

ASPECTOS CONCEPTUALES Y DESAFÍOS DE LA REFORMA ELÉCTRICA: UN ENFOQUE DESDE EL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO

SERGIO ESPEJO YAKSIC *

Superintendente de Electricidad y Combustibles

1. INTRODUCCIÓN

Dos décadas después de haber sido plasmado, el marco normativo del sector eléctrico chileno enfrenta la necesidad de modernizarse para hacer frente tanto a desafíos que no fueron adecuadamente abordados en su momento como a otros nuevos en su naturaleza y manifestaciones.

En las líneas que siguen intentaré explicar el momento actual como uno de transición normativa entre el enfoque desarrollado por el DFL Nº 1 de 1982 –considerado de vanguardia en su momento– y el conjunto de respuestas dotadas o no de rango legal que buscarán perfeccionar dicho marco.

Para comprender mejor el fenómeno, adoptaré como enfoque conceptual la noción de costos de transacción desarrollada entre otros por Williamson y North, así como el trabajo sobre formación de políticas de Dixit, lo que motiva mi comprensión del fenómeno regulatorio como uno destinado a moderar los costos impuestos por imperfecciones del mercado y por los mismos procesos normativos.

En primer lugar me referiré a la relación existente entre mercado, instituciones públicas y costos de transacción. Luego esbozaré algunas cuestiones que me parece importante analizar a la hora de perfeccionar el marco normativo vigente. El enfoque es evidentemente uno que enfatiza aquellas cuestiones que desde el punto de vista de la Superintendencia es necesario considerar. Obviamente no agota, ni intenta hacerlo, el conjunto de cuestiones que han sido consideradas como elementos de una potencial reforma normativa. En particular, me referiré al sistema de precios y la disposición a pagar; la importancia de combinar autorregulación y regulación pública de calidad; el sentido de las sanciones; y conceptos para asegurar calidad de regulación, estabilidad y certeza jurídicas.

2. MERCADOS, INSTITUCIONES Y COSTOS DE TRANSACCIÓN

El análisis de asuntos públicos resulta frecuentemente presentado como una confrontación entre mercados y Estados.

En un extremo se ubican quienes sostienen que el libre funcionamiento de los mercados es suficiente para proveer los bienes y servicios que una sociedad necesita en cantidades y precios óptimos. Las eventuales fallas que el mercado pudiere enfrentar solo pueden ser agravadas, argumentan, por la intervención del Estado.

En el otro extremo, y siguiendo una aproximación que puede ser rastreada al mismo Hobbes, se encuentran aquellos que sostienen que el Estado surge precisamente para corregir los problemas de acción colectiva, coordinación e información que impiden a los mercados operar de manera eficiente.

Ambas posiciones no constituyen más que, parafraseando a Flaubert, “dos impertinencias iguales”. Una versión particular de lo que a su vez Hirshman definió brillantemente como “retóricas de la intransigencia”.

La realidad es más compleja.

En economías en las cuales –como es esencialmente el caso de Chile– el problema de la asignación de los recursos productivos se resuelve sobre la base del libre funcionamiento de los mercados, parecería natural sostener que el único rol que cabría a las instituciones públicas o el Estado sería el garantizar libertad de precios y autonomía para que los agentes participen en las relaciones de intercambio.

Sin embargo, la producción es más que la transformación física de insumos en productos. Y el intercambio no se produce en una especie de limbo sin más costos que el precio de equilibrio. En uno y otro caso, la relación económica está marcada por el costo asociado a valorar el bien intercambiado, a proteger los derechos de las partes en el intercambio y garantizar el respeto a los compromisos vinculados a la transacción. Es decir, incluso en mercados competitivos e impersonales, los agentes económicos

* Abogado, Universidad de Chile. Master en Políticas Públicas de la Universidad de Harvard. Es Superintendente de Electricidad y Combustibles y Presidente de la Comisión Preventiva Central Anti Monopolios.

enfrentan costos de transacción. Estos, por su parte, aumentan o disminuyen según el escenario institucional en el que se desenvuelven.

