

LA REGULACIÓN TARIFARIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS. BASES PARA UN ANÁLISIS JURÍDICO - ECONÓMICO¹

Rodrigo Bermúdez Soto²

RESUMEN: A partir del proceso de privatización de los servicios públicos de electricidad, sanitarios y de telecomunicaciones nacionales, surge toda una nueva regulación inspirada en dos objetivos: evitar los abusos de estos nuevos monopolios privados y asegurar a los privados el recibir una determinada utilidad. De esta forma, la regulación tarifaria es la que adquiere mayor relevancia, pues ella incide, directamente, tanto en el comportamiento de los consumidores como en el de las empresas prestadoras de servicios. La regulación tarifaria, entonces, debe estar dirigida a obtener una situación eficiente, similar a aquella que se produce en los mercados competitivos. Para lograr este objetivo se presentan a lo menos tres posibles modelos de fijación tarifaria: dejar que las empresas prestadoras de servicios públicos libremente los fijen; que se haga a través de una acción concertada; y, que sea una facultad privativa del ente regulador. Ambos extremos consideramos que son ineficientes en su resultado y, de acuerdo a la experiencia chilena, es el segundo el que representa la situación de mayor eficiencia, cuando se haya unido a los principios de transparencia, limitación de discrecionalidad administrativa e impugnación de las resoluciones, con lo que se logra aquella situación más cercana a la eficiente.

ABSTRACT: Beginning from the process of privatization of the national's public services of electricity, water and telecommunications, arise an all new regulation inspire in two objectives: avoid the abuses of those news private monopolies and guarantee to that privates to get some utilities. In this way, the regulation of prices for the services becomes in the most relevant aspect of the all regulation, because it affect, directly, in the behavior of the consumers and the companies of public services. So, the prices regulation must be direct to obtain a efficient situation, in a similar way of the competitive markets. For this purpose it appears, at least, three potential models: to leave that the enterprises of publics services fix the prices by their own; second, the price's fix shall be conclude by the regulators and the enterprises; and third, the regulator fix the price by their own. The extreme of the possibilities, we think that they are inefficient solutions and, beginning from the Chilean's experience, it is the second solution that it represents the most efficient situation when it is in union with principles of transparency, limited administrative discretionally and the principle of the review of the resolutions, that which it gets the almost efficient situation.

PALABRAS CLAVES: Servicios Públicos – Regulación Tarifaria – Monopolios – Telecomunicaciones – Electricidad – Agua Potable – Alcantarillado.

1 Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica. Santiago de Chile 2005.

2 Abogado.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del proceso de privatización de las empresas de servicios públicos estatales, llevado a cabo en Chile durante la década del 80, se generó todo un nuevo marco jurídico, a través del cual se buscaba establecer reglas claras para los particulares que adquirirían el dominio de estas empresas haciendo atractiva su participación en ellas, como así también asegurar que éstos no abusaran de su posición monopólica o dominante, tanto en el ámbito de la calidad del servicio entregado como en el ámbito del precio a cobrar por la prestación del servicio.

Es este último aspecto del nuevo marco regulatorio el que mayor importancia ha adquirido, lo que queda demostrado con la cantidad de estudios que existen al respecto, mayoritariamente elaborados por economistas y que tratan de determinar si los sistemas de fijación tarifaria son eficientes o no y si requieren de algún tipo de modificación.

El objeto de este trabajo es realizar una descripción jurídico-económica de los sistemas tarifarios de los servicios públicos para lo cual se realizará una breve explicación de las razones que llevaron al proceso de privatización, la regulación general vigente de cada uno de los

servicios privatizados y, por último, los modelos tarifarios vigentes.

II. LA PRIVATIZACIÓN DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA POTABLE Y ALCANTARILLADO, ELECTRICIDAD Y TELECOMUNICACIONES Y SU NUEVO MARCO REGULADORIO

1. ANTECEDENTES QUE JUSTIFICARON LA PRIVATIZACIÓN

En la década de los 80 comenzó en Chile un proceso de privatización de las empresas de servicios públicos de los ámbitos sanitario, de electricidad y de telecomunicaciones, las que, hasta ese momento, eran casi íntegramente de propiedad estatal³. En estos ámbitos el Estado realizaba una triple función ya que era a la vez prestador de los servicios⁴, regulador y fiscalizador del cumplimiento de la normativa vigente. Un buen ejemplo resultaba en el ámbito sanitario con el Servicio Nacional de Obras Sanitarias (SENDOS) que, a través de direcciones regionales, tenía como función proveer los servicios de agua potable y alcantarillado (salvo en las regiones metropolitana y quinta

3 Debemos tener presente que, cuando aparecieron a la vida jurídica estos prestadores de servicios, no necesariamente lo hicieron como servicios públicos o empresas estatales sino que algunas de ellas fueron posteriormente estatizadas, como por ejemplo en materia de telefonía pública, donde los primeros prestadores de los servicios eran empresas privadas. El paso de estas empresas al Estado se adoptó al considerarse que estas empresas constituían monopolios naturales que dejados en manos de privados podía implicar que ellos abusaran de su posición dominante, razón por la cual era preferible que tales servicios públicos fuesen prestados directamente por el Estado. Es así como, hasta antes de las privatizaciones, existía un grupo de empresas privadas, de pequeño tamaño, creadas con posterioridad al proceso de estatización y que no representaban competencia para las empresas estatales, y cuya actividad se encontraba regulada por el Estado - prestador de servicios. Por ejemplo, en el sector sanitario existía la empresa Aguas Lo Castillo que prestaba servicios sanitarios en el sector Oriente de Santiago; la Compañía Nacional de Fuerza Eléctrica (CONAFE) en el sector eléctrico, que presta servicios hasta hoy en una parte de la comuna de Viña del Mar; y, la Compañía de Teléfonos CMET en el sector de la telefonía pública.

4 De acuerdo con Jorge ALÉ esta intervención directa del Estado en la entrega de estos servicios se justificaba en que con ello no se producía un abuso de la posición monopólica que el prestador de ellos tiene, así se evitaba un abuso en los precios a cobrar como en la calidad del servicio que se entregaba. En efecto, "El argumento tradicional plantea que los objetivos de la empresa estatal de servicio público, al ser de propiedad de todos los ciudadanos, coinciden plenamente con el objetivo de máximo bienestar social", en ALÉ YARAD, Jorge, "Un Nuevo esquema de Regulación de Monopolios Naturales", en *Estudios Públicos*, N° 37 (1990) p. 172.

donde existían empresas estatales) y, además, regular y fiscalizar el cumplimiento de la normativa sanitaria. En los otros ámbitos, electricidad y telecomunicaciones, los servicios eran prestados por empresas estatales, entregándose a otros órganos de la Administración la regulación y fiscalización, sin que ello significase una menor intervención estatal.

Por el hecho de tratarse de empresas estatales el desarrollo de sus actividades económicas estaba sujeto a las decisiones políticas del gobierno de turno. Esto se traducía, por una parte, en que sus inversiones se realizaban de acuerdo a los criterios fijados por el gobierno y, por otra, sus procedimientos administrativos eran los mismos que los de la generalidad de la Administración Pública⁵. A lo anterior debe agregarse que, a través del sistema de tarifas hasta ese momento vigente, se intentaba realizar una redistribución de la riqueza: los sectores de ingresos económicos más altos subsidiaban a los de menos recursos pagando una tarifa más alta por la prestación del servicio. En palabras de Jorge Alé, “estos servicios públicos permiten hacer redistribuciones de ingreso políticamente eficientes, dado que permiten mejorar el bienestar material de un individuo en particular, sin que el resto de la sociedad note en forma directa el costo de dicha medida”.⁶

Debido a todo lo anterior, se estimaba que los servicios que estas empresas prestaban eran deficitarios, tanto en su gestión como en

sus resultados financieros. Esto se traducía en una mala asignación de los recursos con que estas empresas contaban. En efecto, todos estos sectores presentaban deficiencias en la prestación del servicio. Así, por ejemplo, se señala que en el caso de las empresas eléctricas existía, hasta antes de 1982, un sistema tarifario “que no financiaba los costos reales de las empresas”⁷, unido a un sistema de subsidios cruzados que generaron problemas financieros para las empresas y problemas técnicos como racionamiento y cortes frecuentes en el suministro eléctrico. Esto llevó, por ejemplo a que Endesa tuviese una rentabilidad muy baja e incluso negativa durante esa década.⁸

En el caso de los servicios sanitarios, si bien la cobertura a nivel nacional que existía antes del inicio del proceso de privatización era bastante alta, con un 97% en agua potable y un 78% en alcantarillado⁹, ello no se reflejaba en los resultados operacionales del sistema estatal. Así, en 1988, SENDOS y Esvál presentaron resultados operacionales negativos, es decir, que con los ingresos que estos servicios tuvieron por concepto de pagos por la prestación del servicio ni siquiera alcanzaron a cubrir sus costos de producción.

Finalmente, en el caso de la telefonía pública, hasta antes de la privatización del servicio, existía un déficit en la oferta de líneas telefónicas, cercana al 23%, siendo el tiempo de espera promedio para contar con una nueva línea de más de dos años. Este problema se

5 Alé (n. 2), p. 174.

6 Alé (n. 2), p. 174.

7 Alé (n. 2), p. 186.

8 De acuerdo a los balances de esta empresa, tanto en el año 1982 como en el año 1985 tuvo una rentabilidad, después de impuestos, negativa. Por otra parte, cabe hacer presente que en el caso de Chilectra Metropolitana en esos mismos años tuvo una rentabilidad, después de impuestos, positiva, e incluso en el año 1982 su rentabilidad fue la más alta del período comprendido entre el año 1980 y 1989. Esto parece indicar que los problemas del sector eléctrico se producían en los sectores de generación y transmisión y no en el de distribución, pero se debe tener presente que era precisamente en este último ámbito en el que el Estado entregaba subsidios, por lo que tales resultados pueden ser producto de los mencionados subsidios.

