PROYECTO DE LEY

Califica como contrario a la libre competencia cualquier conducta o convención tendiente a distorsionar o a encubrir la información de costos del servicio con el fin de obtener tarifas más altas en el sector eléctrico.

Boletín N° 9381-03

I. La idea matriz de la propuesta legislativa

a) La idea matriz de este proyecto de ley es calificar como contrario a la libre competencia a cualquier acto o convención tendiente a distorsionar o encubrir la información de costos de prestación de servicios públicos con el fin de influir en la obtención de tarifas más altas en el proceso de fijación tarifaria de la distribución eléctrica. Dicha calificación tiene como consecuencia la habilitación a la institucionalidad de libre competencia para aplicarle dicho régimen. Esto es conveniente por cuanto, en primer lugar, habilita la actuación de una institucionalidad (como la de libre competencia) que ofrece mayores garantías de independencia que el regulador sectorial, en segundo lugar, habilita la aplicación del régimen de libre competencia, el cual contempla multas más altas que la regulación sectorial.

II. El fundamento de la regulación de monopolios naturales como los servicios de distribución de energía eléctrica y suministro de agua potable y recolección de residuos domiciliarios.

a) Existen ciertos servicios (como la distribución de energía eléctrica y el suministro de agua potable y recolección de residuos domiciliarios) que resultan tan importantes tanto para la existencia individual como para la vida en sociedad que deben ser intervenidos debido a que de no prestarse de una manera adecuada, es decir continua y regularmente, la sociedad se vería profunda y negativamente transformada. Esta es la razón en virtud de la cual la ley los ha declarado “servicios públicos”.

b) Los servicios antes señalados, por el hecho de suministrarse a través de una red, presentan caracteres de monopolios naturales.

c) El monopolio natural constituye la mejor forma de explotación de un mercado desde el punto de vista productivo. Esto es así porque con ello se evita una duplicación inútil de los costos fijos (Ej. para crear competencia sería necesario que cada concesionaria de suministro de agua potable y recolección de residuos domiciliarios o de distribución eléctrica, construyeran su propia red).

d) Sin embargo, en una situación de monopolio puro, al consistir en una situación de mercado en que un solo comerciante ejercita en exclusiva la oferta de un producto respecto del cual hay ausencia de sustitutos aceptables, el titular de dicho monopolio puede, por regla general, determinar a su voluntad precio, cantidad, calidad, condiciones

contractuales y/u otra variable de mercado relativa a ese producto ofertado o demandado, según corresponda. Ese poder de naturaleza económica se denomina poder monopólico[1].

e) Entonces, si bien no es deseable la sustitución del monopolio natural por la competencia, los monopolistas naturales generalmente gozan de algún poder de mercado, por lo tanto es deseable la regulación y control estatal de la actividad dado que es posible que el monopolista; produzca una cantidad menor en comparación a la situación de competencia; cobre un precio mayor por cada unidad vendida; deteriore su producto, atención y servicio al público sin arriesgar mayormente su permanencia en el mercado asegurando su presencia indefinidamente debido a que existen incentivos para traspasar las ineficiencias de la gestión productiva y administrativas a las tarifas que cobra por sus servicios.

f) Es por lo anteriormente expuesto que la ley regula, entre otros aspectos, los precios y la calidad de los servicios públicos

III.- El modelo de regulación tarifaria del sector eléctrico y sanitario.

a) El régimen de servicios públicos está orientado a recrear el mercado y a incentivar la eficiencia. En orden a lo anterior, nuestra regulación de tarifas de servicios públicos de los sectores eléctricos y sanitarios, recurrió a la técnica de regulación económica denominada "competencia simulada" o "jardstick competition" en virtud de la cual, al monopolio natural se le impone competencia contra otro ficto. En otras palabras, se simula que dos o más monopolios naturales se hallan compitiendo entre sí, aun cuando de facto ello no está ocurriendo. La competencia simulada recrea la competencia en el sentido de que el estándar a buscar por el regulador lo determinan las preferencias y disposición a pagar por los usuarios y los costos de producir la combinación precio-calidad que ellos demandan. Si dicho estándar es alcanzado por medio de la técnica de la competencia simulada, el grado de emulación de la libre competencia por parte de la regulación será el más perfecto posible, en tanto y en cuanto que dicha competencia simulada sea la alternativa que más se aproxime a la libre competencia[2].