Los costos de transacción reaparecen al analizar aquellos mercados caracterizados por la falta de competencia o la presencia de monopolios naturales, externalidades y bienes públicos que impiden alcanzar un óptimo social exclusivamente en base a la libertad de precios. En efecto, es en estos escenarios en los cuales interviene con mayor fuerza el Estado a través de la regulación.

Desafortunadamente, la realidad difiere sustantivamente del modelo estilizado en el cual los agentes públicos responden a un *principal* individual y maximizador de bienestar social, lo que convertiría el proceso de diseño e implementación de políticas en una cuestión exclusivamente *técnica*. En efecto, lejos de desarrollarse en un vacío, tanto el diseño como la implementación de políticas que buscan corregir o mitigar las fallas de mercado se verifican en el marco de un proceso político, sensible a la ignorancia, los errores de diagnóstico, la falta de comprensión del mercado regulado, la carencia de incentivos adecuados para los administradores del sistema y las presiones por parte de grupos de interés.

Más aún, a lo largo de todo el proceso político el agente público responde no a uno sino que a múltiples *principals*, lo que aumenta la posibilidad de error o discrepancia entre el óptimo social perseguido y el resultado efectivamente alcanzado. En cada una de estas situaciones la intervención pública puede efectivamente significar la imposición de un costo, que también definimos como transaccional, mayor al beneficio que se espera lograr.

Ejemplifiquemos este problema de agencia múltiple a partir de una cuestión sumamente cercana, el diseño y definición de la reforma al marco regulatorio eléctrico.

El proyecto de reforma que finalmente presente el Ejecutivo para su discusión en el Congreso deberá previamente haber sido desarrollado en una relación de agente –la Comisión Nacional de Energía– y *principals* –los Ministros integrantes del Consejo que dirige la Comisión–, cuyos intereses y preocupaciones supondrán procesar *tradeoffs* entre objetivos tales como inversión, competencia, calidad, seguridad, etcétera. Tanto en esta etapa como en el proceso legislativo posterior, los *tradeoffs* serán enfatizados y cuestionados por los agentes de la industria eléctrica, cuyos intereses varían en uno y otro caso de manera significativa. Otro tanto harán académicos, consultores, ecologistas, industriales que requieren de energía continua y

segura, parlamentarios que deberán estudiar y analizar en detalle cada elemento de la reforma.

Es decir, un proceso esencialmente político y legítimo en el cual los diversos intereses y visiones sobre la materia buscarán expresarse y plasmarse en una fórmula que, naturalmente, presentará grados de discrepancia respecto del óptimo social.

En este sentido, la tarea del regulador consiste en “anclar” los conceptos fundamentales del proyecto, en términos tales que su versión final no solo evite la aparición de nuevos costos de transacción, sino además disminuya los existentes, acercándose de este modo al óptimo social perseguido.

En consecuencia, tanto la operación de los mercados como el proceso de diseño y elaboración de políticas públicas deben ser considerados procesos imperfectos en constante interacción, limitados en su aproximación al ideal normativo por la presencia de costos transaccionales.

Sin importar la calidad del proceso que condujo a su elaboración, las normas jurídicas difícilmente serán respuestas plenamente sistemáticas, armónicas y no contradictorias a los conflictos de intereses que pretenden resolver. Lejos del ideal positivo, las normas jurídicas y por lo tanto los marcos regulatorios serán contratos incompletos cuyo objetivo es proveer respuestas parciales frente a fenómenos complejos y cambiantes, así como procedimientos para tratar con contingencias imprevistas.

Por lo mismo, forma parte de la naturaleza de una norma el estar acompañada de costos de transacción.