9 Información proporcionada por la Gerencia de Planificación de Esvál S.A.

encontraba asociado a que el servicio telefónico no contaba con la capacidad suficiente para soportar ni siquiera la demanda existente en esa época, pues cerca de un tercio de las llamadas telefónicas que se intentaban no se lograban concretar por falta de líneas telefónicas.¹⁰⁻¹¹

Como resultado de todo esto, la idea privatizar estos servicios se consideró como la solución más eficiente siendo su justificación, en términos generales, la reducción del intervencionismo estatal en la economía del país con lo cual se incrementaría la competitividad de los prestadores de estos servicios haciendo que las nuevas empresas fuesen más competitivas. Otra justificación que se señaló fue que con este proceso de privatización se extendería la participación de la propiedad de las empresas a través de lo que se denominó el “capitalismo popular”.¹²

Dejando fuera consideraciones políticas, se puede decir que estas empresas eran ineficientes en administración, pues, debido a políticas populistas, las tarifas vigentes eran insuficientes para solventar el costo que tenía la prestación del servicio, lo que se traducía en una falta de recursos para realizar nuevas inversiones para mejorar la calidad del servicio que se entregaba. Con esto el Estado, vía ley de presupuestos, debía asignar recursos a fin de superar los déficit producidos. Asimismo, al interior de las empresas no existía motivación alguna para hacer que ellas fuesen más

eficientes; los administradores de estas empresas no utilizaban un criterio de esta naturaleza en su gestión sino que sus decisiones eran políticas, con lo que el resultado no era necesariamente eficiente en términos económicos. En otras palabras, se privilegiaban aquellas inversiones de las que se podía obtener un mayor capital político, respecto de aquellas que fuesen más eficientes en términos económicos, sin tomar en consideración elementos tales como el mejoramiento de la calidad del servicio prestado o la tasa de retorno de la inversión vía cobro de tarifas.

Así se consideró que al estar en manos de privados estas empresas podrían mejorar de manera mucho más rápida la calidad del servicio, puesto que, para poder realizar las inversiones necesarias podrían fácilmente acceder al mercado financiero para contratar créditos con ese objeto.

En este marco —y como parte del proceso de liberalización económica que se venía desarrollando— se inició un proceso de privatización de las empresas de servicios públicos. Éste no fue realizado de una sola vez, sino que por etapas. Primeramente se privatizaron las empresas eléctricas y de telefonía estatales, en tanto que en el área de los servicios sanitarios inicialmente se realizó una transformación de la naturaleza jurídica de los prestadores de servicios estatales, convirtiéndolos en sociedades anónimas, en las que tenían participación el Fisco de Chile y la Corporación de Fomento

10 Fuente: Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

11 Galetovic y Sanhueza resumen las ineficiencias de los prestadores de los servicios públicos en que, por una parte, no existían los mecanismos de control adecuados para que las empresas fuesen eficientes y, por otro lado, que desde aproximadamente 1930 los gobiernos venían fijando precios populistas para estos servicios, lo que generaba que los servicios fuesen “frecuentes demandantes de subsidios estatales debilitando aún más cualquier estímulo a la eficiencia y causando problemas fiscales recurrentes”. Cfr. GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, “Regulación de Servicios Públicos: ¿Hacia Donde Debemos Ir?”, en *Estudios Públicos*, N° 85 (2002) p. 106.

12 Cfr. CONNELLY, Thomas, “Los Sistemas Tarifarios Empleados para Regular a los Monopolios Naturales que entregan los Servicios Públicos”, Biblioteca del Congreso Nacional, *Serie Estudios*, N° 130 (1996) pp. 1-2.

de la Producción CORFO¹³, para luego, en la década del noventa, proceder a la venta de acciones de algunas de ellas y en otros casos optar por un sistema intermedio de concesión de explotación de esas empresas.¹⁴

2. EL MARCO LEGAL PARA LAS EMPRESAS DE SERVICIOS PÚBLICOS

Como resultado de este proceso de modificaciones, se generó todo un nuevo marco legal de estas actividades económicas, respecto de las cuales el Estado asumió un rol de regulador y fiscalizador de las nuevas empresas privadas, estableciendo reglas claras para el desarrollo de estas actividades y los mecanismos de control en cada caso para asegurar que los nuevos controladores no abusaran de su posición monopólica. Lo que se esperaba al establecer este nuevo marco legal era conseguir una mayor eficiencia en la gestión de estas empresas, dado que ellas estarían impulsadas por el ánimo de lucro y fomentaría el ingreso de otras empresas competitivas al menos en algunas de estas actividades.¹⁵

La regulación de estos servicios va más allá del establecimiento de simples normas tarifarias, se trata, como ya dijimos, que en cada área se obtenga el resultado más eficiente en términos económicos y de calidad de servicio. Tal resultado se busca por cuanto los mono-

polios de por sí son ineficientes, dado que producen, con una determinada cantidad de recursos, un número menor de bienes o servicios que en una situación de competencia y cobran por ellos un mayor precio. Respecto de la calidad de servicio, cuando no hay una regulación que establezca un estándar de calidad mínimo para ellos, lo más probable que suceda es que el monopolista descuide ésta, pues con ello sin subir los precios, obtendrá mayores utilidades, sin que exista para los consumidores la posibilidad de optar por otro oferente.¹⁶

Un ejemplo de lo anterior es que la nueva regulación dispuso, incluso, la forma en que las empresas de servicio público deben organizarse. Es así como la Ley General de Servicios Eléctricos, D.F.L. N° 1 del año 1982, establece que solamente pueden ser concesionarios personas naturales o jurídicas chilenas pero se excluyen a las sociedades en comandita por acciones (art. 13). Por su parte, la ley N° 18.168, Ley General de Telecomunicaciones señala que solamente pueden ser concesionarios de servicios públicos de Telecomunicaciones personas jurídicas (art. 8° inc. 2°). Por último, la Ley General de Servicios Sanitarios, D.F.L. N° 382 de 1988, va más allá y establece que las concesiones de servicios públicos de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas se otorgarán a

13 La transformación realizada fue la siguiente: la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias se transformó en la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A., también denominada "EMOS S.A." y la Empresa de Obras Sanitarias de la V región se transformó en la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A., también denominada "ESVAL S.A.", todo ello de acuerdo a la ley N° 18.777. Por su parte, las direcciones regionales del SENDOS de la primera a la cuarta región y de la sexta a la duodécima región fueron transformadas en sociedades anónimas mediante la ley N° 19.885.

14 Se debe tener presente que otros servicios públicos como correos y ferrocarriles aún se encuentran en manos del Estado, lo que no significa que no se hayan producido modificaciones en estos sectores productivos: en el caso de correos se ha generado un mercado competitivo en el cual existen una serie de operadores con los cuales esta empresa debe competir; en el caso de ferrocarriles esta sigue siendo una empresa estatal, que a su vez ha ido creando una serie de empresas operadoras de los servicios con la forma de sociedades anónimas, en las que la Empresa de Ferrocarriles del Estado EFE es su socia mayoritaria.

15 CONNELLY, (n. 10), p. 2.

16 ALÉ, (n. 2), p. 168.

sociedades anónimas constituidas de acuerdo a las normas chilenas, las que además deben tener como objeto único el desarrollo de estas actividades (art. 8°). En todo caso, a estas reglas generales los mismo cuerpos legales establecen ciertas excepciones.

Stephen Breyer plantea que, previo a regular una empresa es necesario hacerse las siguientes preguntas: “¿Pertenece la industria que queremos regular al tipo de industria que debería ser regulada? ¿Tiene características económicas tales que, si dejáramos que el mercado funcionara libremente, terminaría en las manos de una empresa única con poder monopolístico?”¹⁷. En el ámbito de que estamos hablando no es fácil dar una respuesta a estas preguntas. En efecto, la regulación no siempre trae aparejada una situación de eficiencia económica, sino que por el contrario puede constituir un desincentivo a las empresas para ser más eficientes y muchas veces los precios resultantes pueden ser tan altos que no todas las personas que están dispuestas a pagar por dicho bien o servicio lo adquieran.¹⁸

Conforme con lo anterior, para la regulación de los servicios públicos es válido decir que se requiere tanta regulación como sea necesario para emular la existencia de un mercado y tan poca en aquella parte en que exista un mercado, sin la necesidad de la intervención estatal. En otras palabras, no siempre se requiere una regulación exhaustiva que comprenda todas y cada una de las situaciones, sino que úni-

camente en aquel ámbito en que no pueda haber competencia entre oferentes y consumidores.

Este principio se encuentra recogido por la legislación nacional. Las regulaciones existentes, en términos generales, se refieren a la prestación de los servicios a usuarios finales, quienes no se encuentran en situación de negociar las condiciones de los contratos por los que se prestan los servicios, ya que ello supone unos costos de transacción demasiado altos como para asumirlos individualmente; y, además, que por tratarse de empresas monopólicas o en condiciones de posición dominante abusarían de tal condición al no existir regulación. De esta forma, la regulación necesariamente es más detallada, incorporando los mecanismos para la fijación de las tarifas y una serie de obligaciones para las empresas, relativas principalmente a obligatoriedad en la entrega del servicio y normas que definen una determinada calidad en que éste debe prestarse.¹⁹

Por otra parte, hay ciertos ámbitos en que existe competencia por la prestación del servicio, o bien, algunos usuarios tienen un gran poder para negociar los contratos con los prestadores de los servicios, casos en los cuales disminuye la fuerza de la regulación dejando paso a los acuerdos de voluntades.

Pero, en todo caso, siempre existirá regulación, por mínima que ella sea, puesto que no debemos olvidar que se trata de servicios públicos. Francisco Villar Rojas señala a este

17 BREYER, Stephen, “Cuándo y Cómo Regular los Servicios de Utilidad Pública”, en *Estudios Públicos*, 78 (2000) pp. 27-24.

18 Breyer plantea como ejemplo de una regulación ineficiente la que existía en el mercado de transporte aéreo de pasajeros. Los precios existentes eran tan altos que no todas las personas podían costear el valor de un pasaje, lo que generaba que los aviones volaran con muy pocos pasajeros. Al liberalizarse este mercado las empresas comenzaron a competir por precios, con lo que se produjo un aumento en el número de consumidores de este servicio. BREYER, Stephen, (n. 15) pp. 29 - 31.

19 Cabe precisar, eso sí, que puede suceder que exista un mercado competitivo a nivel de pequeños usuarios finales, como lo es en el caso de la telefonía celular: en este ámbito se ha generado un mercado competitivo en el cual las empresas compiten en términos de precios y calidad del servicio. Sin embargo, aún así existe regulación a fin de evitar posibles abusos de posición dominante de aquellas empresas que tiene una mayor presencia en el mercado.

respecto: “La realidad es que la privatización no supone pura y simplemente la desaparición del Derecho, sino la sustitución de unas normas por otras, bien que ajustándose las reglas del juego en el sentido de clasificar el funcionamiento del mercado y de facilitar la concurrencia o simplemente organizándose mercados que combinan los intereses públicos y los privados”.²⁰

En el mismo sentido, Connelly señala a este respecto que “la privatización trae consigo la regulación” entendiéndola como un “contrato flexible”, es decir es producto de una negociación tripartita entre empresas, consumidores —entre quienes existen intereses contrapuestos— y el Estado. En esta negociación en la que los dos primeros demandan de este último que se provea de una regulación: las empresas buscarán que ésta sea la mínima posible, los consumidores que ésta sea la más acabada, pero ambos grupos con una misma finalidad: que de la regulación resultante se les favorezca con la transferencia de riqueza. Pero esta situación no es indeseable, ya que de estas negociaciones se puede llegar a un resultado beneficioso para ambas partes: para los consumidores significará precios más bajos y para las empresas una protección a la entrada a nuevos competidores en ese mercado, como compensación a estos precios bajos.²¹

Así, por una parte, las leyes que regulan los servicios públicos de electricidad, sanitarios y telecomunicaciones contemplan una regulación tarifaria, a partir de la cual no queda únicamente en manos de las empresas su fijación. Es más, podemos considerar que para las

empresas es hasta cómodo que el Estado los fije, por cuanto cualquier alza en las mismas va a responder a la aplicación de la normativa vigente y cualquier distorsión en ellas será por efecto de una regulación deficiente.

