



INTER-AMERICAN DEVELOPMENT BANK
SUSTAINABLE DEVELOPMENT DEPARTMENT
OFFICE IN EUROPE



**ORGANISATION FOR ECONOMIC
CO-OPERATION AND DEVELOPMENT**
COMPETITION DIVISION

FORO LATINOAMERICANO DE COMPETENCIA CUARTA ANUAL REUNIÓN

-- SESIÓN I --

RELACIONES ENTRE ORGANISMOS DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA Y AGENCIAS REGULADORAS SECTORIALES

-- CHILE --

Jaime Esponda
Jefe de División Legal
Fiscalía Nacional Económica

I.- ASPECTOS GENERALES.

Se puede afirmar que, como resultado del proceso de privatización y desregulación de hace dos décadas, en Chile, la regulación aplicada a empresas estratégicas, particularmente monopolios naturales que suponen la existencia de redes interconectadas (energías, telecomunicaciones, mercado sanitario) que hasta entonces se encontraban bajo control estatal, ha consistido en aplicar la normativa emanada de la autoridad pública, con el objeto de que el comportamiento de dichas empresas –y de los mercados de que forman parte- se ajuste a determinados principios, con la finalidad principal de garantizar un suministro eficiente y, también, que dicho comportamiento sea asimilable a uno propio de un proceso competitivo.

Desde su inicio, pues, la regulación y la defensa de la libre competencia han confluído en la materialización de políticas públicas complementarias y concordantes; lo cual, por cierto,

no excluye el riesgo siempre presente de que una equivocada orientación de las políticas regulatorias, pueda conducir a restricciones de la competencia.

En tal sentido, para garantizar aquella complementariedad entre políticas de competencia y de regulación, y evitar el peligro señalado en el párrafo precedente, ha sido importante, en Chile, la ampliación progresiva de la participación de las agencias antimonopolio en la regulación de los servicios de utilidad pública, como aspecto determinante en la evolución de las normativas sectoriales de regulación, en particular a la hora de enfrentar problemas particulares que indican la necesidad de perfeccionar tales normativas, o su aplicación.

Esta participación creciente de los organismos de defensa de la competencia dice relación, de algún modo, con la circunstancia de que la institucionalidad regulatoria nació con (o le fueron atribuidas) ciertas características de debilidad, en relación con su función pro competitiva. De tal modo, sus funciones eran, predominantemente, de carácter técnico. Así ocurrió con la Superintendencia de Electricidad y Combustible, creada en 1985; a ella se agregan la Subsecretaría de Telecomunicaciones, cuyo rol se orientó a la formulación de políticas públicas, la regulación técnica y de promoción de privatizaciones; la Comisión Nacional de Energía, limitada a la formulación de políticas sectoriales; y la Superintendencia de Servicios Sanitarios, que cumple ciertas funciones económicas, en particular las de tarifación.

Aquella debilidad de origen, que se fue superando con el tiempo, influyó en que los órganos antimonopolio participasen - mediante sus fallos de carácter contencioso, y recomendaciones a la autoridad administrativa- en la determinación del ámbito de atribuciones de las agencias reguladoras, y del alcance de las mismas. Más aun, en determinados casos, los órganos de defensa de la competencia han actuado en las decisiones finales atinentes a la regulación, como son las de carácter tarifario.

Mientras la acción de las agencias reguladoras ha estado orientada, naturalmente, a la mejor eficiencia del sector específico de que se trate, en beneficio tanto de los intereses de usuarios y consumidores cuanto de las empresas, la acción de los organismos antimonopolio se ha dirigido, por mandato de la ley, a velar por el interés general de la colectividad en el orden económico. De allí la importancia del carácter jurisdiccional de

estos órganos y de que sus resoluciones tengan, por tanto, imperio, cuando surgen conflictos entre los intereses de un sector determinado y el interés general.

En todo caso, la experiencia permite afirmar que ha existido una positiva actuación de los órganos de defensa de la competencia y de los reguladores sectoriales, en términos de cautelar, por la vía de la simulación objetiva, la libre competencia en los mercados regulados.