b) El régimen de regulación a que da lugar la técnica de la competencia simulada también ha recibido la denominación de regulación por empresa eficiente o empresa modelo. De acuerdo a este modelo "para forzar a las empresas a ser eficientes y limitar su poder de mercado el regulador les fijaría precios de acuerdo a una empresa modelo o eficiente, diseñada desde cero y sin considerar a la empresa real. La empresa real obtendría una rentabilidad normal sólo si era capaz de emular a una empresa eficiente y, en adelante, los costos de la ineficiencia serán asumidos por los dueños de la empresa, no por los usuarios

[1] Valdés Prieto, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago. Editorial Jurídica. 2006. P. 44
[2] Valdés Prieto, Domingo. Libre Competencia y Monopolio. Santiago. Editorial Jurídica. 2006. P. 81.

o los contribuyentes"[3]. En definitiva, podemos afirmar que la premisa es que, las tarifas deben representar los costos en que incurriría una empresa eficiente en poner a disposición del usuario el servicio público, de modo de entregar las señales adecuadas tanto a las empresas como a los consumidores, a objeto de obtener un óptimo desarrollo de la actividad regulada.

c) A la luz de lo expuesto queda en evidencia que la efectividad del sistema depende de la posibilidad de que el regulador tenga acceso a la información (que se encuentra en poder de la concesionaria) necesaria para determinar los costos en que la concesionaria incurre en poner a disposición del usuario los servicios públicos ofrecidos. Es por esto, que se han establecido numerosas disposiciones que establecen el deber de informar por parte de la concesionaria y potestades del regulador para exigir esa información Por contrapartida se reconoce el derecho del regulado de exceptuarse del deber de entrega de información cuando lo ampare el secreto comercial.

IV.- El problema del régimen tarifario chileno

a) El mayor elemento que dificulta la regulación eficiente de las tarifas es la asimetría de la información. En la fijación de tarifas, el regulador desconoce los costos, la tecnología y la demanda del servicio tarificado, quien los conoce es la empresa. En este sentido, se puede afirmar que la empresa además del monopolio del servicio goza de un monopolio de la información.

b) La importancia de resolver adecuadamente el problema de la asimetría de la información en la fijación de tarifas es un tema crucial, ya que como la motivación de la empresa es obtener mayores utilidades tiende a declarar mayores costos que los reales para que el regulador le fije a la empresa modelo (empresa con la cual la empresa real va a competir) tarifas más altas y apropiarse de la diferencia[4]. Cuando esto ocurre, las tarifas fijadas, lejos de acercarse a las que resultarían de un proceso competitivo, más bien se acercan a tarifas monopólicas. Lo anterior desvirtúa completamente el modelo de regulación tarifaria que como vimos tiene por finalidad emular la competencia[5].

---

[3] Bustos, Álvaro y Galetovic, Alexander. Regulación por empresa eficiente. ¿Quién es realmente usted?. Estudios Públicos (Nª 86). P 148

[4] Galetovic, Alexander y Sanhueza, Ricardo. Regulación de servicios públicos ¿Hacia donde debemos ir? Estudios Públicos N° 85. 2002. P. 111

[5] Agüero Vargas, Francisco. Tarifas de empresas de utilidad pública. Telecomunicaciones, agua potable, electricidad y gas. Santiago de Chile. Lexis Nexis. 2003. P. 330.

c) También es problemático el grado de independencia de los reguladores sectoriales. Estos, si bien son elegidos de acuerdo al sistema de alta dirección pública, se mantienen en su cargo mientras cuenten con la confianza del Presidente de la República. Esta situación puede afectar las decisiones técnicas del regulador en la medida que entre en conflicto con las políticas que el Ministerio del ramo promueve. Además, no es poco común que los jefes de servicios de los reguladores sectoriales hayan prestado servicios a las concesionarias reguladas, y que luego de cumplir con su cargo público, les vuelvan a prestar servicios. Esta es una situación que debe ser eliminada si no se quiere dar indicios de captura del regulador.