Por otra parte, en los tres ámbitos de los que hemos venido hablando se han establecido sistemas para concesionar los servicios; es decir, el Estado, a través de un procedimiento administrativo, entrega a las empresas el derecho, más o menos exclusivo o monopolístico, de desarrollar esa actividad²², lo que puede ser al interior de un mercado o dentro de un determinado sector geográfico. Estas concesiones son de largo tiempo lo que también importa una seguridad a las empresas en cuanto pueden desarrollar las inversiones específicas necesarias. Asimismo, esto también representa un beneficio para los consumidores, puesto que si la empresa concesionaria no cumple con las condiciones que el marco regulatorio establece para su ejercicio, será sancionada pudiendo llegar, incluso, a que sea revocado el acto administrativo por el que se le otorgó la concesión, lo que representa un incentivo para que las empresas cumplan con dicha regulación.

Alé señala que se debe tener presente que en los ámbitos de los que estamos hablando los monopolios pueden ser la manera más eficiente de proporcionar los servicios dado que las inversiones que se requieren para ello son muy altas y su duplicidad generaría ineficiencias asignativas al no poder aprovecharse las economías de escala²³. Tal afirmación no es completamente efectiva: los monopolios naturales son tales en la medida en que el desarro-

20 VILLAR ROJAS, FRANCISCO, *Privatización de Servicios Públicos*, (Editorial Tecnos, Madrid, 1993) p. 116.

21 CONNELLY, (n. 10) pp. 2 - 3.

22 Decimos que la concesión que el Estado entrega será más o menos monopolística por cuanto, en materia de servicio público de telecomunicaciones, en el último tiempo se ha ido desarrollando un mercado por el cual compiten los diversos operadores. En cambio, y al otro extremo, en el ámbito de los servicios sanitarios las concesiones son monopolísticas, es decir, una vez otorgada una concesión, el operador tiene la exclusividad dentro de su zona de concesión.

23 ALÉ (n. 2) p. 168.

llo tecnológico no permite proveer del mismo bien o servicio sin una duplicación de las inversiones, lo que es considerado ineficiente; sin embargo en el último tiempo hemos visto cómo en el ámbito de las telecomunicaciones se ha ido desarrollando un verdadero mercado de telefonía pública local y de larga distancia, sin que esto haya significado que se produjera tal duplicidad, sino que aprovechando la capacidad ociosa de otras infraestructuras, (televisión por cable, por ejemplo) nuevas empresas han entrado a competir.

Sí, es efectiva la apreciación de Alé en el ámbito de los servicios de distribución de electricidad y servicios sanitarios. En el primero por cuanto para que existiese competencia se requeriría que se instalara, por ejemplo, una nueva postación y cableado eléctrico o un cableado eléctrico subterráneo. En el caso de los servicios sanitarios, además del problema de la infraestructura nos encontramos con que el agua es un recurso escaso lo que no hace aconsejable la existencia de competencia, dado que los posibles competidores no solamente lucharían por captar nuevos clientes sino que también por obtener los recursos hídricos para poder satisfacer su demanda, lo cual generaría externalidades negativas, tales como la disminución de aguas para riego en sectores agrícolas o el aumento de los costos del insumo (el agua cruda), al existir más demandantes (las empresas de servicios sanitarios).

III. LA REGULACIÓN TARIFARIA

Dentro de esta nueva regulación, los mecanismos para fijar las tarifas adquieren gran

relevancia pues las empresas prestadoras de los servicios constituyen monopolios naturales, como es el caso de las de distribución eléctrica y servicios sanitarios, o bien ocupan una posición dominante dentro del mercado, como en el caso del servicio público telefónico. A partir de esto, sin la existencia de una debida regulación, los abusos de esas posiciones pueden llevar al establecimiento de precios demasiado altos, por una parte y, por la otra, que el uso de los recursos no sea eficiente, generándose externalidades negativas para los usuarios, al no tener las empresas incentivos para mejorar su asignación de los recursos.

1. EL CONCEPTO DE TARIFA

En términos generales, de acuerdo a Francisco Agüero Vargas una tarifa es “el precio o listas de precios de ciertos bienes y servicios”²⁴ y al hablar de servicios públicos, en particular, señala que tarifa es el “precio máximo que puede cobrar la empresa de utilidad pública por sus servicios prestados al usuario, conforme a un procedimiento establecido en las leyes”.²⁵

Este autor señala además, aunque sin aclararlo del todo, que las tarifas se aplican a situaciones donde no haya competencia, pues si ésta existe, en su concepto, lo que hay son precios libres (no regulados) pero que éstos, de todas formas, quedan incorporados dentro del concepto de tarifa.²⁶

Si bien el concepto de tarifa que este autor da es generalmente aceptado, discrepamos en algunos de sus planteamientos: en primer lugar, no solamente existen tarifas en ausencia de competencia; en efecto, como vere-

24 AGÜERO VARGAS, FRANCISCO, *Tarifas de Empresas de Utilidad Pública. Telecomunicaciones, Agua Potable, Electricidad y Gas*, (Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003), p. 76.

25 AGÜERO, (n. 22), p. 82.

26 Cfr. AGÜERO, (n. 22), pp. 82-83.

mos más adelante, en el mercado de la telefonía pública local, hay una situación de competencia, pero con un actor con una posición dominante, razón por la cual, para evitar la desaparición de la competencia, se regula la tarifa que este actor puede cobrar por la prestación del servicio.

En segundo lugar, una tarifa no necesariamente es un precio máximo. Si bien la mayor de las veces será así, desde un punto de vista teórico quien fije la tarifa podrá establecer un precio mínimo o bien una banda de precios a cobrar por el servicio. Esto se dará en aquellos casos en que para la prestación del servicio público de que se trate exista algún tipo de competencia, puesto que, en caso que se estableciese un precio máximo, el prestador del servicio sometido a regulación tarifaria podría cobrar un valor menor que ese máximo, con lo que estaría cumpliendo con la regulación tarifaria pero podría hacer desaparecer la competencia por una situación de precios predatorios.

A partir de lo anterior, el concepto de tarifa puede ser reformulado para decir que tarifa es el precio mínimo o máximo que el prestador de un servicio público puede cobrar a los usuarios del mismo, el que es fijado a través de un procedimiento establecido por la ley respectiva.

Se ha dicho que la diferencia entre precio y tarifa viene dada por la forma en que uno y otro se fijan: el primero sería resultado directo de la interacción entre oferentes y consumidores en una situación de competencia; el segundo es el resultado de un procedimiento que es fijado por la autoridad a través de un acto

administrativo. En todo caso, sea una u otra la denominación que se utilice, ello por ahora, no tiene mayor relevancia.²⁷

Sí debemos reconocer que, ya sea que se denomine precio o tarifa, lo relevante es que la contraprestación que el usuario del servicio público paga no es fijada ni por el prestador del servicio unilateralmente ni menos en un proceso de negociación²⁸, sino que es fijado a través de un procedimiento establecido por una ley que lleva a cabo un ente regulador. Es este ente regulador quien determinará el valor que tiene la prestación del servicio que se trate, valor que incluirá no sólo los costos operacionales sino que también la ganancia que el prestador del servicio recibirá por ello.

2. POSIBILIDADES DE FIJACIÓN TARIFARIA

A partir de lo dicho anteriormente, es posible sostener que no existe un modelo único de fijación tarifaria y que, como veremos más adelante, puede ir asociado a diversos sistemas para su determinación. La tarifa que sea resultante del procedimiento administrativo puede ser de tres tipos:

a) Valor Máximo: el ente regulador lo que hará será fijar el valor máximo a cobrar por el servicio, quedando la posibilidad para el prestador del servicio de cobrar un valor menor por él. Este modelo es el que se utiliza para la regulación de los monopolios naturales, es decir, situaciones en que no existe competencia. Lo que se quiere evitar es, precisamente, que por la no existencia de competencia el mo-

27 De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, en el ámbito en que nos encontramos, por precio se entiende la "cantidad exigida por la Administración como contraprestación por un determinado servicio" y tarifa es el "precio unitario fijado por las autoridades para los servicios públicos realizados a su cargo". Como se puede observar, ambas expresiones serían sinónimas. Cfr. Diccionario de la Real Academia Española (en línea) (fecha de consulta: 18 de octubre de 2005). Disponible en <<http://www.rae.es>>.

28 Hablando eso sí de servicios públicos sometidos a regulación tarifaria pues, como veremos más adelante, ciertos servicios públicos no se encuentran sometidos a dicha regulación.

nopolio se aproveche de su situación e intente obtener beneficios supracompetitivos o que intente traspasar sus ineficiencias a los consumidores.

Es por este sistema que ha optado la legislación nacional en materia de servicios públicos sanitarios y eléctricos. Efectivamente, el artículo 2º del decreto con fuerza de ley N° 70 del año 1988 del Ministerio de Obras Públicas y el artículo 92 del decreto con fuerza de ley N° 1 del año 1982 del Ministerio de Minería, respectivamente, establecen que las tarifas que se fijen para estos servicios tendrán la naturaleza de precios máximos a cobrar a los usuarios de los servicios. En el caso de los servicios de telefonía pública, en cambio, para las tarifas que son resultados de un proceso normal de fijación se utiliza la nomenclatura de tarifa eficiente, que no es otra cosa que un precio máximo, de acuerdo a lo que establece el artículo 30 E de la ley N° 18.168.²⁹

Lo que se pretende con este sistema de precio máximo es un doble efecto: por una parte, no permitir abusos de parte de la empresa monopólica que presta el servicio público y, por otra, asegurar a esta empresa una determinada rentabilidad. El problema que presenta, al igual que cualquier otro tipo de tarifa que se fije, es que puede constituirse en un desincentivo para las empresas para ser más eficientes, pues al tener éstas aseguradas una determinada rentabilidad, pueden conformarse con ella. Sin embargo, paradójicamente, esta rentabilidad asegurada puede constituirse en un incentivo para que ellas sean más eficientes, pues en la medida que lo logren podrán

bajar sus costos o aumentar el número de clientes y crecerán sus utilidades mientras no se modifique la tarifa que pueden cobrar.

b) Fijación de tarifa única: a través de este mecanismo el ente regulador fija un valor único que las empresas prestadoras de servicios pueden cobrar sin que exista para ellas la posibilidad de cobrar más o menos de ese valor. Este sistema en cuanto a los incentivos que pueda generar no difiere mucho del anterior, por lo que en su valoración nos remitimos a lo anteriormente dicho.

c) Fijación de una banda de precios: una tercera posibilidad que se presenta es que el ente regulador determine un precio máximo y uno mínimo a cobrar por la prestación del servicio, siendo necesario que en uno y otro caso se asegure, además de financiar los costos de operación, una determinada utilidad para la empresa.

