, del mismo modo como las firmas buscan justificar tarifas más altas. Nótese que el panel de expertos es la institución que debe filtrar malas argumentaciones y por consiguiente quien garantiza que el resultado no tendrá ninguno de los dos sesgos no deseables.

Competencia y Prontitud en los fallos.

El panel de expertos cumple la función de juez o árbitro ante la discrepancia existente entre las partes respecto a un tema en particular, que generalmente son los costos que se considerarán para el cálculo tarifario. En estricto rigor, el panel reemplaza la función que debiera cumplir un tribunal de justicia que recibe un recurso o apelación de parte de la empresa ante una decisión del regulador. Esta suplantación de rol se ha considerado en Chile como positiva debido a lo largo y costoso que resulta resolver dichas materias en las cortes de justicia general. Los temas regulatorios, envuelven una gran complejidad técnica que escapa al expertise más generalista de los tribunales, por tal razón los tiempos de decisión son muy prolongados, lo cual afecta negativamente al sistema regulatorio en general. La conformación del panel por profesionales especialistas en las materias sobre las que se litiga, otorga legitimidad, en cuanto a las competencias que se requieren, a dicho cuerpo arbitral y permite que las dispuestas sean resueltas en plazos breves. A modo de ejemplo, las discrepancias sobre tarifas en el sector sanitario deben ser resueltas en un plazo máximo de 45 días, según lo establece la reglamentación.

A diferencia del sector sanitario, en telecomunicaciones el panel tiene solamente un carácter consultivo, siendo la fijación definitiva de tarifas una facultad del regulador. A pesar de que en las últimas fijaciones tarifarias, la autoridad regulatoria ha respetado la

BALTRA CONSULTORES

opinión emitidas por el panel, el carácter no vinculante de su veredicto, legitima a las partes a proseguir la vía judicial convencional, si la decisión no les ha favorecido.

El sector eléctrico presenta un mayor avance en esta materia ya que cuenta con un panel de carácter estable, sin embargo su ámbito de competencia no es completa, no contando con atribuciones para pronunciarse sobre las tarifas de distribución. Esta última materia se sigue resolviendo mediante el sistema de ponderaciones que fija la ley, el cual tiene el inconveniente de inducir a las partes a extremar estratégicamente sus estimaciones de costos.¹⁹

Accountability

El carácter transitorio y ad-hoc de los paneles – en Aguas y Telecomunicaciones- atenta contra una mayor responsabilidad en el accionar de sus miembros. El efecto reputación, que es el mecanismo que garantiza el profesionalismo y la imparcialidad de quienes componen el panel, se debilita con la no permanencia de sus miembros en la función arbitral. Un panel permanente, con miembros que duren por un período fijo de tiempo, facilita el monitoreo sobre la forma en que fallan sus integrantes haciendo más improbable que acciones indebidas pasen sin ser advertidas. Paralelamente un panel no circunstancial, da mayor predecibilidad al sistema arbitral, ya que se espera que los integrantes de éste vayan creando su propia jurisprudencia, respetando los criterios que ellos mismos han empleado en fallos anteriores.

Independencia y riesgo de captura

La composición de los paneles, generalmente compuestos por tres miembros, uno electo por el regulador, el otro por la firma y tercero de común acuerdo, tiene el riesgo de condicionar las acciones y decisiones de los dos expertos electos por cada una de las partes. Así, éstos tenderán a actuar como abogado de la parte que los escogió, lo cual deja una gran responsabilidad en manos del perito de común acuerdo, quien se puede convertir en el árbitro final de las decisiones.²⁰

¹⁹ A modo de ejemplo, las estimaciones de costos operacionales en el negocio de distribución han mostrado diferencias por sobre 100 % entre los estudios de las empresas y los del regulador (CNE).

²⁰ Ver Gomez-Lobo y Vargas (2002).

BALTRACONSULTORES

El carácter transitorio, representativo y no institucional de los paneles aumenta el riesgo de captura de sus miembros. Las firmas pueden verse tentadas a inhabilitar mediante presiones la acción de uno de los peritos que no la represente, lo cual de ser exitoso aumenta significativamente la posibilidad de volcar las decisiones a su favor. El carácter institucional y permanente de este organismo puede actuar como defensa de los peritos y disuadir cualquier presión indebida. En este sentido una presión a uno de los miembros del panel es considerada como una injerencia indebida en una institución del estado y no en una persona.

El bajo número de miembros del panel –solo tres- hace también más vulnerable el panel a la captura. Mientras mayor sea el número de expertos, sobre más individuos se debe actuar para influir sobre el veredicto y por lo tanto mayor es el riesgo que asume la parte interesada, de que su acción indebida sea revelada. Para este tipo de situación, es útil el concepto de separación de agencias regulatorias propuesto en el trabajo de Laffont y Martimort (1999),²¹ el que se explica en la sección de revisión bibliográfica.

La independencia vis a vis la empresas y el poder político podría reforzarse aún más mediante la creación de un panel transversal, que resolviera sobre discrepancias en los tres sectores regulados. La menor probabilidad de captura se debería tanto al mayor peso institucional y al carácter generalista de tal tribunal regulatorio único.

Economías de escala

La existencia de paneles permanentes puede ser más onerosa que la solución ad-hoc. Sin embargo, el dotarlo de un carácter transversal (para los tres sectores regulados) puede ser una solución a tal problema. La posible desventaja de tal arreglo es el diverso expertise técnico que se requeriría para conocer las materias de cada sector. No obstante, la composición del paneles ad-hoc generalmente emplea tanto profesionales de carácter generalista (economistas) como especialistas en la industria (ingenieros). A modo de ilustración, el panel permanente del sector eléctrico, está compuesto por siete miembros de

²¹ Laffont y Martimort (1999)

BALTRACONSULTORES

los cuales dos deben ser abogados y cinco ingenieros o economistas (en la actualidad dos son economistas y tres son ingenieros eléctricos).

Otra posible desventaja de un panel conjunto es la sobre carga de trabajo y su consiguiente efecto en la demora de los veredictos. Una ilustración extrema de este tipo de problema es el poder judicial, al cual se le considera no apto para resolver disputas regulatorias por el tiempo que demorarían sus fallos, dado el expertise que se necesita para conocer tales materias. En el otro extremo están los paneles ad-hoc en donde se cuenta con expertos full time dedicados a su función, con un plazo fijo para resolver. Dicha dificultad se puede enfrentar estableciendo plazos para los fallos y coordinando los procesos regulatorios que requieren del pronunciamiento del panel de expertos.

La frecuencia con que se requiere la constitución de esta instancia, puede dar alguna idea sobre la ventaja de contar con un panel estable. Dentro del sector sanitario, en el último proceso tarifario (2000 – 2004) hubo que recurrir al panel de expertos para 6 de las 24 empresas. Esta cifra ha sido mayor –en porcentaje- que en períodos anteriores debido a que paulatinamente las empresas se han ido privatizado en el tiempo²². Es por lo tanto esperable que dicho porcentaje o quizás algo mayor sea representativo de la demanda de trabajo que enfrentaría el panel en el sector sanitario.

En telecomunicaciones, la experiencia es algo distinta. La proporción de empresas que han recurrido al panel es mayor que en el sector sanitario. Según Jadresic (2005) de 18 casos en el período 2004-2005 en 10 de ellos se convocó al panel de peritos. Los casos vistos por este panel no solo envuelven tarifas finales a usuarios de operadores dominantes, sino también los cargos de acceso de las compañías de telefonía móvil.