3. CONSIDERACIONES SOBRE LA REFORMA

Así las cosas, parece conveniente proponer algunos ámbitos que parece necesario perfeccionar en la normativa eléctrica o afianzar en las relaciones económicas entre los agentes del sistema eléctrico. Vuelvo a enfatizar que el enfoque es desde la Superintendencia y no pretende considerar todas aquellas materias que han sido estimadas por uno u otro actor como candidatas a perfeccionamiento en el marco normativo.

A. EL MECANISMO DE PRECIOS

En teoría, el sistema de precios vigente está diseñado en términos tales que, aun frente a una situación de escasez de energía extrema, el mercado debiera conducir a un equilibrio en el cual los cortes de energía serían innecesarios.

El cálculo correcto de los precios *spot*, nudo y libre, así como del costo de falla y las compensaciones permitiría, según han sostenido acertadamente Díaz, Galetovic y Soto, transmitir el costo de oportunidad de la energía a los usuarios y disminuir racionalmente la demanda.

Sin embargo, y como bien plantean los mismos autores, diversas razones prácticas han hecho que enfrentado a una crisis como fue la sequía de 1998 y 1999, el sistema de precios no haya funcionado adecuadamente. En particular, este sería excesivamente rígido como para acomodar *shocks* de oferta; la información necesaria para calcular correctamente los precios sería prácticamente imposible de obtener; y el sistema de compensaciones —impedido de operar tanto por ambigüedades normativas como por la judicialización de su pago— no habría podido actuar como precio que transmite a los usuarios regulados el costo de oportunidad de la energía en situaciones de escasez.

Es decir, el sistema de precios vigente presenta costos de transacción importantes que impiden su operación eficiente. En consecuencia, uno de los desafíos prioritarios en términos de perfeccionamiento del marco regulatorio vigente consiste en validar el mecanismo de precios, flexibilizando este en términos tales que los mercados *spot*, regulado y libre estén en condiciones de ajustarse rápidamente para responder a las variaciones en la demanda por energía y disminuyendo por esta vía a lo menos parte de los costos de transacción hoy presentes en el sistema.

B. DISPOSICIÓN A PAGAR

Sin perjuicio de lo señalado, es mi impresión que el sistema debe madurar también en términos de incorporar adecuadamente la disposición a pagar de las personas por los servicios que se reciben.

En términos intuitivos resultaría obvio sostener que diferentes consumidores valoran la energía de manera diversa. Ello posibilitaría eventualmente el desarrollo de un mercado con bienes diferenciados que maximiza el excedente de los consumidores.

¿Ratifica la evidencia disponible la intuición señalada?

Una encuesta conjunta de la Universidad de Chile y la SOFOFA presenta datos de interés para responder esta interrogante. Así por ejemplo, un 34% de los usuarios industriales consultados se manifestó dispuesto a pagar un precio mayor al actual para evitar racionamientos en el evento de una sequía. Por otra parte, la mayoría de los encuestados residenciales califican como

a lo menos aceptable el servicio que reciben. Sin embargo, alrededor del 64% de ellos piensa que el precio que pagan por el suministro es excesivamente alto.

Los datos mencionados no son concluyentes. Un estudio más acabado de preferencias reveladas sería necesario para generar una respuesta robusta. Así por ejemplo, podríamos intentar establecer si en aquellos casos en que las tarifas experimentan aumentos significativos, como ha ocurrido con los usuarios del litoral central, ellos estarían o no dispuestos a recibir un servicio de calidad y seguridad inferiores a los capturados por la actual tarifa a cambio de una reducción en esta.

Sin perjuicio de lo señalado, es evidente que los usuarios presentan una disposición heterogénea a pagar. Ello debiera ser considerado hacia el futuro especialmente en materia de calidad y seguridad de servicio. El precio por una parte y la calidad y seguridad de servicio por otra no son más que dos caras de una misma moneda.

La madurez del sistema requiere no solo que los usuarios disfruten efectivamente de la calidad y seguridad de servicio capturadas en la tarifa, sino que además internalicen el hecho de que estas deben ser adecuadamente remuneradas. Para que ello ocurra, en un contexto de costos de transacción reducidos, a lo menos dos cuestiones parecen necesarias.