Una banda de precios puede aparecer como innecesaria, pues las empresas siempre cobrarán por el servicio el precio máximo permitido, pero si pensamos que existe competencia por la prestación del servicio, la idea no parece tan descabellada. En efecto, además de un valor máximo que se permita cobrar, la idea de una tarifa mínima asegurará que la competencia que existe se mantenga en el tiempo, sin riesgos que por la utilización del mecanismo de los precios predatorios ella desaparezca.³⁰

3. LOS SISTEMAS DE REGULACIÓN TARIFARIA

Con esto nos referimos a las posibilidades que existen para determinar el valor a co-

29 De acuerdo al artículo 30 F de la mencionada ley, la tarifa que se fije para estos servicios no necesariamente será la eficiente, pues cuando existen economías de escala se permite aumentar el valor de la tarifa para así asegurar el autofinanciamiento de la empresa que se trate y es en estos casos que la ley habla de tarifas o precios máximos.

30 Cabe hacer presente, que en los tres casos en análisis los entes reguladores establecen dos precios, pero ambos con el carácter de máximos, determinando la utilización de uno u otro por el aumento en el consumo. Así, las regulaciones tarifarias contemplan un precio a cobrar por la prestación del servicio en períodos punta y no punta, siendo el valor a cobrar en este último caso menor, por cuanto los costos de producción son menores.

brar por la prestación del servicio público de que se trate. En términos generales, el objetivo de la fijación de tarifas es lograr una situación de eficiencia social que se traduce en que, por una parte, los consumidores paguen por el servicio un precio que sea justo y, por otra, que las empresas reciban un beneficio también justo por el servicio que prestan. De esta forma, cualquier mecanismo que fije precios demasiado altos o demasiado bajos será ineficiente, en la medida que esos precios no reflejen lo que realmente cuesta el servicio.

Esta situación de eficiencia se va a lograr en la medida que la tarifa resultante sea similar a la que existiría en una situación de un mercado competitivo, sin embargo los autores estiman que esto es casi imposible dado que los modelos utilizados son extremadamente imprecisos³¹, por la existencia de asimetría en la información que manejan el regulador y la empresa regulada³², lo que conllevará a que difícilmente el precio que se establezca sea el mismo que en una situación de competencia.

Por otra parte, el establecimiento de un sistema que fije una tarifa perfecta supone la desaparición de incentivos para ser eficientes, con lo que con el paso del tiempo esa tarifa, que se estimaba eficiente, dejará de serlo. Lo anterior por cuanto, al no existir incentivos para mejorar la eficiencia productiva, los recursos serán utilizados ineficientemente por parte de las empresas, al tener asegurada, a partir de la tarifa, una determinada utilidad. Así, si se estableciese una tarifa perfecta sería necesario además establecer los incentivos adecuados para

que de todas formas la empresa siga siendo eficiente.³³

Si bien se puede estimar que la existencia de regulaciones no es buena, por todas las imperfecciones que ella supone y que se traduce en que nunca emulará de forma fiel al mercado, de todas formas la regulación de estos monopolios puede ser considerada eficiente y necesaria. En palabras de Breyer, "Si se decide regular, hay que tener certeza, o bastante certeza, de que pese a la imprecisión de los modelos y pese al esfuerzo seguramente tosco de la gente por bajar los precios y mejorar la eficiencia, es mejor regular que dejar funcionar el mercado libre o tener una industria estatal".³⁴

Entonces, ¿cuáles son las posibilidades para establecer un sistema tarifario que sea relativamente eficiente? La respuesta no es sencilla, pues nos encontramos con tantas posibilidades como las que se han utilizado para esto, sin que ninguna represente la solución perfecta. De hecho, nuestra propia legislación adopta diversas formas de cálculo para el establecimiento de las tarifas.

a) Fijación de Tarifas de Acuerdo a las Normas del Mercado

La primera respuesta será decir que no se deben regular las tarifas y dejar que el mercado actúe, es decir, que las empresas y los consumidores libremente determinen el precio a pagar por el servicio prestado, dado que esta será siempre la forma más eficiente de determinar el valor del mismo.

31 BREYER, (n. 15), p. 32.

32 CONNELLY, (n. 10), p. 5; GÓMEZ-LOBO, Andrés y VARGAS, Miguel "La Regulación de las empresas sanitarias en Chile: una revisión del caso de EMOS y una propuesta de reforma regulatoria", en *Perspectivas*, Vol. 6 N° 1, p 13 y ss.; GALETOVIC, Alexander e INOSTROZA, Juan Ricardo, "Tarificación de la Transmisión Eléctrica: Por Que Licitar es (Mucho) mejor que Regular", en *Revista de Análisis Económico*, Vol 19 N° 1, pp. 78 y ss.; GALETOVIC (n. 9), p. 106.

33 BREYER, (n. 15), pp. 32-33.

34 BREYER, (n. 15), p. 33.

Sin embargo, nos encontramos con el problema de que estas empresas gozan de una posición monopólica o, a lo menos, de una posición dominante dentro del mercado, con lo cual, no existirá la necesaria competencia como para que exista un mercado y el precio será determinado por la empresa monopólica unilateralmente, traspasando, además, todas sus ineficiencias a los consumidores y aquéllas no tendrán ningún incentivo para eliminar éstas.

Con esto, tal fórmula tarifaria debería quedar descartada; sin embargo, como ya dijimos, la normativa vigente permite que se acuerden directamente los precios entre las empresas y los consumidores. Es más, si dentro de lo que se entiende por servicios públicos incorporamos otros, como gas y transporte público, nos daremos cuenta que para aquellos, ésta es la regla general, sin que exista por parte del Estado una regulación tarifaria.³⁵

Otro elemento a considerar para implementar esta solución a todo tipo de servicios públicos es la regulación de defensa de la competencia establecida en el decreto con fuerza de ley N° 1 del año 2004, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción que fijó el texto Refundido, Coordinado y Sistemático del decreto ley N° 211 de 1973. Su artículo 3° inciso 2° literales b) y c) disponen: *“Se considerarán, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia, los siguientes:*

b) La explotación abusiva por parte de una empresa, o conjunto de empresas que tengan un controlador común, de una posición do-

minante en el mercado, fijando precios de compra o venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.

c) Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante”.

De la norma transcrita se puede concluir que a cualquier empresa en situación de monopolio o posición dominante, se le prohíbe realizar una explotación abusiva de tal condición, pues, si así lo hiciese, vulneraría la norma antes transcrita, abriendo con ello la posibilidad para que los órganos de defensa de la competencia actúen. Tal es la regla general dentro del derecho nacional, que se aplica a todo tipo de empresas, sea ésta o no de servicio público.

Pensemos entonces, por un momento, que las empresas de servicios públicos que nos encontramos analizando puedan determinar sus tarifas libremente, sin ningún tipo de regulación para ello y sin la intervención de algún organismo regulador. En este caso tendrá dos posibilidades. La primera es que lo haga sin abusar de su posición, cobrando por el servicio un precio similar al que éste tendría en caso de existir competencia, en el caso de que se trate de un servicio prestado por una empresa monopólica, o si existe competencia, aplicando las reglas de la oferta y la demanda. En estas situaciones la tarifa a pagar por el servicio sería la eficiente, dado que correspondería al valor que los usuarios están dispuestos a pagar por él, con lo cual la empresa obtendría una

35 En el caso del transporte público, sin embargo, nos encontramos con que en el sistema licitado de transporte urbano de pasajeros de la Región Metropolitana los precios del servicio se encuentran fijados a partir de la licitación, en la cual cada proponente fijó una tarifa a cobrar por el servicio, que, de acuerdo a un modelo prefijado se va reajustando conforme varían los precios de ciertos insumos utilizados por los buses. En el caso del mercado del gas, en tanto, encontramos que si bien los precios pueden ser establecidos libremente por el prestador de los servicios, de acuerdo al artículo 31 del D.F.L. N° 323 de 1931, Ley de Servicios de Gas, si la Comisión Resolutiva creada por el decreto ley N° 211 del año 1973 (reemplazada por el Tribunal de Defensa de la Competencia) estima que los precios deben regularse, debe emitir una resolución en tal sentido con la que solicita al Ministerio de Economía que regule los precios del servicio, de acuerdo al mecanismo que para ello establece ese mismo cuerpo legal.

utilidad socialmente eficiente por la prestación del servicio.

La segunda posibilidad que se nos plantea es que la empresa haga abuso de su posición monopólica o dominante, imponiendo una tarifa excesivamente alta o excesivamente baja que no alcanza para cubrir los costos de producción. Lo primero podría suceder en el caso que el servicio público de que se trata sea un monopolio o, habiendo competencia, los competidores concertadamente así lo determinen. Lo segundo supondría la existencia de un mercado competitivo para la prestación del servicio, pero que haya un competidor con una posición dominante, que a través de la fórmula de precios excesivamente bajos intente eliminar a su competencia.

Obviamente ambas situaciones son indeseables y traen aparejada ineficiencias en la asignación de recursos, puesto que si las tarifas son excesivamente altas no todos los consumidores que estuviesen dispuestos a pagar un precio razonable por dicho servicio lo podrían hacer y, además, no existirían incentivos para las empresas dirigidos a ser más eficientes, dado que todas sus ineficiencias serían traspasadas vía tarifa a los usuarios, lo que significa que se causarían externalidades negativas. Por otra parte, con una tarifa excesivamente baja, si bien los consumidores se verían beneficiados, a largo plazo la solución es ineficiente, pues con ello desaparecería la competencia y la calidad del servicio se vería afectada por cuanto al estar infravalorado el servicio prestado, las empresas no podrían realizar las inversiones necesarias destinadas a mejorar el servicio.