²² Ver Jadresic (2005)

BALTRACONSULTORES

6.4 Análisis por sector.

6.4.1 Claridad y congruencia de objetivos.

Agua Potable y Alcantarillado

Dadas las distintas funciones realizadas por la SISS, no existe a nuestro juicio tareas que puedan ser consideradas como incongruentes o difíciles de cumplir en forma apropiada por ser ejercidas dentro de una misma institución. A dicha claridad ayuda el hecho que el contrato regulatorio en el sector sea bastante específico y deje poco espacio a la discrecionalidad y a la necesidad de contar con acuerdos de los operadores del sector. A modo de ilustración, el mecanismo que garantiza las inversiones en el sector son los planes de desarrollo, los cuales son fiscalizados por la SISS a través de sanciones monetarias por no cumplimiento. En tal sentido, no hay una incompatibilidad- como muchas veces se menciona- entre promover las inversiones en el sector y fiscalizar el cumplimiento de las normativas. Esto sin duda se debe a la completitud del contrato regulatorio en aguas, en donde se establece claramente las obligaciones de los concesionarios en cuanto a cobertura del servicio dentro de su área y mecanismo de correspondiente de cálculo de tarifas.

Quizás donde existe algún peligro de incompatibilidad de incentivos es en la medida de caducidad de la concesión. Dicha medida extrema, de terminar con el derecho de una empresa a operar en un territorio, es un castigo que induce a las concesionarias a cumplir con sus obligaciones. En caso de tomarse dicha medida la SISS asume temporalmente la administración del servicio de agua y alcantarillado correspondiente, hasta que una nueva firma se haga cargo de la concesión. De este modo, la SISS sabiendo que debe asumir una responsabilidad algo ajena a sus funciones habituales, puede verse inducida a no tomar la medida cuando corresponde dado el costo interno que deberá enfrentar. Esto sin duda debilita la credibilidad de dicha medida extrema y por consiguiente su poder disuasivo decae.

BALTRA CONSULTORES

A nivel de definición de políticas para el sector existe una indefinición respecto a cuál es el Ministerio sobre el que recae la responsabilidad política final. Como se mencionó en el informe de la comisión Jadresic: *“No hay claridad respecto de las responsabilidades institucionales en lo relativo a la formulación de políticas. En lo formal es el Ministerio de Obras Públicas quien debe asumir dicha función. Sin embargo, dicho ministerio tiene otras áreas relevantes que atender y su tradición responde más a la de una institución ejecutora. En la práctica, el rol del MOP se limita a la ejecución de programas de agua potable en el sector rural y a la regulación de los recursos hídricos, y no al desarrollo del sector sanitario como servicio de utilidad pública. El Ministerio de Economía tiene una mayor cercanía al tema, pero no tiene un mandato claro sobre este sector y su relación formal con la entidad fiscalizadora se concentra en la fijación de tarifas”*

Al respecto se deben precisar dos hechos. Primero esta dependencia dual: Formal vs. Real, puede ser una forma de establecer contrapesos y mecanismos de control al interior del gobierno. A su vez, tal dualidad fortalece de algún modo la autonomía de la Superintendencia en relación al poder ejecutivo. Sin embargo, consideramos que a pesar que el contrato regulatorio en este sector sea bastante completo, lo cual deja poco espacio de acción discrecional y que exista una cultura de coordinación entre entidades de la administración pública en Chile, es beneficioso, en términos, netos concentrar todas las atribuciones en un solo Ministerio. Es en el nivel de formulación de políticas donde existe mayor “incompletitud” y por lo tanto es positivo que exista una sola institución sobre la que descansa la responsabilidad residual de la regulación del sector. La indefinición actual puede inducir a evadir competencias. Así, la detección de deficiencias y los posibles cambios normativos o legales en el sector debieran ser ejecutados y canalizados al interior del ejecutivo por una sola agencia.

Energía

A parte de las acciones regulatoria transversal que ejerce el Ministerio de Economía, las funciones se reparten entre las dos instituciones sectoriales la CNE y la SEC.

BALTRACONSULTORES

La CNE tiene la misión de fijar las políticas sectoriales y es la responsable última ante el Presidente de las materias estratégicas en el área energética. Esta agencia también realiza todo el trabajo técnico y de coordinación necesario para la fijación de tarifas en los distintos segmentos de la industria eléctrica. La dirección de la CNE recae en el denominado Consejo Directivo, compuesto por Ministros de diversas carteras. La experiencia indica que tan solo el presidente de dicho consejo, que posee rango ministerial, ejerce las funciones directivas que le son encomendadas por ley a dicho organismo.

La SEC por su parte, posee una misión claramente fiscalizadora, con fuerte énfasis en la supervisión de la continuidad del abastecimiento eléctrico y en la seguridad del transporte, almacenamiento y suministro de combustibles líquidos, aspectos de gran relevancia en este tipo de servicios. Paralelamente la SEC informa al Ministerio de Economía sobre las concesiones eléctricas y en temas estrictamente de regulación económica, es la agencia encargada de fijar la base de los activos (VNR) que se emplea para el cálculo de las tarifas de distribución.

No es del todo clara la racionalidad que sustenta la división de funciones entre la SEC y la CNE. En principio, la fiscalización de la calidad y seguridad de los servicios no es contradictoria o incompatible con la fijación de tarifas (ver ejemplo de la SISS), a menos que se considere que la primera actividad requiere de una dedicación y un enfoque muy exclusivo. En este mismo sentido, actividades como la estimación del VNR o informar el otorgamiento de las concesiones, son sin duda congruentes en términos de habilidades con la tarea de fijar de tarifas.

La CNE concentra las funciones llamadas estratégicas y las regulatorias y de supervisión de competitividad de los mercados. Dentro de las primeras tareas se incluye la continuidad del suministro eléctrico, la búsqueda de alternativas energéticas, los convenios internacionales y el correspondiente desarrollo de las inversiones del sector. El segundo tipo de función persigue que los operadores del sector no obtengan retornos abusivos en sus respectivos mercados. En principio ambas funciones no son incompatibles, por ejemplo el plan de

BALTRACONSULTORES

obras y los precios de nudo son instrumentos regulatorios claves que precisamente buscan que los agentes privados inviertan en generación eléctrica.

No obstante, tal como se mencionó para el caso de telecomunicaciones, los objetivos de continuidad en el abastecimiento e inversión pueden entrar en colisión con los objetivos estrictamente regulatorios. Eventos como la escasez inesperada del suministro pueden requerir de acciones excepcionales que por la rapidez requerida deban ser ejercidas por la autoridad política. Por ejemplo, si el estado desea instalar capacidad propia de generación para situaciones de emergencia o si se emplea energía nuclear producida por instalaciones de propiedad estatal. En estos casos sería aconsejable que una agencia diferente incluya los efectos de estas inversiones en el cálculo de tarifas.

Una posible explicación para que las funciones estratégicas y regulatorias estén bajo el mismo alero institucional, es compartir la capacidad existente de información y análisis sectorial que se emplea para el cálculo de tarifas. Este razonamiento podría así extrapolarse también a la función fiscalizadora y contar con una única agencia o subsecretaría del sector de energía análogo a como sucede en telecomunicaciones con la SUBTEL.

Telecomunicaciones

En términos reales, la SUBTEL es la agencia que posee la información crítica que determina la mayoría de las decisiones normativas y regulatorias del sector. En el proceso de fijación de tarifas, es donde existe una participación más relevante de otros organismos como las instituciones antimonopolios –Tribunal de Defensa de la Competencia y Fiscalía Nacional Económica- y el Ministerio de Economía.

En general existe coherencia de objetivos en las funciones de generación de normativas técnicas, regulación de tarifas, administración del espectro radioeléctrico y fiscalización y aplicación de multas a los operadores. Estas funciones se potencian al estar dentro de una sola agencia, ya que como se mencionó ésta posee la información sobre la que se sustentan la mayoría de las decisiones en el sector.

BALTRA CONSULTORES

La ley es explícita en asignar a la SUBTEL responsabilidades en aplicar la regulación en los servicios que determine la autoridad correspondiente. Sin embargo, no hay un mandato claro respecto a la función de supervisar el desempeño competitivo de los distintos servicios del sector. La ley asume por defecto que si no existen razones para aplicar el régimen de fijación de tarifas, la competencia entre empresas será el instrumento suficiente que corrija posibles imperfecciones que se presenten en los mercados.