En primer lugar, sistemas de información y atención a clientes regulados por parte de las empresas distribuidoras, que faciliten la comprensión por estos de las estructuras tarifarias y la racionalidad presente tras los cobros de que son objeto. Para promover y facilitar este desarrollo, la Superintendencia impulsará en los próximos meses un sistema de fiscalización y atención de reclamos de segundo piso, el que descansa en la capacidad de las empresas, el primer piso, para resolver la demanda por información y resolución de problemas de los usuarios.

En segundo lugar, nuestro sistema debe promover el perfeccionamiento de contratos entre suministradores de energía y usuarios no regulados que distribuyan racional y adecuadamente los riesgos y responsabilidades propias de la relación económica que se establece, así como definan con precisión los niveles de calidad y seguridad por los que se está pagando. Contratos adecuadamente elaborados, en el marco de relaciones de largo plazo, debieran traducirse en una disminución importante de los costos de monitoreo y garantía de cumplimiento. Al mismo tiempo, ellos debieran asegurar que la autoridad pública permanezca al margen de las controversias entre privados, eliminando por esta vía una fuente adicional de costos transaccionales.

C. COMPLEMENTARIEDAD AUTORREGULACIÓN – REGULACIÓN PÚBLICA

En todas aquellas ocasiones en que el mercado puede operar libremente en términos que permitan alcanzar el óptimo social, debe preferirse dicha opción a la intervención pública.

Sin embargo, la presencia de problemas de coordinación, información o competencia imperfecta, monopolios y otros fenómenos similares pueden hacer necesaria una intervención regulatoria.

En los casos en que ello sea posible, la autorregulación debiera ser preferida a la regulación pública. De hecho, la autorregulación está libre de uno de los principales problemas que los reguladores enfrentan en relación a las actividades reguladas, la asimetría de información.

Sin embargo, la autorregulación es por definición una situación de captura por parte de los regulados. Existe un alineamiento pleno entre el interés del órgano de autorregulación y la industria en la cual este opera. Por esta razón, la literatura económica ha argumentado que los organismos que ejercen la autorregulación carecen de los incentivos necesarios para fiscalizar adecuadamente y hacer pública la información que recaben.

Es en este sentido que resulta interesante la posibilidad de combinar autorregulación con regulación pública, desarrollando la primera en plenitud y generando a través de la segunda los incentivos necesarios para fiscalizar y garantizar transparencia.

Así por ejemplo, y en un contexto en el cual es esperable la ampliación del rango de clientes libres, ellos debieran contar con información adecuada construida de manera proactiva por parte de las empresas distribuidoras en relación a los niveles de calidad y seguridad que cada una de ellas es efectivamente capaz de proveer.

De este modo, los artículos 86 y 87 del DFL N° 1 referidos a la encuesta de calidad de servicio e índices de continuidad de este, de responsabilidad de las empresas distribuidoras, así como al ranking que en base a esta información más los reclamos de usuarios debe elaborar la Superintendencia, pueden constituir la base sobre la cual no solo los clientes regulados sino también los clientes libres puedan tomar sus decisiones de contratación de suministro.

En todo caso, por ahora la Superintendencia afina los últimos detalles del ranking que la ley le ordena elaborar. Para ello hemos enviado a las empresas distribuidoras tanto los datos obtenidos como la metodología utilizada para generar la ordenación de empresas en atención a la calidad del servicio que proveen.

D. LA FUNCIÓN DE LAS SANCIONES

De manera muy sintética, me interesa hacer una breve referencia al tema de las sanciones.

Más allá de la interpretación que algunos puedan dar a ellas, la verdad es que el sentido de las sanciones establecidas en la normativa eléctrica es el de actuar como incentivos. Es decir, operar como señal económica que induzca las inversiones necesarias para alcanzar los niveles de calidad y seguridad deseados e incorporados en las tarifas.