Son, precisamente, estas situaciones ineficientes las que el Derecho de protección de la competencia apunta a solucionar. Las empresas de servicios públicos, por aplicación de las normas del artículo 3° antes transcritas, no pueden fijar ni un precio excesivamente alto ni bajo. Los primeros por cuanto significaría un abuso de su posición dominante; los segundos, por constituir una práctica predatoria,

ambas sancionables. Entonces, ante tales situaciones comenzarían a actuar los organismos encargados de la protección de la competencia, es decir, la Fiscalía Nacional económica podría iniciar el procedimiento respectivo, de acuerdo al artículo 39 del mismo cuerpo legal, a fin de que el Tribunal de Defensa de la Competencia se pronuncie, de acuerdo a sus competencias establecidas en el artículo 18 del mismo cuerpo legal. Si este último estimara en su fallo que las conductas antes descritas son abuso de posición dominante o prácticas predatorias, podrá arbitrar las medidas necesarias para corregir tales situaciones ineficientes, actuando como si se estuviese ante un mercado competitivo, rebajando las tarifas excesivamente altas y subiendo aquellas excesivamente bajas.

b) Fijación de Tarifas Efectuada Exclusivamente por el Ente Regulador

En el otro extremo nos encontramos con que la fijación de las tarifas puede ser realizada privativamente por el ente regulador del servicio público de que se trata. Normalmente, ésta es la fórmula de fijación de tarifas que se utiliza cuando es el propio Estado quien presta el servicio y, por lo general, trae como resultado que los órganos prestadores de los servicios no se autofinancien, incluso afectando las inversiones de renovación de la infraestructura existente. Se trata de la situación existente hasta inicios de la década del 80 en que los prestadores de servicios, como se expresó antes, eran empresas del Estado.

Esta solución presenta varios inconvenientes. Uno de ellos es que el ente regulador no solamente tendrá a la vista, al fijar las tarifas, elementos de tipo económico, sino que toda la carga política del gobierno de turno, buscando cumplir otros fines diferentes al de emular un mercado competitivo y, consecuentemente, lograr una eficiencia económica en la asignación de los recursos. Es así como, por ejemplo, a través de la fijación de tarifas, se

intentará realizar una redistribución de ingresos, estableciendo subsidios cruzados entre los consumidores de mayores y menores ingresos, o bien utilizar esta potestad para obtener dividendos políticos.

Otro fin que se puede buscar con este mecanismo es la equidad de los precios que se justifica en el “carácter preferente de los bienes o servicios cuyo precio estamos interesados en determinar”³⁶. Tal finalidad se puede oponer a un criterio de eficiencia en la determinación de las tarifas. María Ángeles García Valiña fundamenta la aplicación de un criterio de equidad para fijar tarifas en que, por una parte, cuando se utiliza un criterio recaudatorio exigente, es decir, uno destinado a maximizar la riqueza, se afecta a los usuarios de los servicios con menor nivel de renta y, por la otra, estos usuarios presentan una demanda más rígida de estos servicios, es decir aún cuando los precios suban, no reducirán su demanda por los mismos. Por esto señala “De ahí que sea preciso articular ciertos procedimientos o elementos para intentar garantizar cierto nivel de equidad (...)”³⁷. Agrega que estos mecanismos pueden consistir en establecer una tarifa por un consumo mínimo, es decir, que se cobra con independencia de si la cantidad consumida es inferior³⁸. Otro mecanismo es considerar la capacidad económica de los usuarios e incor-

porarlo como un factor a considerar en la fórmula tarifaria.

Lo que se busca a través de la incorporación del elemento equidad en la fijación tarifaria es el establecimiento de algún tipo de fórmula de redistribución de los ingresos, lo cual, obviamente, hará que la tarifa resultante sea ineficiente en términos económicos. Una mejor solución a los problemas de fijación de tarifas inequitativas –sin que diga relación con un mecanismo de fijación en particular– es un subsidio, pero no dentro de la tarifa sino que de manera externa, por el cual éste sea entregado a los usuarios que lo requieran pero que sea pagado directamente a las empresas prestadoras de los servicios.³⁹

La solución a los problemas que presenta una fijación de tarifas hecha unilateralmente por el ente regulados es, una regulación tarifaria de carácter técnico, lo que se traduce en una reducción de la discrecionalidad del órgano encargado de fijarlas, resultando con ello que sea más difícil caer en los vicios antes señalados. Conjuntamente con lo anterior, este órgano regulador debe ser de carácter técnico e independiente del gobierno de turno. De todas maneras, cabe hacer presente, que el criterio técnico puede llevar al establecimiento de tarifas que no correspondan a las que se hubiesen fijado en una situación de competencia

36 GARCÍA VALIÑAS, María Ángeles, “Eficiencia y Equidad en el Diseño de Precios Óptimos para Bienes y Servicios Públicos”, en *Hacienda Pública Española*, 168 (2004), p. 107.

37 GARCÍA VALIÑAS (n. 34) p. 108.

38 Reconoce, eso sí que este sistema es ineficiente por cuanto conlleva “fuertes distorsiones en las decisiones de consumo [...] se fuerza a los usuarios a consumir mayores cantidades de las deseadas”, es decir, los usuarios consumirán siempre a lo menos, el mínimo facturado. En GARCÍA VALIÑA, María Ángeles (n. 34) p. 108.

39 Estimamos que si bien es importante incorporar el elemento equidad dentro de un sistema de fijación tarifaria no es el ideal, por cuanto afecta a la eficiencia general del sistema. Sí debe ser considerada cuando se piensa en la naturaleza de estos servicios y que idealmente su cobertura debe ser lo más cercana posible al ciento por ciento de la población. Por este motivo, tomando en consideración los fines de eficiencia económica y equidad la mejor solución es la entrega de subsidios, por cuanto no distorsiona el sistema de fijación de tarifas y por otro, permite un mejor control y aplicación de los beneficios pues ellos, para ser entregados, necesariamente supondrán algún tipo de evaluación de quienes lo soliciten. En la actualidad esta es la solución aplicada para los servicios de agua potable y alcantarillado a través de la ley N° 18.778 que Establece Subsidio al Pago de Consumo de Agua Potable y Servicio de Alcantarillado de Aguas Servidas.

económica; es decir, que ellas sean o más altas o más bajas que las resultantes en una situación de competencia existiría.

Este efecto se producirá debido a que, como antes dijimos, establecer una regulación supone una demanda de la misma por parte de las empresas y los consumidores, quienes siempre tratarán de resultar favorecidos, más aún hablando de una regulación de esta naturaleza que incide directamente en la distribución de la riqueza. El resultado que se obtenga de tal negociación puede estimarse como positivo, dado que en este arbitrio, para fijar el mecanismo a través del cual el regulador determinará las tarifas, se producirá una verdadera negociación entre las empresas reguladas y los consumidores, de manera similar a si existiese un mercado competitivo, lo que supondrá que el resultado será similar a la solución de mercado.

Sin embargo, ello no necesariamente será así por cuanto no debemos olvidar la existencia del elemento político al interior de la fijación de la regulación, que llevará necesariamente a que uno de los dos grupos salga beneficiado. Así, obviamente, el resultado que se obtendría no sería eficiente en términos de mercado, por cuanto las distorsiones políticas que incorporaría al modelo de fijación tarifaria harían que ésta se desviara de la finalidad de alcanzar una eficiencia asignativa de los recursos.

También afecta a la eficiencia de esta forma de fijación tarifaria la asimetría de la información, ya que la información que maneja el ente regulador y la empresa regulada no es la misma, aun cuando aquella es proporcionada por esta última. Lo anterior se debe a que para la empresa regulada el hecho que las tarifas sean fijadas unilateralmente por el ente regulador es un incentivo negativo para entregar

información completa, puesto que siempre buscará obtener un mayor beneficio de la asignación de riqueza que se hace a través de las tarifas. Una forma de lograr esto es no entregar información completa, ocultando con ello las ineficiencias de la empresa con lo que se aumentará la tarifa que fije el regulador. A esto debemos agregar que la empresa conoce el mercado y cómo actúan los consumidores dentro de él, obteniendo la información de primera mano, cosa que desconoce, y que no puede suplir, el regulador.

Para Jorge Marshall Rivera⁴⁰, ésta es una de las debilidades fundamentales que el Estado tiene como mecanismo organizador de la vida económica, puesto que “el Estado no tiene acceso a la información privada sobre las preferencias de los consumidores y los costos de los productores. Segundo, los ciudadanos no conocen la información que tienen los individuos que operan dentro del Estado”.⁴¹

Marshall no reduce el problema únicamente a la asimetría de la información que se da entre el regulador y la empresa, relativa a los costos de esta última, sino que incorpora un elemento adicional, cual es que el regulador desconoce las preferencias de los consumidores, que sí conocen las empresas. Tal desconocimiento de las preferencias puede llevar a que la tarifa impuesta por el regulador genere incentivos negativos, en términos de eficiencia, para los consumidores, que lleve a éstos a dejar de consumir ese servicio o bien que aumente su consumo generando un déficit en su producción. Esta última opción obviamente está asociada a que la tarifa fijada sea muy baja, y llevará a que las empresas no puedan autofinanciarse ni realizar las inversiones necesarias para aumentar la oferta frente al exceso de demanda.

40 MARSHALL RIVERA, Jorge, “Orientaciones para la Acción Reguladora del Estado”, en *Estudios Públicos*, 71 (1998), pp. 191- 201.

41 MARSHALL RIVERA, (n. 38), pp. 194-195.

Concluyendo esta parte del trabajo, cabe señalar que un sistema de fijación tarifaria manejado únicamente por el ente regulador no parece ser eficiente, pues por una parte, siempre se incorporarán en la tarifa elementos que harán que ésta sea ineficiente, ya sea porque las propias empresas traspasarán sus ineficiencias a los consumidores, a raíz de la asimetría en la información, ya porque el propio regulador tomará en cuenta criterios no técnicos para su establecimiento. Así, el fin buscado con el establecimiento de una regulación tarifaria, que no es otro que emular una situación de un mercado competitivo, no se logrará, demostrando ello que una regulación tan extensa no representa la mejor solución desde la perspectiva económica.

c) Fijación de Tarifas a Través de Acciones Concertadas Entre el Regulador y la Empresa Regulada

Obviamente, esta tercera opción podría catalogarse de intermedia entre las dos anteriores, sin embargo, ella se encuentra más cercana al segundo modelo analizado, por las razones que se exponen a continuación.

A lo que nos referimos con una fijación tarifaria concertada entre el ente regulador y la empresa regulada es que ambos, a través de un procedimiento previamente establecido, participarán de la misma, tratando de acordar a partir de criterios técnicos, cual será la tarifa a cobrar.