El mercado de las telecomunicaciones, en la actualidad, se caracteriza por poseer estructuras de mercado oligopólicas con presencia de operadores dominantes y además presenta externalidades de red y problemas de coordinación, que requieren de cierto tipo de intervención de la autoridad distinta a la fijación de precios. Por ejemplo, para el desarrollo eficiente de ciertos mercados puede ser necesario monitorear precios o conductas o incluso aplicar restricciones ex –ante, como son la separación vertical, desagregación de redes, precios mínimos, acceso abierto, obligatoriedad de interconexión, etc.

Aunque es función de la Fiscalía Nacional Económica (FNE) supervisar la competencia en la generalidad de los mercados, a juicio del autor, el sector de telecomunicaciones demanda un trato más específico y por consiguiente una acción institucional más focalizada hacia estos temas, dada la frecuencia con que se presentan este tipo de problemas. Esta función no debe considerarse como sustituta, si no más bien complementaria a lo que pueda realizar la Fiscalía en defensa del bien común en el mercado de las telecomunicaciones.

Las funciones de promoción de las telecomunicaciones en lo que se refiere a ampliación de la cobertura y uso de las tecnologías de la información pueden tener cierta incongruencia con las funciones regulatorias propiamente tal como son la fijación de precios y la fiscalización de las normativas. Dentro de las primeras funciones se encuentra la actividad del Fondo de Desarrollo de las Telecomunicaciones coordinada por el MTT a través de la SUBTEL y la actividad desarrollada por la Unidad de Tecnologías de la Información, radicada en el Ministerio de Economía, pero en una división distinta a la encargada de los temas regulatorios.

BALTRACONSULTORES

En estricto rigor ambas funciones –regulatorias y de desarrollo- no debieran ser incongruentes ya que un mercado correctamente regulado, debiera conducir por sí solo al crecimiento de la cobertura de los servicios de telecomunicaciones. Sin embargo, existen metas de política que buscan extender la penetración de ciertos servicios como Internet de alta velocidad u otras tecnologías, más allá de lo que el mercado bien regulado ofrece. La existencia de tales objetivos de política puede ejercer presión sobre la función reguladora. Así, la autoridad regulatoria puede verse tentada, dentro de la holgura que la ley le permite, a emplear variables regulatorias como las tarifas para lograr los objetivos de desarrollo como la masificación del acceso. Tal como se señaló en la sección de revisión bibliográfica, a parte del daño que se hace a la regulación, dicha mezcla de instrumentos con objetivos es negativa para la institucionalidad en su conjunto. Un trabajo deficiente en la fijación de tarifas o un relajamiento en la fiscalización de normativas pueden excusarse en la multiplicidad de objetivos a perseguir, siendo por lo tanto más difícil controlar el desempeño de la agencia y orientar su accionar.

6.4.2 Riesgo de abuso, existencia de contrapesos y mecanismos de verificación.

Como situación general, todas las agencias reguladoras están sujetas a la supervisión de sus actos administrativos por la Contraloría General de la República.

La aplicación de multas a las empresas reguladas es un instrumento crucial con el que cuentan las agencias (SISS SEC y SUBTEL) para llevar a cabo su función fiscalizadora. Las firmas que son sancionadas pueden apelar ante las distintas instancias del poder judicial. En el caso de la SISS y la SEC las multas fijadas por las Superintendencias son apelables ante la justicia ordinaria. Por su parte, las multas aplicadas por la SUBTEL se apelan en primera instancia ante el Ministro del ramo y luego ante la Corte de Apelaciones.

En la fijación de tarifas, los tres sectores contemplan la participación de la parte interesada –las empresas- quienes pueden generar su propio estudio tarifario y contraponerlo al que realiza el regulador. En caso que persistan discrepancias entre ambas partes –regulador y

BALTRACONSULTORES

empresa- la ley cuenta con distintos mecanismos -según el sector- para resolver el tema. En Agua Potable, el panel de expertos actúa como ente arbitral y por tanto es quien toma la decisión final sobre las tarifas. En la selección de sus miembros la empresa regulada y la SISS participan simétricamente. La instancia del panel de expertos, no obstante existan aspectos perfeccionables, ha sido evaluada positivamente tanto por las empresas como analistas del sector ya que les garantiza de mejor forma que no existirá abuso ni arbitrariedad por parte del regulador al momento de fijar las tarifas, lo cual es de gran importancia en sectores donde las inversiones son recuperadas en horizontes largos de tiempo.

En telecomunicaciones, también se puede convocar a un panel de expertos, pero su veredicto tiene solo carácter propositivo, siendo la fijación definitiva de tarifas atribución de los Ministerios que firman el decreto, éstos son el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones y el de Economía.

En el sector eléctrico, se fijan tarifas en múltiples servicios intermedios (precio de nudo, peajes) como finales. En la etapa de generación, los llamados precios de nudo son fijados por un informe técnico de la CNE y oficializados por el Ministerio de Economía. La participación de las empresas es solo a nivel de observaciones. En transmisión y sub-transmisión hay participación efectiva de todos los actores interesados, incluyendo la autoridad, y el Panel de Expertos eléctrico decide en caso de discrepancias. Finalmente en distribución, las empresas reguladas también participan, proponiendo su propio estudio. La ley establece un procedimiento de ponderación que considera las propuestas tanto del regulador como de las empresas. En el servicio de distribución., solamente actúa la instancia de panel de expertos en la valoración de los activos incluidos en la actividad de distribución. (VNR).

Sobre el control de los aspectos no-contractuales que se puede ejercer sobre las agencias, del cual se hablo en la sección sobre accountability, se puede efectuar la siguiente evaluación

BALTRACONSULTORES

En el sector sanitario, es el Ministerio de Economía, en los hechos, quien puede actuar de institución de contrapeso y control de la SISS, sobre todo en la función de fijación de tarifas. Se debe recordar que los decretos de fijación de precios finales llevan la firma de tal Ministerio. No obstante, como se mencionó anteriormente, dicho Ministerio cuenta con capacidad nula para cuestionar las tarifas propuestas por la SISS. El Ministerio de Obras públicas, a pesar de ser actuar como principal formal en algunas materias, no ejerce control real dado su misión distinta a la de la SISS.

En telecomunicaciones existe un mayor número de instituciones que en la práctica ejerce el rol de supervisor. En primer lugar está el Ministerio del cual la SUBTEL depende, y que sanciona con su firma todas las decisiones regulatorias relevantes de tal agencia. A nivel de organismos externos, está el Ministerio de Economía y la Fiscalía Nacional Económica. El primero, dado su expertise y misión regulatoria transversal, a parte de firmar los decretos tarifarios, lleva junto a la SUBTEL, la iniciativa en temas de cambios legislativos y reglamentarios en el sector. La FNE, por su parte, actúa como representante del interés común ante problemas de falta de competencia o acciones anticompetitivas detectadas en el mercado de las telecomunicaciones. De este modo la fiscalía, cumple con el rol indirecto de señalar posibles deficiencias de la regulación actual en este mercado.

En el sector de energía, a pesar de que las dos agencias tengan roles diversos, existen aspectos donde hay sobreposición y/o necesidades de coordinación y por lo tanto hay un nivel recíproco de auto control. El Ministerio de Economía, al igual que en los otros dos sectores, ejerce su rol de supervisar el desempeño regulatorio, debiendo aprobar tanto la fijación de tarifas de generación y distribución como el otorgamiento de concesiones. En el caso particular de la SEC, este Ministerio a su vez actúa como su principal en representación del Presidente, función que en la práctica es ejercida.

En materias de defensa de la competencia, la FNE actúa como organismo por defecto, complementando de este modo el rol del Ministerio de Economía. Dicho rol supervisor de ambas instituciones es de relevancia dado que no existe un mandato claro en la ley respecto

BALTRACONSULTORES

a la función de la CNE es resguardar la competencia en ciertos segmentos de los mercados eléctricos y de gas.