Parece recomendable, en esa perspectiva, avanzar en alguna forma de estandarización de sanciones que reduzca o limite las capacidades discrecionales de la Superintendencia y vuelva previsible el costo de conductas u omisiones infraccionales establecidas en el normativa eléctrica.

E. CALIDAD, ESTABILIDAD Y CERTEZA REGULATORIA.

Sabemos que la privatización de servicios públicos constituye aún una novedad a nivel mundial. De hecho, la liberalización de los mercados energéticos es un proceso aún inexplorado en una parte importante del mundo. A modo de ejemplo recordemos que solo hace tres días (1 de julio de 2001) fueron liberalizados los precios con que Petróleos Mexicanos vende el gas licuado de petróleo a los distribuidores. Estamos hablando en este caso de un producto utilizado en el 81% de los hogares mexicanos.

Pese a constituir una novedad, y aun considerando la gran variedad de instituciones y políticas regulatorias creadas a partir de la privatización de estos servicios, podemos sostener sin temor a equivocarnos que el proceso se ha traducido en avances importantes en materia de cobertura, calidad e incluso precios a usuarios.

Este es de hecho el resultado apreciable de la reforma eléctrica en América Latina.

Más aún, la reforma ha generado una importante lección de política. El mayor nivel de transferencia de beneficios a usuarios se ha producido en aquellos sectores en los cuales la competencia ha sido posible. Por lo tanto, la política pública debiera tender inequívocamente a posibilitar la competencia en aquellos segmentos en que ello sea posible, así como a simular los resultados de esta cuando la presencia de economías de escala o ámbito sea tan fuerte que no justifique, desde un punto de vista social, la presencia de más de una firma.

La positiva evaluación que expreso en relación a la dirección que han tomado los procesos liberalizadores no debe ser confundida con una

subvaloración de los riesgos implícitos en el diseño de las regulaciones correspondientes. Sos-tengo que tanto la regulación como las agencias encargadas de implementarla deben someterse a perfeccionamientos importantes.

En términos generales, la literatura económica demuestra que la credibilidad y efectividad de un marco regulatorio, y por lo tanto su habilidad para estimular la inversión privada y la eficiencia en la producción y uso de servicios, puede ser satisfactoria siempre y cuando a lo menos tres mecanismos complementarios estén presentes: restricciones sustantivas sobre las acciones discrecionales del regulador; restricciones formales o informales a los cambios en el marco regulatorio; e instituciones que hagan cumplir estas restricciones.

Aun cuando trabajos como el de Levy y Spiller nos muestran que cada uno de estos elementos está presente en el caso chileno, aún es posible e incluso necesario avanzar más en esta materia.

Propongo algunas líneas de trabajo en este sentido.

En primer lugar, resulta indispensable asegurar la independencia política y económica de los agentes regulatorios. Ello exige revisar tanto los mecanismos de designación de los Superintendentes como los de todos aquellos que ejercen responsabilidades similares. Del mismo modo, y a objeto de avanzar en la disminución de las asimetrías evidentes en el acceso a recursos humanos y profesionales existentes entre reguladores y regulados, creo importante estudiar la forma en que, al igual que en Argentina, Brasil y Colombia, sea la industria regulada quien financie las operaciones del regulador.

Va en el interés del regulado el asegurar la calidad de la regulación.

En segundo lugar, debemos perfeccionar nuestra contabilidad regulatoria. Resulta urgente asegurar un flujo periódico de información entre la empresa y el regulador, en base a criterios de reserva, pertinencia y oportunidad. La construcción de sistemas de cuentas resulta siempre un proceso costoso. Tanto su modificación abrupta como la entrega de información incompleta o falseada imponen costos elevados a la industria y al regulador respectivamente. Del mismo modo, este último debe garantizar que la información comercial o estratégica provista por la empresa y entregada en virtud de la acción fiscalizadora, mantendrá su carácter de reservada y no será accesible por la competencia.