Estimamos que esta es la forma más eficiente en términos económicos, pues con él se logra superar, en parte, el problema de la asimetría de la información, obteniendo como resultado que la tarifa se asimile más a aquella que existiría en un mercado competitivo.

Ambas partes participan en un símil de negociación, en que deberán aportar toda la información respecto del costo real que supone la prestación del servicio. Sin embargo, la información con que cuenta el regulador será proporcionada por la empresa; esta última deberá contar con los incentivos necesarios para que la información entregada sea fidedigna. Este es un punto de mucha discusión por el uso que se haga de la información e, incluso, se señala en contrario que muchas veces ello supondrá la entrega de información confidencial o estratégica. Este argumento es rebatido por Galetovic y Sanhueza expresando que “en la mayoría de los casos este argumento es insostenible, puesto que se trata de empresas que son reguladas precisamente porque no enfrentan competencia”.⁴²

Siguiendo a Galetovic y Sanhueza⁴³ puede plantearse que para que un sistema como éste funcione se deban cumplir con ciertos requisitos, a saber:

i) Equivalencia Técnica de las Partes. Esto es, que el ente regulador tenga un nivel técnico similar al de la empresa regulada. Lo anterior porque la regulación tarifaria supone un proceso continuo de recopilación de información, el cual, para que el resultado sea eficiente, necesariamente requerirá que la entrega de la información esté estandarizada para todas las empresas del sector. Conjuntamente con lo anterior, y como un modo de evitar distorsiones en la entrega de la información, será menester que el ente regulador cuente con facultades para realizar auditorías técnicas, a fin de verificar la información entregada;

ii) Limitación de la Discrecionalidad Administrativa⁴⁴. Esto es, acotar la discrecionalidad

42 GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, (n. 9), p. 112.

43 GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, (n. 9), pp. 110-117.

44 Cfr. BERMÚDEZ SOTO, Jorge, “El Control de la Discrecionalidad Administrativa”, en *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 17 (1996), pp. 275-284.

dad del ente regulador, obligándolo a explicitar cuáles fueron los motivos que lo llevaron a adoptar tal o cual decisión. Lo que se espera con esto es que dentro del procedimiento de fijación tarifaria las determinaciones que el regulador tome al respecto no sean políticas sino que técnicas, fundadas únicamente en un criterio de eficiencia económica. Consecuentemente será necesario que exista un mecanismo para impugnar las resoluciones del regulador al interior del procedimiento de fijación tarifaria;

iii) Jurisdicción y Arbitraje. Esto es, la existencia de mecanismos para zanjar controversias, puesto que puede suceder, y lo será así en variadas oportunidades, que la empresa regulada y regulador no se pongan de acuerdo, por lo que será necesario que un tercero imparcial dirima tal disputa. Eso sí, para que tal mecanismo funcione requiere que las propuestas de las partes sean razonables.

iv) Impugnabilidad. Como consecuencia de lo anterior y dado que en la fijación de la tarifa definitiva alguna de las partes no ha visto reflejadas ni satisfechas sus expectativas, es necesario que exista un mecanismo jurisdiccional especial y técnico que sea capaz de resolver la impugnación de la tarifa.⁴⁵

No hay una fórmula única para que haya acción concertada. De hecho, en nuestro propio sistema jurídico encontramos que para el sector eléctrico, el sanitario y el de las telecomunicaciones, se establecen tres mecanismos distintos, en los que participan ambas partes. Sin embargo estimamos que esta forma de fi-

jar tarifas es la que producirá los resultados más eficientes en términos de mercado, pues con ella, por una parte, se salvan los excesos a los que se llegan cuando las empresas no se encuentran reguladas y, por otra, se salvan las ineficiencias que se presentan cuando la fijación de las tarifas la realiza unilateralmente el ente regulador. Cabe hacer presente que, de todas maneras, este sistema mantiene el problema de la asimetría de la información, problema del cual los economistas se han preocupado en el último tiempo y que se soluciona únicamente a través del establecimiento de incentivos suficientemente fuertes para que las empresas reguladas entreguen información fidedigna acerca de sus costos y operaciones.⁴⁶

De todas formas, las fortalezas que presenta esta opción, estimamos, son superiores a dejar que la fijación de las tarifas la hagan directamente las empresas. Con un sistema de regulación concertada se logrará una situación mucho más eficiente en la asignación de los recursos, ya que los consumidores pagarán por el servicio en cuestión un valor similar al que tendría el mismo en una situación de competencia, por una parte, y, por la otra, las empresas obtendrán una rentabilidad similar a la que tendrían en condiciones de mercado, con el incentivo adicional que, en la medida que sean más eficientes en el uso de sus recursos, mejorarán sus utilidades, lo que supondrá mayor riqueza social. De la misma forma, al no traspasarse las ineficiencias desde las empresas a los consumidores y al reducirlas las primeras, con el transcurso de tiempo, las tarifas por los

45 Esto no lo plantea Galetovic y Sanhueza, pero estimamos necesario incluirlo pues ello completa el esquema que estamos planteando. Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Contencioso Administrativo en Materia Eléctrica: Naturaleza Jurisdiccional de las Funciones del "Panel de Expertos"*, en FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos (a cura di), *La Justicia Administrativa*, (Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2005), pp. 241-270. y VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho Eléctrico*, (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004), pp. 43-47.

46 Si bien hablamos de incentivos, estos generalmente tienen un carácter negativo, es decir, la entrega de información no fidedigna o incompleta se encuentra sancionada, siendo precisamente el temor a este resultado negativo el que motive a las empresas para que la entrega de la información sea lo más completa posible. Pensar en un sistema de incentivos como una retribución positiva es mucho más complejo pues, si bien en algunos ámbitos ello sucede, no es lo corriente que se premie a quien simplemente cumple con una norma positiva.

servicios se mantendrán más o menos estables e, incluso pueden llegar a reducirse, sin que ello signifique una pérdida en las utilidades para las empresas.

IV. LA FIJACIÓN TARIFARIA EN LA LEGISLACIÓN VIGENTE

Como hemos señalado previamente, en nuestro sistema jurídico no existe un modelo único de fijación tarifaria para los servicios públicos. Éstos se han ido estructurando de acuerdo a las condiciones particulares de cada uno de ellos, tomando en cuenta, si existe competencia o no respecto de la prestación del servicio. En la última parte de este trabajo se caracterizarán los modelos de regulación tarifaria utilizada para los servicios públicos sanitarios, de electricidad y de telefonía pública.

1. REGULACIÓN TARIFARIA DE LOS SERVICIOS SANITARIOS

De acuerdo a las posibilidades de fijación tarifaria antes expuestos podemos caracterizar al utilizado para estos servicios públicos como de acción concertada entre el ente regulador, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, y la empresa a regular. De acuerdo a las Normas del decreto con fuerza de ley N° 70 del año 1988 del Ministerio de Obras Públicas y al decreto supremo N° 453 del año 1989 del Ministerio de Obras Públicas que Aprueba el Reglamento del decreto con fuerza de ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que establece, la Fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado, antes citado, podemos decir que este procedimiento tiene como características el ser un procedimiento meramente técnico, con una mínima intervención de factores políticos, solamente en la etapa final de dictación del decreto tarifario correspondiente, y con las ventajas de no dejar solo al ente regulador, pues se trata

de un procedimiento público, y considerar un mecanismo también técnico para la resolución de las controversias.

En efecto, la regla general en esta materia es que las tarifas de todos los servicios de producción y distribución de agua potable, recolección y tratamiento de aguas servidas están regulados.

El decreto con fuerza de ley N° 70 del año 1988 y su reglamento establecen un sistema con varias etapas. La primera de ellas corresponde a la elaboración de las bases técnico-jurídicas, por parte de la Superintendencia de Servicios Sanitarios (artículos 8° del D.F.L. N° 70 y 3° de su Reglamento), a partir de las cuales se creará una empresa modelo que servirá para fijar la tarifa. Estas bases son públicas, se entregan a la empresa a regular y se ponen en conocimiento de los consumidores, a fin de que cualquier persona, además de la propia empresa, pueda hacer observaciones a las mismas. Luego de hechas estas observaciones, la Superintendencia reformula las bases, quedando como definitivas (artículo 4° del Reglamento).

Es a partir de estas bases que tanto la empresa como la Superintendencia elaboran su empresa modelo, realizando en torno a ella el estudio tarifario, con el cual proponen separadamente la tarifa a cobrar por el servicio prestado (artículos 8° y 10 del D.F.L. N° 70 y 6° del Reglamento). Supuestamente, por tratarse de un mismo modelo para ambos, el resultado a que lleguen debería ser el mismo. Sin embargo, si esto no sucede y no hay acuerdo entre la Superintendencia y la empresa, respecto de las posibles divergencias que se den, se contempla la intervención de una comisión de tres peritos, nombrados uno por cada parte y el tercero de común acuerdo. Esta comisión finalmente determinará cuál es la tarifa a cobrar por el servicio, estando ambas partes vinculadas con su determinación (artículos 10 del D.F.L. N° 70, 7° y 8° del Reglamento).

Finalmente, definidas que sean las tarifas a cobrar, ya sea a través de acuerdo directo

entre la Superintendencia y la empresa o bien por la comisión de peritos, ellas se fijan a través de un Decreto del Ministerio de Economía fomento y Reconstrucción (artículo 2° del D.F.L. N° 70).

En opinión de Galetovic y Sanhueza⁴⁷ este es el procedimiento “más transparente entre los servicios públicos”, opinión que, por lo demás, compartimos. Lo anterior lo fundamentamos en que, por una parte, no interviene solamente el ente regulador en su fijación, sino que también lo hace la empresa prestadora de los servicios contemplando la posibilidad de que además participen los consumidores. También, al ser de conocimiento público las bases con que se realiza los estudios y sus resultados, la Superintendencia queda sujeta a la revisión de la opinión pública, sin embargo es poco probable que una persona común y corriente pueda opinar respecto de tales bases, atendido el alto nivel técnico de ellas. Por último, contempla un mecanismo de resolución de controversias en la determinación de la tarifa a cobrar, cosa muy distinta a lo que sucede en los otros casos en que la posición del ente regulador es mucho más fuerte, pudiendo imponerse, sin mayor necesidad de justificación, por sobre la de la empresa.

Eso sí, presenta la debilidad que para la elaboración de las bases técnicas que la Superintendencia hace, la información es proporcionada por la propia empresa a regular, lo que obviamente supondrá una asimetría informativa, problema que, como señalamos, es muy difícil de solucionar.