6.5 Conclusiones.

Según la evaluación realizada las agencias reguladoras gozan de un bajo nivel de autonomía en relación al poder ejecutivo. Las autoridades máximas de dichas instituciones, son cargos de confianza del Presidente de la República y por lo tanto son nombradas y removidas discrecionalmente por el Presidente.

En términos organizacionales y financieros, las agencias cuentan con nula independencia. Los presupuestos de estas son establecidos mediante los procedimientos normales de la administración pública. Del mismo modo, la organización interna de cada repartición se encuentra determinada por la estructura de plantas y grados, los que son fijados por ley.

Las agencias cuentan con autonomía para cierto tipo de decisiones, principalmente en el ejercicio de su función fiscalizadora, como es la aplicación de multas. En la fijación de tarifas, todos los decretos deben ser firmados por el Ministerio de Economía.

En general, el nivel de “accountability” de las agencias es alto. La dependencia directa del Presidente de la República así como la acción de control formal y real de ciertos ministerios sobre algunas agencias refuerza tal hecho. Por otro lado existen escasos instrumentos mediante los cuales otro poder del estado (legislativo) pueda controlar a las agencias.

En cuanto al criterio de claridad y congruencia de objetivos, el diseño institucional del sector sanitario no presenta deficiencias ni problemas al concentrar las funciones regulatorias y fiscalizadoras en una sola agencia. La única falencia se encuentra en el nivel de definición de políticas donde hay una dualidad de responsabilidades que no tiene justificación alguna.

BALTRA CONSULTORES

En telecomunicaciones, todas las funciones –normativa, regulatoria y fiscalizadora– descansan en una sola institución: la SUBTEL. Es posible que tareas como la promoción de los servicios de telecomunicaciones y las de regulación y supervisión de la competencia tengan ciertos grados de incompatibilidad que aconseje la separación.

La regulación del sector de energía, es la única que posee dos agencias sectoriales distintas. La división de funciones es algo arbitraria, aunque puede tener lógica por razones de necesidad de expertise muy específico para la función de fiscalización de la calidad y seguridad de los servicios eléctricos y de combustibles. Al igual que en Telecomunicaciones, puede existir cierto nivel de incompatibilidad entre los objetivos estratégicos y de inversión y las funciones estrictamente regulatorias.

Finalmente, la evaluación indica que en los tres sectores existen mecanismos de control y verificación de las agencias regulatorias tanto a nivel legal como en aspectos que escapan del contrato regulatorio pero que obviamente inciden en el desempeño de las instituciones.

De partida, todas las agencias son auditadas en sus actos por la Contraloría General de la República. Las multas que éstas aplican son apelables ante el poder judicial y en la fijación de tarifas existen instancias arbitrales en la mayoría de los casos.

En los aspectos regulatorios y de fijación de tarifas las agencias tienen la supervisión formal y real del Ministerio de Economía. La Fiscalía Nacional Económica opera en los hechos también como institución verificadora en materias de protección de la competencia., principalmente en los mercados de telecomunicaciones y eléctrico.

Los paneles de expertos gozan de la aceptación general como mecanismos de resolución de discrepancias en la fijación de tarifas. Las principales debilidades de esta institución son la forma en que seleccionan sus miembros y el carácter transitorio y ad-hoc que tienen. Transformar a estas instituciones en tribunales permanentes, cuyos miembros sean electos mediante procedimientos similares a otras instituciones como el Tribunal de Competencia o el actual Panel Eléctrico, mejoraría la autonomía y accountability de dicha instancia. La

BALTRACONSULTORES

opción por un panel transversal puede tener beneficios en términos de economías de escala y fortalecimiento institucional, sin embargo puede ser desventajoso por razones de falta de enfoque específico sectorial y requerimientos de coordinación en los procesos entre agencias regulatorias.

BALTRACONSULTORES

7. Propuestas de Rediseño Institucional

En esta sección se entrega una propuesta definitiva sobre la arquitectura institucional regulatoria para los sectores de Energía, Sanitario y de Telecomunicaciones. En primer lugar se establecen propuestas a nivel transversal, es decir que son similares para los tres sectores. Luego se formulan propuestas específicas para cada sector con su debida justificación. Se hace presente que gran parte de los cambios propuestos se fundamentan en las deficiencias encontradas a nivel del diagnóstico. Más adelante se comenta específicamente el nuevo rol que asume el Ministerio de Economía en particular en el nuevo escenario y finalmente se entregan las conclusiones.

7.1 Propuestas Transversales

7.1.1 Independencia

Nombramiento y Remoción de las Autoridades

El directivo máximo de cada agencia reguladora –el Superintendente- deberá ser designado por el Presidente de la República en base al mecanismo de alta gerencia pública. Si bien, dicha autoridad sigue dependiendo de la confianza exclusiva del Presidente para mantenerse en su cargo, el hecho que su nominación haya seguido un proceso de selección, hace más costosa su remoción sin una debida justificación.

Autonomía Administrativa

Se propone dotar a las agencias reguladoras de mayor autonomía para establecer su organización interna. En la actualidad las superintendencias y subsecretarías siguen las pautas administrativas del sector público, las que no dan espacio para que se realicen cambios organizacionales sin requerir cambios en la ley.

BALTRACONSULTORES

Autonomía Financiera

Se propone que las agencias reguladoras (Superintendencias) negocien directamente su presupuesto con el Ministerio de Hacienda. Esta medida refuerza la autonomía de las agencias reguladoras en relación con los ministerios sectoriales y con el Ministerio de Economía. Sin embargo, se estima que es positivo que las superintendencias pasen un control presupuestario, ante el Ministerio de Hacienda y ante el parlamento, como toda institución pública. Para hacer operativa esta propuesta, tal como lo propone el informe de la comisión Jadresic, el Ministerio de Hacienda debe disponer de una contraparte especializada para gestionar el presupuesto de las agencias regulatorias. La alternativa de cobrar un impuesto o tasa a las empresas reguladas para financiar las superintendencias tiene el inconveniente que, según el modelo de empresa eficiente, se traspasaría a los consumidores en forma de mayores tarifas.

7.1.2 Captura Regulatoria y Accountability

Con el objetivo de minimizar el riesgo de captura de las autoridades regulatorias (superintendencias), se proponen las siguientes medidas:

- Establecer explícitamente inhabilidades para ejercer el cargo de jefe máximo de cada agencia regulatoria (tal como sucede en la ley de servicios sanitarios)
- Impedir que los Superintendentes sean sujetos de demandas personales una vez abandonado el cargo.
- Establecer la obligación de que el Superintendente presente un informe anual acerca de su desempeño ante el parlamento.

Estas medidas buscan evitar que las empresas reguladas, por la vía de los premios y castigos induzcan al regulador a tener un trato más condescendiente con ellos. Además

BALTRACONSULTORES

induce al regulador a hacer más transparente su gestión debiendo fundamentar debidamente sus decisiones.

La imposición de limitaciones post-empleo es un tema que amerita un análisis más exhaustivo, el cual escapa al alcance del presente estudio. A juicio del autor, es recomendable establecer restricciones a las acciones remuneradas por la industria que puedan ejercer los ejecutivos máximos de las agencias reguladoras una vez dejado su cargo. Se debe tener presente que éste no es un tema de fácil definición y además es complejo de supervisar en su aplicación. También el imponer tales restricciones involucra costos. Por un lado, no existe un gran mercado de alta expertise gerencial en la industria, y por otro hay argumentos que señalan que la rotación agencia reguladora – industria puede tener efectos positivos en la formación de capital humano²³.

7.1.3 Paneles de Expertos

Se propone la creación de Paneles de Expertos permanentes para resolver disputas en la fijación de tarifas y otras materias regulatorias en los sectores eléctrico, sanitario y de telecomunicaciones.