Lo anteriormente expuesto contrasta con la independencia de una institución que cuenta con mayores grados de autonomía como lo es el Fiscal Nacional Económico, el cual no es de la confianza del Presidente de la República y se mantiene en su cargo mientras nos se configure alguna de las causales previstas en el artículo 33 del DFL N°1 de 2004 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del decreto ley 211 de 1973.

d) Finalmente, es preciso destacar como problema del régimen tarifario a la nula participación e injerencia de los consumidores en el procedimiento de fijación de precios. En efecto, la regulación sectorial no contempla las instancias de participación de los usuarios del servicio pese a que, por una parte, estos constituyen claramente "interesados" en los términos de la Ley 19.880 y, por otra parte, la letra f) del artículo 8 de Ley 19.496 remite a las leyes sectoriales la regulación de la participación de asociaciones de consumidores en procesos tarifarios.

V. El régimen de encubrimiento y distorsión de costos en los proceso tarifarios

a) El debido funcionamiento del modelo de regulación tarifario es absolutamente incompatible con cualquier conducta o convención tendiente a distorsionar o a encubrir la información de costos del servicio con el fin de obtener tarifas más altas. Tal es así que el artículo 70 de la Ley General de Servicios Sanitarios califica a: "la coordinación entre empresas prestadoras, sus administradores, directores o empleados, así como cualquier otro acto o convención tendiente a distorsionar o encubrir la información de costos de prestación de servicios con el fin de influir en la obtención de tarifas más altas en el proceso de fijación tarifaria", como contrario a la libre competencia. Esta norma cumple tres funciones: en primer lugar, deja fuera de toda dudas la aplicación del régimen y la institucionalidad de libre competencia a los procesos de fijación de tarifas de servicios sanitarios, en segundo lugar, sanciona la señalada conducta con una multa que oscila entre las cincuenta y una a quinientas unidades tributarias anuales si es aplicada por la Superintendencia de servicios sanitarios (art. 11 letra d Ley 18.902) o de hasta veinte mil

unidades tributarias anuales si es que es aplicada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y, en último lugar, establece un períodos de fiscalización y protección a la competencia simulada diferenciados por cuanto, mientras el proceso tarifario está en curso resulta competente la autoridad sectorial y, una vez dictado el decreto tarifario, resulta competente la institucionalidad de defensa de la libre competencia.

Por su parte, actualmente en el sector eléctrico solamente se sanciona la entrega de información falseada que pueda afectar el normal funcionamiento del mercado o los procesos de regulación de precios con multa de una unidad tributaria mensual a diez mil unidades tributarias anuales (artículos 15 y 16 Ley 18410). La falta de una norma análoga al artículo 70 de la Ley General de Servicios Sanitarios deja a los usuarios del sector eléctrico en una peor situación que en el sector sanitario, puesto que no queda claro que resulten aplicables la institucionalidad y el régimen de libre competencia. Por el contrario, la existencia en el sector eléctrico de una norma análoga al artículo 70 de la Ley General de Servicios Sanitarios permitiría a un órgano que ofrece garantías de independencia como la Fiscalía Nacional Económica requerir al Tribunal de Defensa de la Libre competencia la aplicación, luego de un debido proceso, de algunas de las medidas previstas en el artículo 26 del Decreto Ley 211, entre las cuales destaca la aplicación de multas a beneficio fiscal de hasta veinte mil unidades tributarias anuales.

POR TANTO

Vengo en presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo primero: Agréguese el siguiente artículo 153 bis en el Decreto con Fuerza de Ley N° 4 de 2006, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 1982, la Ley General de Servicios Eléctricos:

“La coordinación de las concesionarias, sus administradores, directores o empleados, así como cualquier otro acto o convención tendiente a distorsionar o encubrir la información de costos de prestación del servicio con el fin de influir en la obtención de tarifas más altas en el proceso de fijación tarifaria, será considerado contrario a la libre competencia”.

“Cuando a juicio de la autoridad competente se configuren alguna de las situaciones previstas en el inciso precedente, esta deberá denunciar los hechos al

Servicio Nacional del Consumidor para que este ejerza las potestades correspondientes si así fuese procedente”

VLADO MIROSEVIC VERDUGO