A pesar de lo anterior, y como hemos dicho más arriba, es también el sistema que más se acerca a un resultado eficiente en tér-

minos de mercado. La elaboración de un estudio a partir de una empresa modelo asegura un marco objetivo en el cual se desarrolle ésta y la negociación que se da entre el ente regulador y la empresa regulada, en caso de existir divergencias en cuanto al resultado, es un símil de la negociación que se daría en una situación de mercado.

Este sistema además presenta ciertas excepciones contenidas en diversas normas legales:

i) Grandes consumidores⁴⁸ el decreto con fuerza de ley N° 382 del año 1988, del Ministerio de Obras Públicas, Ley General de Servicios Sanitarios contempla dos casos en que no existe regulación de precios: a) cuando el servicio de agua potable o alcantarillado no es prestado al gran consumidor por el propietario de las redes por las cuales se otorga el servicio, dicho propietario tiene derecho a recibir un pago por la utilización de ellas, el que es acordado por las partes (Art. 47 B N° 2); y, b) el artículo 47 F del mismo cuerpo legal dispone: *“Las tarifas de los contratos referidos en el artículo 47 D [contrato de prestación de servicio de agua potable o alcantarillado entre el concesionario de éstos y el usuario final gran consumidor] serán libres, no obstante, deberán ser informadas a la Superintendencia”*.

ii) Servicios prestados en condiciones especiales: el artículo 1° inciso 2° del D.F.L. N° 70 de 1988 del Ministerio de Obras Públicas, Ley de Tarifas de los Servicios Sanitarios: *“Sin embargo, no estarán sujetos a fijación de tarifas aquellos servicios prestados en condiciones especiales, señalados en las normas respectivas”*. Para evitar abusos de parte de las empresas, es la propia legislación la que define lo que debe

47 GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, (n. 9), p. 120.

48 De acuerdo al artículo 47 A inciso segundo del D.F.L. N° 382 del año 1988 del Ministerio de Obras Públicas, Ley General de Servicios Sanitarios se entiende por grandes consumidores *“al usuario que de acuerdo a la metodología que defina el Reglamento registre un consumo mensual promedio en el servicio correspondiente que se ubique dentro del 15% de los mayores consumos facturados por el respectivo prestador. Dicha calificación será permanente”*.

entenderse como servicios prestados en condiciones especiales en el artículo 2° del decreto supremo N° 453 del Ministerio de Obras Públicas que establece el reglamento para la fijación de tarifas de servicios de agua potable y alcantarillado: *“Para efecto de la aplicación del inciso segundo del artículo 1° del decreto con fuerza de ley N° 70 de 1988, [...] se considerarán como servicios prestados en condiciones especiales aquellos que se realicen por periodos discontinuos, y aquellos que requieran condiciones de calidad distintas a las condiciones generales del servicio, sin perjuicio de las normas de calidad establecidas en la normativa y reglamentación vigente”*. y iii) Servicios no obligatorios: el artículo 24 del D.F.L. N° 70 establece un segundo caso de excepción: *“Si el prestador desea dar servicios no obligatorios podrá convenir libremente con los interesados los pagos y compensaciones a que haya lugar”*. De acuerdo al ORD. N° 657/92 de la Superintendencia de Servicios Sanitarios estos servicios *“están referidos a otros servicios distintos de los de agua potable y alcantarillado, pero relacionados con aquéllos, como ser, por ejemplo, exámenes de calidad de agua, asesoría y asistencia técnica, arriendo de máquinas y equipos de la especialidad, arriendo de sondajes o pozos de agua no explotados”*.

Los dos primeros casos señalados son propiamente excepciones a la fijación tarifaria, pues se refieren propiamente a la prestación del servicio público sanitario, en cuanto que la tercera, se refiere servicios de diferente naturaleza. Lo que caracteriza a todos estos casos es que la empresa de servicios sanitarios negocia con el consumidor el precio del servicio a prestar, sin encontrarse ligada, en términos generales por la regulación tarifaria.

Debemos precisar, eso sí, que en el caso de un gran consumidor, si el servicio es prestado por una empresa diferente a la propietaria de las redes por la cual se presta el servicio, se debe utilizar como modelo para fijar la tarifa por su uso las normas del D.F.L. N° 70 y los

mecanismos para lograr acuerdos que las mismas normas señalan. Sin embargo, estimamos que de todas formas sigue siendo una excepción por cuanto en el cálculo del precio se permite la inclusión otros elementos, como lo son los costos a prorrata de la ampliación de las instalaciones, si ello fuere necesario, los costos por concepto de medición y control de las características físicas, químicas y bacteriológicas del agua a transportar y otros costos o compensaciones que se estimen relevantes. La determinación de qué costos se incorporarán supone obviamente una negociación entre las partes, lo cual demuestra la libertad contractual de que ellas gozan.

2. REGULACIÓN TARIFARIA DE LOS SERVICIOS ELÉCTRICOS

Este modelo de tarificación es de aquellos que hemos denominado de acción concertada, sin embargo, cabe precisar que su estructura es más cercana a la de una regulación unilateral por parte del ente regulador, pues, dentro del procedimiento que contempla la normativa vigente, siempre se favorece la posición de este último, aún cuando ella pueda ser errada y conducir a un resultado ineficiente.

En materia de tarificación de servicios eléctricos la regla general la fija el Decreto con fuerza de Ley N° 1 del año 1982 del Ministerio de Minería, Ley General de Servicios Eléctricos, en Materia de Energía Eléctrica. Este cuerpo legal toma una opción distinta a la utilizada en materia de servicios sanitarios, por cuanto el artículo 90 del mencionado cuerpo legal señala taxativamente cuáles son los servicios sometidos a regulación tarifaria. De acuerdo a dicha norma quedan sometidos a regulación tarifaria los siguientes servicios:

“1. Los suministros a usuarios finales cuya potencia conectada es inferior o igual a 2.000 kilowatts, ubicados en zonas de concesión de servicio público de distribución o que se co-

necten mediante líneas de su propiedad o de terceros a las instalaciones de distribución de la respectiva concesionaria;

2. Los suministros a usuarios finales de potencia conectada inferior o igual a 2.000 kilowatts, efectuados desde instalaciones de generación o transporte de una empresa eléctrica, en sistemas eléctricos de tamaño superior a 1.500 kilowatts en capacidad instalada de generación;

3. Los suministros que se efectúen a empresas eléctricas que no dispongan de generación propia, en la proporción en que estas últimas efectúen a su vez suministros sometidos a fijación de precios. Lo anterior cuando se trate de sistemas eléctricos de tamaño superior a 1.500 kilowatts en capacidad instalada de generación.

4. *Los servicios no consistentes en suministros de energía, prestados por las empresas sean o no concesionarias de servicio público que, mediante resolución de la Comisión Resolutiva, creada por el decreto ley N° 211, de 1973⁴⁹, dictada a solicitud de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles o de cualquier interesado, sean expresamente calificados como sujetos a fijación de precios, en consideración a que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria*.⁵⁰

Por su parte, el artículo 91 dispone que todos los servicios no comprendidos en el artículo anterior no se encuentran sometidos a regulación.⁵¹

Básicamente, no se somete a una regulación tarifaria todo lo relacionado con generación y transmisión eléctrica. De acuerdo a Eugenio Evans Espiñeira⁵² tal forma de regulación se estableció por cuanto existían condiciones para la existencia de competencia en estas áreas, no así en el ámbito de la distribución eléctrica, en la cual, señala, existen condiciones de monopolio natural. Así, se combina mercado con regulación tarifaria.

Además, Evans Espiñeira y también Vergara Blanco⁵³, siguiendo el esquema que la propia ley fija, clasifican a los clientes finales de distribución eléctrica en dos grupos, los de precios regulados y los de precios no regulados o libres. Evans Espiñeira caracteriza a estos últimos como aquellos que su "potencia conectada"⁵⁴ es superior a 2.000 kilowatts, y cuyos precios, por una razonable capacidad de negociación o capacidad de autogeneración, queda entregado a la voluntad de las partes⁵⁵, y Vergara Blanco, en el mismo sentido señala que "el legislador, considerando su tamaño, ha presumido que disponen de un poder de negociación suficiente para contratar con generadoras

49 Esta referencia actualmente debemos entenderla hecha al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

50 Artículo 90 del D.F.L. N° 1 del año 1982 del Ministerio de Minería.

51 "Artículo 91° Los suministros de energía eléctrica no indicados en el artículo 90° no estarán afectos a ninguna de las regulaciones que se establecen en este Título.

Las transferencias de energía entre empresas eléctricas, que posean medios de generación operados en sincronismo con un sistema eléctrico y que resulten de la aplicación de la coordinación de la operación a que se refiere el artículo 81°, serán valorizadas de acuerdo a los costos marginales instantáneos del sistema eléctrico. Estos costos serán calculados por el organismo de coordinación de la operación o centro de despacho económico de carga".

52 EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio, *Derecho Eléctrico*, (Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003), p. 221.

53 VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho Eléctrico*, (n. 43), p. 382.

54 De acuerdo al artículo 150 lit. l) del D.F.L. N° 1 potencia conectada es la "potencia máxima que es capaz de demandar un usuario final dada la capacidad del empalme".

55 EVANS ESPIÑEIRA, Eugenio, (n. 50), p. 222.

y distribuidoras. En consecuencia, la legislación eléctrica ha permitido que se les oferte y que ellos contraten energía eléctrica a precios libres”.⁵⁶

Evans Espiñeira, considera dentro de los clientes de precio libre a aquellos respecto de los cuales la prestación del servicio se encuentra sometida a alguna modalidad⁵⁷. Creemos que esto se fundamenta en que si la tarifa a cobrar por el servicio estuviese regulada sería poco atractiva para la empresa la prestación del mismo, pues sus gastos de operación se elevan por la aplicación de la modalidad e incluso no podría cubrirse con esta.⁵⁸

Quien fija las tarifas de distribución eléctrica es la Comisión Nacional de Energía, determinando lo que se denomina Valor Agregado de Distribución (artículo 106 del D.F.L. N° 1), que se determina a partir de los valores de reemplazo de los activos de las empresas, sus costos de operación y sus ventas. Para la determinación del valor agregado de distribución la Comisión y las empresas encargan, separadamente, un estudio a un tercero, quien lo elabora con información que las propias empresas proporcionan.

En caso que los estudios que la Comisión y las empresas encargaron arrojen resultados distintos, estos valores se promedian, pero

de todas formas tiene mayor valor el de la Comisión. Posteriormente se determina la rentabilidad de todas las empresas considerándolas como una sola; dicha rentabilidad debe estar entre un 6% y un 14%. Si ésta varía la tarifa debe reajustarse.