Esta medida implica lo siguiente: (i) Dar al actual Panel de Expertos Eléctrico la atribución de pronunciarse sobre discrepancias tarifarias en el negocio de la distribución eléctrica, cambiando el mecanismo actual de ponderación de los resultados de los estudios, que contempla la ley. (ii) En los sectores de aguas y de telecomunicaciones, crear la figura del Panel de Expertos permanente, en forma análoga a lo existente en el sector eléctrico. Las decisiones de dichas instancias, en caso de ser requeridas deben ser vinculantes y no sujetas a apelación en materias de fondo.

Los procedimientos de designación de sus miembros y el financiamiento deben ser similares al del actual Panel de Expertos Eléctrico. Es conveniente que exista un concurso

²³ Ver Breyer y Steward (1979) y Che (1995).

BALTRACONSULTORES

público de antecedentes y que la decisión sobre el nombramiento recaiga en distintos poderes e instituciones del estado como son la Corte Suprema, el Banco Central, el Tribunal de Defensa la Libre Competencia o el Presidente de la Republica. Se juzga necesario también que las inhabilidades y resguardos ante la captura que se recomiendan para los cargos máximos de las superintendencias también se apliquen a los miembros de los paneles.

Junto con reconocer la importancia del rol de las comisiones periciales en los procesos tarifarios, se estima necesario mejorar ciertos puntos débiles que dicha instancia presenta hoy en día. En primer lugar, como se explicó en el diagnóstico, el otorgar el carácter de permanente a los paneles hace más predecible sus decisiones, mejora su “accountability” y refuerza la autonomía de la institución en relación a las partes interesadas. En segundo lugar, al ser sus integrantes escogidos por criterios de excelencia profesional exclusivamente, sin que haya nombramientos o vetos de las partes en disputa, garantiza de mejor forma la neutralidad e imparcialidad en el actuar de sus miembros.

Otorgar a las decisiones de las comisiones, el carácter de vinculante presenta ventajas, ya que evitan las deficiencias del sistema actual, permitiendo que las materias en disputa sean resueltas con prontitud y evitando la no deseada judicialización de la regulación.

Existen dos aspectos a definir respecto a la creación de los paneles de expertos. El primero se refiere al carácter específico o transversal que deben esta instancia poseer y el segundo a las materias sobre las que le corresponde resolver.

Sobre el primer tema, se señaló en el diagnóstico que existe un trade-off entre economías de escala y especificidad, lo cual es propio de la integración horizontal de tareas, no siendo claro cual es el efecto que domina. Hay también detalles de implementación que se debe tener presente y que a juicio del autor hacen más recomendable la creación de paneles por industria que un panel integrado. Un panel transversal requiere de mayores esfuerzos institucionales y de coordinación entre agencias que la creación de paneles específicos. Si bien no debe descartarse la existencia de un tribunal regulatorio transversal como solución

BALTRACONSULTORES

de largo plazo, es probable que en lo inmediato tal arreglo requiera mayores tiempos de implementación.

En cuanto a las materias que le compete pronunciarse, es claro que toda disputa sobre fijación de precios debe caer en el ámbito del panel, lo que incluye tanto las tarifas finales como los términos de referencia de los estudios en base a los cuales éstas se calculan. Sobre conflictos entre empresas relacionados con problemas de interconexiones y cobros entre compañías, sobre las que existe regulación también debieran ser conocidas por el panel. Las apelaciones de multas impuestas por las superintendencias debieran ser vistas por el panel siempre y cuando su análisis requiera de un alto expertise técnico. Para todo el resto de las materias, a juicio del autor se deben seguir los cursos normales de la justicia ordinaria. Del mismo modo se debe tener precaución que el o los paneles no invadan las competencias de otros órganos que ven materias relacionadas como es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

Es probable que la existencia de un tribunal específico para una industria, con miembros de alta competencia técnica y legitimidad, induzca a que más materias sean conocidas por éste. Al bajar los costos de la arbitración, las partes involucradas -empresas y autoridades- se verán tentadas a recurrir al tribunal para que los temas sean resueltos con mayor celeridad.

7.2 Propuesta por Sectores

7.2.1. Sector de Agua Potable y Alcantarillado

Propuesta: Traspasar la tuición administrativa sobre la SISS y normativa en el sector sanitario del Ministerio de Obras públicas al Ministerio de Economía.

La razón de este cambio radica, según se explicó en el diagnóstico, en el débil vínculo real que existe entre el Ministerio de Obras Públicas y la tarea de regular el sector sanitario. En

BALTRA CONSULTORES

la práctica, la expertise de ambas instituciones no presenta áreas de sobreposición que justifiquen la relación jerárquica actual.

Se estima que concentrar las competencias regulatorias a nivel ministerial en una sola institución es un mejoramiento en términos de definir mejor las responsabilidades y dar mayores incentivos a monitorear el desempeño del sector y de la agencia reguladora.

Este cambio implica que todas las funciones que actualmente debe cumplir el MOP en el campo de acción de la SISS, pasan a ser ejercidas por el Ministerio de Economía. Dentro de tales funciones se incluyen:

- La relación administrativa con el Presidente de la República
- El otorgamiento y la caducidad de las concesiones
- La emisión de normativas técnicas
- La generación de nuevos reglamentos y cambios legislativos en el sector.

7.2.2. Sector de Energía

Propuesta: Creación de una agencia reguladora única del sector de energía, cuya función sea la fiscalización técnica y regulación económica del sector.

Esta nueva agencia, que podría denominarse como Superintendencia de Energía, tomaría las actuales funciones fiscalizadoras de la SEC y las regulatorias de la Comisión Nacional de Energía. La agencia estará dirigida por un Superintendente designado por el Presidente de la República, relacionándose con éste a través del Ministerio de Economía.

Las funciones de esta agencia serán las siguientes:

- Fiscalización técnica y de seguridad
- Aplicación de sanciones
- Fijación de tarifas en los distintos segmentos del mercado

BALTRACONSULTORES

- Informar las concesiones al Ministerio de Economía.

El Ministerio de Economía tomaría dos tipos de roles en este sector: el regulatorio y el de política energética general. Dentro del primero se encuentran las tareas normativas y sancionadoras en materias reguladoras que posee dicho ministerio a nivel transversal (de los tres sectores). En el segundo rol se ubican las labores denominadas de desarrollo del sector como son: el garantizar la seguridad del abastecimiento energético del país, la búsqueda de fuentes de energía, los acuerdos internacionales en materia de energía y los aspectos ambientales relacionados con la industria.

Respecto a la situación actual, la propuesta considera una integración a nivel vertical de las funciones de regulación tarifaria y de fiscalización técnica de la industria. En el ámbito ministerial, el Ministerio de Economía mantiene su rol normativo y de supervisión reguladora del sector pero además asume las tareas que formalmente la ley le encomienda al actual Consejo Directivo de la Comisión Nacional de Energía.

7.2.3. Sector de Telecomunicaciones

Propuesta: Creación de una Superintendencia de Telecomunicaciones, a cargo de las funciones de fiscalización técnica y de regulación económica del sector.

Esta nueva agencia recoge las siguientes funciones que hoy realiza la Subsecretaría de Telecomunicaciones:

- Fijación de tarifas
- Supervisión de la competencia de los mercados
- Otorgamiento de concesiones
- Fiscalización de normativas y aplicación de sanciones
- Emisión de normas técnicas
- Administración del espectro radio-eléctrico

BALTRACONSULTORES

La nueva agencia tendrá un estatus similar al resto de las superintendencias en cuanto al nombramiento y remoción de su autoridad máxima según se explicó en la sección anterior. Su relación con el Presidente de la República será a través del Ministerio de Economía.