En este campo estamos avanzando a través de la consolidación del sistema de adiciones y retiros de instalaciones de las empresas de dis-

tribución, etapa de importancia en la construcción del VNR, y respecto de la cual el objetivo de la Superintendencia es tanto asegurar la estabilidad del sistema de cuentas actual, evitando modificaciones costosas y eventualmente innecesarias, como la posibilidad de que el conjunto de la industria se incorpore al sistema considerando las restricciones tecnológicas y materiales que este proceso supone.

Asimismo, estamos avanzando en la construcción del registro de interrupciones que deberá hacer posible, a mediados del 2002, el pago de compensaciones en régimen establecido por la ley. Como es evidente, en este campo resulta también indispensable recoger y procesar adecuadamente las restricciones tecnológicas y financieras que experimenta la industria respecto de los parámetros e instrumentos que permitirán medir las interrupciones en el nivel de usuarios. Ello debiera evitar la potencial judicialización de un sistema que debiera operar en términos automáticos y con el mínimo de intervención pública.

En tercer lugar, considero central el asegurar que todas las decisiones de las instituciones reguladoras sean apelables ante instancias superiores con conocimiento experto de las materias en cuestión. Sea que ello se resuelva por la vía de tribunales contenciosos administrativos o tribunales económicos, lo central es perfeccionar los instrumentos que evitan la acción discrecional del regulador, disminuyendo los costos de transacción que ello puede provocar.

Finalmente, me parece pertinente avanzar en una definición que involucre la idea de estabilidad y certeza jurídica.

El aprendizaje y perfeccionamiento en materia regulatoria es un proceso de aprender observando (*learning by watching*). En consecuencia, la estabilidad de las reglas del juego no puede jamás ser considerada como inmutabilidad de estas. Dado que el objetivo de la regulación es la búsqueda del óptimo socialmente eficiente, nadie podría aspirar a que la regulación permanezca congelada al momento en que un inversionista adquiera una empresa. Esto es lo que entienden los expertos, y más allá de sus declaraciones públicas, no tengo dudas de que también es lo que entienden los inversionistas.

Las reglas deberán ser modificadas cada vez que la práctica y los avances teóricos hagan evidente la existencia de mejores maneras de regular, para alcanzar el óptimo social y reducir las distorsiones y costos provocados por la existencia de información asimétrica. Resulta obvio que esta situación no se verifica todos los días.

Lo que hay que evitar es la falta de claridad, la ambigüedad, o los cambios de interpretación entre un proceso tarifario y otro, sin que dicha variación no sea explícita y abiertamente discutida y justificada.

Por último, del mismo modo que las empresas tienen el legítimo derecho a demandar que los cambios regulatorios se produzcan solo cuando ello es evidentemente necesario y económicamente racional, las reglas deben ser respetadas mientras ellas no sean modificadas. La judicialización reiterada de las controversias al interior del sector impide asegurar la estabilidad que la industria demanda, incentivando respuestas de consecuencias insospechadas de parte de aquellos que perciben, equivocadamente o no, que las reglas no se cumplen.

La función que la ley ha establecido para la Superintendencia de Electricidad y Combusti-

bles es velar porque las reglas se cumplan. Esa es la tarea que llevamos y llevaremos permanentemente a cabo.

BIBLIOGRAFÍA

- DIXIT, AVINASH K. (1996): "The Making of Economic Policy", Cambridge, MA, MIT Press.
- DÍAZ, CARLOS, GALETOVIC, ALEXANDER y SOTO, RAIMUNDO (2000): "La crisis eléctrica de 1998-1999: Causas, Consecuencias y Lecciones", en Estudios Públicos N° 80.
- LEVY, BRIAN Y SPILLER, PABLO (1996): "Regulations, Institutions and Commitment", Cambridge University Press.
- NÚÑEZ, JAVIER (2000): "La Autorregulación como Concepto Regulatorio", Documento de Trabajo N° 171, Departamento de Economía, Universidad de Chile.