Se trata, en definitiva de un modelo de tarificación por incentivos, puesto que se mantiene fijo por un período más o menos prolongado de tiempo y representa un fuerte incentivo para que éstas sean eficientes⁵⁹, puesto que en la medida que ello sea así, las empresas podrán aumentar su rentabilidad sin que se modifiquen las tarifas. La idea, en términos sencillos es lograr una maximización de la eficiencia de las empresas, asegurando la calidad en que se entrega el servicio, dado que en la medida que las empresas sean eficientes éstas bajaran sus costos de producción y en el siguiente proceso de fijación tarifaria los valores a cobrar pueden ser menores. No obstante, este sistema puede generar incentivos inversos, dado que asegura una rentabilidad mínima a las empresas, las que sin corregir sus ineficiencias igualmente obtendrán utilidades.

Entre las deficiencias que este modelo de tarificación presenta, una de las más importantes es que se pasa por alto la existencia de

56 VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho Eléctrico*, (n. 43), p. 382.

57 La libertad tarifaria para este tipo de servicios se encuentra regulada en el inciso final del artículo 90, que dispone:

“No obstante, los suministros a que se refieren los números 1 y 2 anteriores podrán ser contratados a precios libres cuando ocurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se trate de servicio por menos de doce meses;

b) Cuando se trate de calidades especiales de servicio a que se refiere el inciso segundo del artículo 79°;

c) Cuando el momento de carga del cliente respecto de la subestación de distribución primaria sea superior a 20 megawatts-kilómetro”.

58 Evans Espiñeira no es claro para señalar los fundamentos que tendría esta excepción a la regulación tarifaria. Proponemos esta fundamentación basados en el propio texto de la ley antes transcrito. Obviamente los dos últimos casos se permite libertad tarifaria por razones asociadas a costos de producción, en tanto que el primero tiene un fundamento netamente comercial, pues si las tarifas también se encontraran reguladas para estos servicios, para las empresas no sería un buen negocio prestarlos.

59 GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, (n. 9), p. 129.

información asimétrica⁶⁰ entre las empresas y el ente regulador, que, sumado a que se trata de un modelo de tarificación por incentivos, hace que muchas de las ineficiencias que las empresas presentan sean traspasadas a los consumidores, generándose externalidades negativas para los consumidores.

La creación del Panel de Expertos, a través de la ley N° 19.940 establece una instancia de solución de controversias en diversos temas, incluido el de la fijación de tarifas. Este órgano, viene en solucionar el problema de la parcialidad que se presentaba en este ámbito, pues, una de las críticas que se hace a este sistema era que la opinión de la Comisión Nacional de Energía tenía una mayor ponderación y muchas veces incurría en supuestos arbitrarios.

3. REGULACIÓN TARIFARIA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS TELEFÓNICOS

Este es el sector más liberal de los tres en análisis. Aquí nos encontramos con un mercado competitivo en que las tarifas son fijadas unilateralmente por las empresas prestadoras del servicio de acuerdo a las reglas del mercado, y sólo cuando hay una posición dominante de alguna de ellas y únicamente dentro del mercado de la telefonía fija, se puede proceder a aplicar la regulación tarifaria. Dado este supuesto, pasamos al otro extremo, ya que la fijación tarifaria es hecha exclusivamente por el ente regulador, que conlleva todos los problemas que este tipo de regulación supone.

La regla aplicable para las tarifas es el artículo 29 de la ley N° 18.168 que dispone:

“Los precios o tarifas de los servicios públicos de telecomunicaciones y de los servicios intermedios que contraten entre sí las dis-

tintas empresas, entidades o personas que intervengan en su prestación, serán libremente establecidos por los proveedores del servicio respectivo sin perjuicio de los acuerdos que puedan convenirse entre éstos y los usuarios.

No obstante si en el caso de servicios públicos telefónico local y de larga distancia nacional e internacional, excluida la telefonía móvil y en el de servicios de conmutación y/o transmisión de señales provistas como servicio intermedio o bien como circuitos privados, existiere una calificación expresa por parte de la Comisión Resolutiva⁶¹, creada por el decreto ley N° 211 de 1973, en cuanto a qué las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, los precios o tarifas del servicio calificado serán fijados de acuerdo a las bases y procedimientos que se indican en este título. En todo caso, si las condiciones se modificaren y existiere un pronunciamiento en tal sentido por parte de dicha Comisión Resolutiva, el servicio dejará de estar afecto a la fijación de tarifas”.

La regla general en materia de servicios públicos telefónicos es la libertad para que las empresas fijen o acuerden con los consumidores las tarifas a cobrar por el servicio prestado y solamente de manera excepcional se procede a la fijación de tarifas por parte del ente regulador. Ello es así por cuanto para algunos de estos servicios (telefonía móvil, por ejemplo) existe un mercado competitivo en que la determinación del valor del servicio es fijado por el mercado y, en otros casos (como transmisión de datos), los consumidores tienen un tamaño lo suficientemente grande como para negociar el valor del servicio prestado.

Este reconocimiento de la existencia de un mercado no se extiende solamente a los ámbitos antes señalados sino que alcanza a to-

60 Cfr. GALETOVIC, Alexander y SANHUEZA, Ricardo, (n. 9), p. 129.

61 Esta referencia debemos entenderla hecha al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia.

dos los servicios públicos telefónicos. Lo que sucede es que en el caso de los servicios públicos telefónicos local y de larga distancia, nacional e internacional, y de servicios de conmutación y/o transmisión de señales existe la posibilidad de regulación tarifaria, cumplido el requisito que el inciso segundo del artículo 29, antes transcrito señala, el cual no es otro que un pronunciamiento del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, en el sentido de calificar expresamente que las condiciones existentes en el mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria. En otras palabras, lo que se busca con la fijación de tarifas en este ámbito es la mantención y promoción de la competencia al interior del mercado de las telecomunicaciones.

Las amenazas a la existencia de una libertad tarifaria –que también puede ser considerada como una amenaza a la existencia de la competencia– pueden provenir de actuaciones de uno o más actores al interior del mercado, con lo que podrán calificarse como abusos de posición dominante o acciones concertadas, respectivamente.

Cuando el Tribunal de la Libre Competencia realiza la mencionada calificación y determina que se debe proceder a la fijación de tarifas, quien las regula es el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones en conjunto con el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción (artículo 30 de la ley N° 18.168).

Con este objeto la propia empresa que será regulada debe proponer las bases a partir de las cuales se harán los estudios para la fijación tarifaria, las que deben ser aprobadas por la Subsecretaría de Telecomunicaciones (artículo 30 I).

Si no son objetadas las bases, la empresa realiza el estudio tarifario, respecto del cual los reguladores deben pronunciarse. Tales objeciones serán resueltas por una comisión pericial. Con este pronunciamiento, será la Subsecretaría de Telecomunicaciones quien

resuelva cuáles serán las bases a aplicar en el estudio (artículo 30 I).

Realizado el estudio, si existe disconformidad con los resultados que él arroja, los entes reguladores pueden hacer observaciones y solicitar a la empresa que realice ciertas correcciones al mismo. En todo caso, si las observaciones persisten, se contempla que una comisión de peritos se pronuncie respecto del estudio, pero dicho pronunciamiento no tiene un carácter vinculante para el regulador, quien de todas formas, aun cuando esté equivocado, puede fijar la tarifa que estime pertinente, sin tener en consideración la eficiencia de la tarifa fijada (artículo 30 J).

Se trata, en síntesis, de un sistema dual para fijar tarifas, pues por una parte se permite su determinación de acuerdo a las reglas de mercado y solamente se interviene en el mismo cuando la libertad tarifaria se pueda ver afectada. La existencia de libertad para establecer las tarifas será siempre eficiente, al producirse negociación entre los consumidores y las empresas de servicios, pues los primeros son quienes mejor conocen sus gustos y preferencias y cuánto están dispuestos a pagar por el servicio, en tanto que los segundos saben cuáles son los costos de la prestación del mismo.

Sí nos merece críticas el modelo utilizado en los casos en que se procede a fijar las tarifas por parte del ente regulador. El procedimiento presenta, como en los otros casos, el problema de la asimetría en la información, sin contemplar mecanismos ni incentivos para la entrega de información fidedigna. Además se trata de un mecanismo en donde se privilegia el secreto, sin que las resoluciones que toma el ente regulador queden sujetas a la revisión pública y se entregan una serie de atribuciones discrecionales al regulador.

Esto último representa el mayor problema del modelo, pues quien regula no es un estamento técnico sino que un ente político subordinado al gobierno de turno, que siempre tendrá en cuenta este elemento al momen-

to de fijar las tarifas, lo que conjugado con la discrecionalidad en su actuar hace que obtener como resultado una tarifa ineficiente no sea poco probable. Así representa la forma más deficiente para determinar una tarifa, con problemas de transparencia y falta de mecanismos de solución de controversias destinados a mitigar la arbitrariedad con que el ente regulador pueda actuar.

Finalmente, si bien se contempla la existencia de comisiones periciales, sus pronunciamientos no son vinculantes para la autoridad y solamente son un antecedente más a tener en cuenta por el ente regulador al momento de tomar su decisión, lo que afecta gravemente a la finalidad de eficiencia que un sistema de regulación tarifaria debe tener.

V. CONCLUSIONES

1. No existe un mecanismo único para determinar la tarifa a cobrar por la prestación de un servicio público. Al contrario, existen una serie de posibilidades que van desde la aplicación de las reglas del mercado hasta una regulación unilateral por parte del Estado.
2. El objetivo de todo mecanismo de regulación tarifaria debe ser la eficiencia económica, no siendo bueno incorporar dentro de ésta otras finalidades distintas, por cuanto ellas

siempre conllevarán una mala asignación de los recursos. No obstante, la existencia de un sistema de subsidios, anexo a la regulación tarifaria, cumple los fines de equidad sin afectar la eficiencia del sistema.

3. El principal problema de todo modelo de regulación tarifaria es la asimetría en la información, problema aún insoluble completamente. Para esto, se deben considerar incentivos destinados a que la entrega de información sea lo más completa posible por parte de las empresas prestadoras de servicios, pues con ello se reducen las posibilidades que estas traspassen sus ineficiencias a los consumidores.

4. El mejor mecanismo para una regulación tarifaria de los vigentes en Chile es el del sector sanitario, dado que presenta el mayor grado de transparencia respecto de los demás y por ser una decisión eminentemente técnica. Por este motivo, creemos que el resto de las regulaciones de los servicios públicos debiera modificarse a fin de aplicar este mismo sistema.

5. Eso sí, no debemos desconocer que siempre la mayor eficiencia asignativa se logrará a través del mercado, por lo que es posible pensar en una liberalización de estos servicios dejando, como en el caso de las telecomunicaciones, únicamente la regulación tarifaria para aquellos casos en que no existen las condiciones para la libertad tarifaria.