El Ministerio de Economía mantendrá su rol normativo en materias regulatorias y controlará las decisiones de la nueva superintendencia en cuanto a la creación de nuevos servicios en telecomunicaciones. (Manejo del espectro)

El Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones por su parte ejercerá las funciones de promoción y desarrollo de las telecomunicaciones, que se hallan fuera del ámbito estrictamente regulatorio. Dentro de tales tareas se encuentra la dirección del fondo de desarrollo de las telecomunicaciones y todas iniciativas que busquen ampliar la cobertura de los servicios, en la población en general o en grupos específicos como los sectores de bajos ingresos, zonas alejadas y rurales.

7.2.4 Discusión y Fundamentos de la Propuesta

El diseño institucional regulatorio que se propone, tiene como principal característica la creación de tres agencias o Superintendencias encargadas de ejecutar el contrato regulatorio en sus respectivas industrias. La propuesta otorga un mayor grado de autonomía a las agencias en su relación con el poder ejecutivo o Ministerios, ya sea en el ámbito de lo financiero, organizacional y en la toma de decisiones regulatorias relevantes como son la aplicación de multas y la fijación de precios en servicios regulados. Esta mayor independencia permite, separar con mayor claridad las distintas tareas sectoriales, traspasando a las agencias mayores responsabilidades y al mismo tiempo concentra al Ministerio de Economía en las funciones normativas y de política del sector.

Esta propuesta homogeniza de cierta manera el arreglo institucional entre los tres sectores lo cual tiene la ventaja adicional de crear un grado de competencia indirecta entre ellas en cuanto a desempeño y acuciosidad en el ejercicio de sus funciones. Debe destacarse que la

BALTRACONSULTORES

solución única transversal no es un fin en sí mismo, y su fundamento es más bien de separar debidamente las acciones de fiscalización y regulatorias de las normativas, esto con el objeto de dar mayor credibilidad a la aplicación de las respectivas leyes.

Se mantienen ciertos elementos formales y reales de control y verificación del Ministerio de Economía sobre las superintendencias, tal como sucede en otros países. El que la relación de las agencias con el Presidente sea a través del Ministerio de Economía, permite a este último obtener información relevante acerca de las decisiones que las superintendencias toman. Esto debiera minimizar la posibilidad de captura o de comportamiento discrecional del regulador sin una debida justificación. Nótese que tal relación no permite al Ministerio intervenir en las decisiones que la agencia toma, salvo en materias donde la ley así lo establece. De este modo, el arreglo propuesto debe entenderse como un modo de supervigilancia ante un posible comportamiento indebido por parte de la superintendencia²⁴.

Adicionalmente, muchas de las funciones del ámbito normativo y de política que ejercen los Ministerios dependen de la información que manejan las superintendencias. Si bien, siempre existe coordinación entre las instituciones estatales, es conveniente que la información fluya con rapidez y que no quede a criterio de las agencias reguladoras la disposición a cooperar. La relación administrativa planteada entre Ministerio de Economía y superintendencia sin duda favorece tal propósito.

Sobre la oficialización de las tarifas de servicios regulados, nuestro ordenamiento legal actual establece que dicha función recae en el Ministerio de Economía. Sin embargo, tal como se mencionó en el diagnóstico, el Ministerio no siempre posee atribuciones legales para modificar los resultados que se obtienen del proceso de fijación de tarifas, ya sea que éstas se hayan determinado por mutuo acuerdo o mediante la comisión pericial. De este modo, la posibilidad real que posee el Ministerio para controlar la decisión de la superintendencia por la vía de la firma del decreto tarifario es mínima. Esta falta de control

²⁴ Por ejemplo, el Ministerio podría obtener información y hacerla pública, que demuestre que la superintendencia está siendo laxa en la aplicación de la ley.

BALTRACONSULTORES

se acentúa aún más en la situación actual, para el sector de aguas y energía donde el Ministerio no tiene poder jerárquico alguno sobre las agencias que realizan dicha labor (SISS y CNE).

El descentralizar la tarea de fijación de tarifas, traspasándola a las superintendencias, se encaja en lógica de separación entre la aplicación de las leyes regulatorias y las funciones normativas y de definición de políticas, que le corresponde al Ministerio. Ante tal definición cabe preguntarse si sigue teniendo algún sentido o utilidad que el Ministerio continúe firmando los decretos.

Para analizar bien el problema se debe considerar los dos tipos de riesgos presentes en el cálculo de tarifas: Uno es el sesgo de captura, donde la superintendencia tienda a fijar tarifas más altas que las que corresponde, y el otro es el sesgo que podríamos llamar “populista” en donde la superintendencia desee fijar tarifas más bajas, sin reconocer debidamente los verdaderos costos en que incurren las empresas. El segundo riesgo está cubierto por la existencia de un panel de expertos bien constituido, instancia ante el cual puede apelar la empresa en caso que la propuesta del regulador no le satisfaga. Sobre el sesgo de captura, no existe un mecanismo equivalente de resguardo, ya que el panel solo actúa cuando existe desacuerdo entre las partes – regulador y empresa. La acción del Ministerio de Economía, puede en este sentido servir como un mecanismo verificador de la propuesta tarifaria de la superintendencia. Sin embargo, el riesgo de captura puede darse también a nivel del ministerio, siendo éste quien se vea tentado a fijar tarifas más altas y no así la superintendencia. En tal caso, el firmar el decreto, más que convertirse en un mecanismo de control puede dar espacios a que la presión captadora tenga efecto.

Tal como se mencionó anteriormente, la posibilidad de que el Ministerio acceda a la información sobre la que se basa el cálculo tarifario, sin necesidad de firmar los decretos tarifarios es un buen compromiso. Dicha solución hace a la agencia responsable ante la ciudadanía del trabajo que ésta realiza en la estimación de tarifas. Desde el punto de vista de los resguardos, el esquema propuesto garantiza debidamente la autonomía de la agencia y por otro lado permite que exista un control que minimice la posibilidad que la

BALTRACONSULTORES

superintendencia actúe bajo captura. Al mismo tiempo, dificulta que el Ministerio, en caso que éste sea capturado, fuerce un cambio en la decisión de la agencia reguladora.

Tanto para el sector sanitario como el de energía, el Ministerio de Economía pasaría a ejercer todos los roles en la definición de políticas, ya sean éstos al nivel de la regulación de los mercados o de desarrollo sectorial. En telecomunicaciones se propone una solución algo distinta. Esto se debe a la existencia de un Ministerio con plena implicancia actual en el sector, y que a diferencia del sector de energía, no debe su existencia únicamente a su acción en el sector de telecomunicaciones. Como se mencionó en el diagnóstico, una de las debilidades que presenta el diseño actual en dicho sector es la no debida separación entre objetivos de desarrollo y regulación. Esta característica puede ser crítica en un sector sujeto a constantes cambios tecnológicos, cuyo contrato regulatorio es bastante incompleto y donde incrementar el uso de los servicios de telecomunicaciones es un objetivo de política.

Es claro que a nivel vertical debe existir una separación entre lo normativo y la aplicación del marco regulatorio, razón por la cual se propone la creación de una superintendencia sectorial. Sin embargo no es evidente que las responsabilidades normativas deban recaer exclusivamente en uno de los ministerios o mantenerse compartidas como hasta ahora. El Ministerio de Economía es la institución que las diversas leyes asignan prominentemente la responsabilidad normativa en términos de regulación de servicios públicos. Sin embargo, el MTT también realiza funciones regulatorias en servicios de transportes como es el caso del mercado aéreo, infraestructura portuaria y transporte público entre otros.

La discusión por lo tanto se centra al nivel de definición de políticas respecto a las funciones regulatorias y de desarrollo. Las alternativas de arquitectura institucional a considerar son las siguientes:

Alternativa 1: Ministerio de Economía y MTT comparten funciones regulatorias y MTT ejerce función de desarrollo.

Alternativa 2: Ministerio de Economía asume función regulatoria y MTT asume función de desarrollo.

BALTRACONSULTORES

Alternativa 3: Ministerio de Economía ejerce ambas funciones

La alternativa 1 es la continuación de la situación actual, considerando la creación de una superintendencia con más peso y mayor autonomía. En la alternativa 2 se produce la separación de funciones entre ministerios por objetivos. En la alternativa 3, el MTT no tendría competencia alguna en el sector de telecomunicaciones.

A juicio del autor se estima que la mejor opción es la segunda alternativa. Las tareas de desarrollo sectorial como son la aplicación de una política de subsidios y los esfuerzos de coordinación para promover un mejor uso de las telecomunicaciones, es conveniente que se realicen separadamente de las labores de regulación y control del poder de mercado de las empresas del sector. Dicha solución requiere que el MTT, cuente con una unidad especializada para llevar a cabo tales funciones. Es una materia de discusión, si las tareas actualmente desarrolladas por la unidad de tecnologías de la información del Ministerio de Economía deban también integrarse en esta nueva unidad del MTT. El arreglo institucional planteado tiene cierta similitud con Estados Unidos donde existe una unidad especializada en temas de desarrollo sectorial (NTIA), diferente a lo que realiza el regulador de la industria (FCC).

Esta alternativa conlleva el riesgo de que el MTT quede en una posición de desmedro para llevar a cabo sus funciones de política. Por ejemplo, que no cuente con el número crítico de profesionales que sea capaz de dominar los temas estratégicos del sector ni tenga la información relevante para tomar las decisiones. Si esta situación se considera demasiado indeseable, entonces la mejor opción sería la alternativa 3. En tal caso el Ministerio de Economía, al igual que en Energía y el sector Sanitario, asume las definiciones de política tanto en el nivel regulatorio como de desarrollo sectorial, al riesgo de tener que cumplir ambos objetivos en una misma institución en un sector en que el contrato regulatorio es algo incompleto.

BALTRACONSULTORES

7.2.5 Rol del Ministerio de Economía.

En la propuesta presentada, el Ministerio de Economía sufre cambios en su rol regulador y adquiere también funciones de desarrollo sectorial, diferentes a las acciones regulatorias propiamente tal. En cuanto a la primera función, si bien a nivel vertical ciertas tareas relevantes pasan a ser definidas por las superintendencias, las responsabilidades normativas recaen en el Ministerio así como la relación del ejecutivo con las superintendencias. De este modo el Ministerio de Economía se convierte en la institución que tendría los derechos residuales de la regulación en el sector y por lo tanto sería sin ambigüedad, la entidad responsable de la definición de políticas en este ámbito.

El mayor protagonismo que el Ministerio de Economía asume en materias regulatorias, podría justificar la creación de una Subsecretaría especializada en este tema, tal como lo propone el informe de la Comisión Jadresic. Tal medida tiene la ventaja de aumentar el peso de la función reguladora en el ámbito ministerial y en relación a las nuevas agencias regulatorias que se crean, las cuales se ven fortalecidas al contar con mayor autonomía.

Las funciones de desarrollo sectorial (energía y sanitario) que asumiría el Ministerio de Economía, deben tener cabida dentro de su estructura organizacional. Las posibles opciones son: (i) incorporarlas en la nueva subsecretaría, (ii) crear subsecretarías sectoriales y (iii) crear divisiones sectoriales.

La primera opción implica combinar en una sola entidad las funciones regulatorias y de desarrollo de los tres sectores por lo que el enfoque que dicha subsecretaría tendría no sería solamente regulatorio. Sobre el combinar objetivos, a pesar de los posibles costos que esta opción involucra, se considera que con la separación (Ministerio –Superintendencia) los peligros están suficientemente cubiertos. En la decisión sobre crear subsecretarías específicas²⁵ a cada industria versus divisiones, se debe tener en cuenta que en un caso se le da un mayor perfilamiento a la industria dentro del sector, pero al costo de crear un nivel

²⁵ Sólo se justificarían para el sector de Energía y de Telecomunicaciones en caso de que se opte por la alternativa 3.

BALTRACONSULTORES

administrativo intermedio entre el Ministro y la unidad respectiva. Los subsecretarios a diferencia de los jefes de división dependen de la confianza del Presidente de la República y por lo tanto la autoridad del Ministro en tales temas se vería debilitada.

7.3 Reformas posteriores

Las propuestas planteadas requieren ciertos cambios en las leyes, pero en gran medida hacen uso de los instrumentos y marcos normativos actuales y debieran ser abordables en el corto y mediano plazo.

El protagonismo en el ámbito normativo y de definiciones de política se concentra en los Ministerios, particularmente en el de Economía sobre quien descansa toda la autoridad en temas regulatorios en los tres sectores y de definiciones de políticas más generales en aguas y energía.

Según se recoge en el presente estudio, la experiencia internacional indica que la institucionalidad en los países en desarrollo –en energía y telecomunicaciones– tiende a la descentralización de la función regulatoria. Tal diseño descansa en la existencia de organismos regulatorios únicos, fuertes, autónomos, con integración tanto a nivel vertical (normativo- ejecutor) y horizontal (regulatorio y desarrollo) de las tareas. La forma de gobierno regulatorio escogida en forma preferente son los directorios o cuerpos colegiados. Sus integrantes son designados por los diversos poderes del estado, y la permanencia de éstos en el cargo es fija, salvo circunstancias excepcionales. Dicha solución ha sido escogida para dar continuidad y estabilidad a las políticas sectoriales, evitando hacerlas completamente vulnerables a los ciclos políticos.

Un esquema de este tipo para Chile, a juicio del autor, no sería factible de aplicar en la actualidad, debido a que constituiría un cambio muy drástico desde la situación actual. Si bien, no se puede descartar que a futuro tal arreglo sea la mejor solución, la estructura que se propone puede considerarse como un primer paso hacia la delegación de más funciones en organismos autónomos.

BALTRACONSULTORES

8. Conclusiones Generales

En Chile, los marcos regulatorios que gobiernan los tres sectores bajo análisis presentan un alto nivel de especificación en la forma en que la autoridad debe ejercer su rol regulador y fiscalizador. Existe consenso en que dicho marco legal ha permitido, en líneas generales, un desarrollo eficiente de los sectores, logrando ampliar la cobertura de las distintas prestaciones y al mismo tiempo limitando el poder de mercado que las empresas puedan ejercer. Lo que no es claro es cómo ha incidido en este resultado el arreglo institucional existente hasta la fecha. Dado que cada sector regulado presenta un diseño diferente, no es aventurado afirmar que éste no es un aspecto crítico del desempeño regulatorio global. Dicho lo anterior, también es cierto que existen aspectos de la institucionalidad actual que son susceptibles de ser mejorados.

A nivel internacional la tendencia es a la constitución de autoridades regulatorias únicas por industria, fuertes, con gran autonomía y con atribuciones en todas los ámbitos tanto a nivel vertical (normativo –ejecutivo) como horizontal (regulatorio y de desarrollo). Estas agencias son dirigidas por autoridades colegiadas, inamovibles en un período de tiempo y son designados por los poderes políticos de cada país (presidente del gobierno o parlamento).

El diagnóstico de nuestra institucionalidad indica que en general las agencias reguladoras gozan de muy poca autonomía, su legitimidad y accountability descansa en la autoridad del Presidente de la República, tienen insuficientes mecanismos de control (extra legales) externos al ejecutivo y no posee los resguardos necesarios ante la amenaza de captura.

La arquitectura organizacional presenta algunos diseños que no tienen mayor justificación en la situación actual. En el sector sanitario, el Ministerio de Obras Públicas tiene una autoridad formal pero no real en el desenvolvimiento del sector que es necesario clarificar. En energía, existe un consejo interministerial que en teoría debiera fijar las políticas del sector, pero que en la práctica no sucede de ese modo, o si lo ha hecho, no se justifica en las condiciones actuales. La separación de funciones entre la CNE y la SEC, las dos agencias

BALTRACONSULTORES

reguladoras, no es del todo clara y además no existen mayores incompatibilidades de objetivos entre la función fiscalizadora de carácter técnico y la aplicación de la regulación económica, como es la fijación de tarifas. En telecomunicaciones, existe una acumulación de funciones diversas en el ámbito ministerial, que es necesario separar entre distintas entidades.

La resolución de divergencias tarifarias a través de los paneles de expertos se evalúa como positiva, ya que permite acortar considerablemente las disputas en el sector y es una garantía de una aplicación justa del marco regulatorio a las empresas. Al mismo tiempo, se estima que dicho mecanismo presenta grandes espacios para ser perfeccionado aún más. El carácter ad-hoc o no permanente de los paneles atenta contra una debida accountability en su accionar, los hace más vulnerables a la captura y genera más incertidumbre en los criterios empleados para fallar (jurisprudencia).

Se propone una serie de reformas a la institucionalidad reguladora, cuyos principales ejes son los siguientes: (i) Creación de agencias regulatorias únicas por sector, encargadas de la aplicación del contrato regulatorio a las empresas de su respectivo sector. (ii) Traspaso de mayor autonomía a la agencias en cuanto a la toma de decisiones, financiamiento y organización interna. (iii) Mayor control externo y resguardo ante la captura. (iv) Creación de Paneles de Expertos permanentes para la resolución de disputas en los sectores sanitarios y de telecomunicaciones.

La creación de agencias únicas por sector separa los roles de definición de políticas sectoriales de los regulatorios propiamente tal. Se estima que tal medida fortalece la efectividad de la función regulatoria y de fiscalización del sector que ejercerían las superintendencias. En particular los Ministerios no tendrían injerencia alguna en la aplicación de sanciones a las empresas ni en la fijación de tarifas. Dicha separación –a nivel vertical- entre Ministerio y Superintendencia hace también más difícil la captura regulatoria. Para que dicho propósito se logre, se requiere que el Ministerio de Economía ejerza un tipo de supervisión ligera sobre las Superintendencia a través por ejemplo, de

BALTRACONSULTORES

contar con la potestad para requerir información sobre la acción reguladora que ejecutan dichas agencias.

El Ministerio de Economía adquiere mayor peso, transformándose en la única entidad con responsabilidad en materias regulatorias a nivel normativo (generación de leyes y reglamentos). En las políticas que denominamos como de desarrollo sectorial, dicho Ministerio también asume la responsabilidad total en los mercados de aguas y energía. En lo que a telecomunicaciones se refiere, dichas funciones permanecen en el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones separadas de las regulatorias que quedan bajo competencia del Ministerio de Economía.

La creación de Paneles de Expertos abre preguntas respecto a las materias que éstos deben abarcar. Si bien en el sector sanitario la mayoría de las controversias ocurren en la fijación de tarifas, en el sector eléctrico, el actual panel conoce disputas en un mayor número de ámbitos. La existencia de un cuerpo arbitral especializado, y con capacidad de responder prontamente a los requerimientos, inducirá al sistema en general (empresas y regulador) a emplearlo en más ámbitos que el estrictamente tarifario, debido a que los costos de litigación se harán más bajos.

BALTRACONSULTORES

9. Referencias

Besley, T y Coate, S (2000), “Elected versus appointed regulators, theory and evidence” NBER working paper.

Breyer, S y Steward, R (1979), “Administrative Law and Regulatory Policy”. Boston: Little Brown and Company.

Che, Y (1995), “Revolving doors and the optimal tolerance for agency collusion” *The Rand Journal of Economics* 26(3) 378-97

Dewatripont, M y Tirole, J. (1999) “Advocates” *Journal of Political Economy*. 107 1-39

Estache, A y Martimort, D. (1999) “Politics, transaction costs and the design of regulatory institutions” *IDEI Working Paper*

Gómez-Lobo, A y Vargas, M. “La regulación de las empresas sanitarias en Chile: una revisión del caso de EMOS y una propuesta de reforma regulatoria” Mimeo.

Holmstrom (1979) “Moral Hazard and Observability” *Bell Journal of Economics*, 10 74 -91

Jadresic, A. (1998) “Modernización de la Institucionalidad Reguladora del Estado” Ministerio de Economía

Jadresic, A. (2005) “ Experts Panels in Regulation of Infrastructure in Chile” Mimeo.

Johannsen, K (2003) “Regulatory independence in theory and practice- a survey of independent energy regulators in eight European countries”. Mimeo

Laffont, J.J (2005) “Regulation and Development” *Cambridge University Press*.

BALTRACONSULTORES

Laffont, J.J y Martimort, D. (1999) “Separation of Regulators Against Collusive Behavior” *The Rand Journal of Economics*

Laffont, J.J. y Tirole, J. (1993), A Theory of Incentives in Procurement and Regulation” *MIT Press*

OECD (2001) “Regulatory Institutions in Liberalized Electricity Markets” *Energy Market Reform*.

Navarro, P (1982) “Public Utility Commission Regulation: Performance, determinants and energy policy impacts “ *The energy Journal*, vol 3, n2.

Peltzman, S (1976) “Towards a More General Theory of Regulation” *Journal of Law and Economics*

Samarajiva, R. Mahan, A. y Barendse, A. (2002) “Multisector utility regulation” WDR Discussion paper 0203.

Shleifer y Vishny (1993) “Corruption” *The Quarterly Journal of Economics*. 109. 599- 617

Smith, W (1997) “Utility regulators-the independence debate” *Public Policy for the private sector, World Bank*. n 127.

Smith, W. (2000) “Regulating utilities: thinking about location questions” World Bank discussion paper

Stiglitz, J. (1994) “Whither Socialism” *MIT Press*

Tirole, J. (1994) “The internal organization of government” *Oxford Economic Papers* 46: 1-29

Tabla 1. Gobierno Regulatorio en el Sector de Energía

	Australia AEMC AER		Canada	EE UU	España	Francia	Italia	Inglaterra	Nueva Zel.
Alcance	Electricidad Gas	Electricidad Gas	Electricidad Gas Petroleo	Electricidad Gas Petroleo	Electricidad	Electricidad Gas	Electricidad Gas	Electricidad Gas	Electricidad
Miembros Directorio	3	3	9	5	9	7	5	12	6
Duracion (años)			7	5	6	6	7	5	3
Posibilidad Renovación			Si	Si	Si (1 vez)	No	No	Si (1 vez)	Si
Fuente de Financiamiento	Tasa a Empresas	Tasa a Empresas	Tasa a Empresas	Tasa a Empresas	Tasa a Empresas	Presupuesto Público	Tasa a Empresas	Tasa a Empresas	Tasa a Empresas

Tabla 2. Gobierno Regulatorio en el Sector de Telecomunicaciones

	Alemania	Australia		Canada	EE UU	España	Francia	Italia	Inglaterra
Designación Directorio	Dnetz (1) Ejecutivo	ACCC (2) Ejecutivo	ACMA Ejecutivo	Ejecutivo	Ejecutivo + Legislativo	Ejecutivo + Legislativo	Ejecutivo + Legislativo	Legislativo	Ejecutivo
Miembros Directorio		8	7	8	5	9	7	9	10
Duracion (años)		5		5	5	6	6		3-5
Fuente de Financiamiento	Presupuesto Público	Presupuesto Público	Presupuesto Público	Tasas a Empresas	Tasas a Empresas	Presupuesto Público	Presupuesto Público	Presupuesto Público	Mixto
Control	Ejecutivo + Legislativo	Ejecutivo	Legislativo	Ejecutivo + Legislativo	Legislativo	Ejecutivo	Ejecutivo + Legislativo	Legislativo	Ejecutivo + Auditoría

(1) Dnetz es una agencia transversal que también regula los sectores los mercados de electricidad, gas, transporte ferroviario y correos.

(2) ACCC es la agencia encargada de proteger la competencia en la generalidad de los mercados.