Debe agregarse que, en virtud de las reformas legislativas promulgadas bajo el gobierno del Presidente Ricardo Lagos – en particular la creación del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia- se ha consolidado la diferencia entre los órganos reguladores sectoriales y los organismos de defensa de la competencia, en cuanto se refiere a la independencia, de unos y otros, respecto del poder político. Si bien las agencias reguladoras pueden contar con autonomía de gestión y operación, en la práctica su accionar está subordinado a la opinión del poder Ejecutivo, pues forman parte del mismo. En cambio, el órgano jurisdiccional de defensa de la competencia es absolutamente independiente y autónomo del Ejecutivo.

II.- PARTICIPACION DE LOS ORGANOS ANTIMONOPOLIO EN LA REGULACION.

La participación de los órganos de defensa de la competencia chilenos en la regulación de los servicios públicos ha sido muy fecunda y se ha manifestado:

a) en el proceso de estructuración de los sectores regulados, es decir, al momento de la privatización o de cambios estructurales posteriores, mediante su aporte sustantivo a la legislación regulatoria sectorial. Pese a las naturales resistencias basadas en el interés por un rápido logro de resultados financieros, y a la inexistencia de una norma expresa que disponga la participación de estos organismos en la elaboración de los marcos jurídicos de regulación sectorial, salvo su facultad para sugerir cambios legislativos al Ejecutivo, su opinión se estimó autorizada y necesaria, por cuanto, tratándose de monopolios, se hacía necesario garantizar el marco más adecuado de réplica a un mercado competitivo,

La participación de los organismos antimonopolio en el perfeccionamiento de la legislación particular de los servicios de utilidad pública ha revestido la característica de una colaboración con las respectivas agencias regulatorias sectoriales. La actuación que de mejor forma manifiesta el fundamental papel que le ha cabido a aquellos órganos en la estructuración de la institucionalidad reguladora sectorial, es la facultad legal -ayer de la Comisión Resolutiva y hoy del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia- para proponer al Ejecutivo la modificación o derogación de preceptos legales o reglamentarios que estime contrarios a la libre competencia,

Además, la propia regulación, paulatinamente, fue incorporando la intervención de los organismos antimonopolio, incluso, en situaciones en que la legislación sectorial entrega a las agencias regulatorias la misión velar por la libre competencia en el sector.

b) en la determinación del ámbito de facultades y los alcances de las atribuciones de las agencias reguladoras sectoriales, ya por vía jurisprudencial o administrativa. No está demás señalar que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede conocer de actuaciones de la autoridad que infrinjan o puedan infringir las normas que protegen la competencia, aun cuando hayan sido realizadas en el marco de sus atribuciones legales.

c) en la revisión, desde la perspectiva de la libre competencia, de decisiones importantes adoptadas por las agencias de regulación sectorial. Ello se ha traducido en dictámenes, resoluciones y sentencias, dictadas en ejercicio de sus facultades, por los organismos antimonopolio. Así, por ejemplo, éstos organismos han incursionado en temas relacionados con la estructura de propiedad de las empresas suministradoras de servicios de utilidad pública, aconsejando no solamente la separación de la propiedad al interior de los segmentos regulados, sino también la división de la propiedad de dichos segmentos, respecto de la de los no regulados, a fin de evitar que una empresa dominante en un mercado, controle también el otro.

d) en resoluciones propiamente regulatorias, especialmente, en algunos casos, recaídas en materias tarifarias. Si bien la legislación establece los procedimientos administrativos a que deben someterse los procesos tarifarios de cada uno de los sectores de servicios básicos regulados (telecomunicaciones, sanitario y eléctrico), los organismos de defensa de la

competencia han intervenido en los criterios metodológicos a utilizar, para el cálculo de las fórmulas tarifarias, particularmente, en el sector telecomunicaciones.

III.- REGULACIÓN SECTORIAL EN CHILE: CASOS CONCRETOS.

a). Telecomunicaciones: Es este un caso emblemático respecto al aporte de los órganos de defensa de la competencia a la regulación de servicios de utilidad pública. La ex Comisión Resolutiva influyó en la regulación de las telecomunicaciones, mediante resoluciones que ordenaban la competencia, y en los procesos tarifarios del sector. La apertura del mercado de telefonía de larga distancia, que se estableció mediante una reforma de la Ley General de Telecomunicaciones, en 1994, tuvo su origen en la Resolución N° 389, de 1993, de la ex Comisión Resolutiva. Conociendo de la solicitud de CTC, empresa absolutamente dominante en telefonía local, para que se le permitiera participar del mercado de telefonía de larga distancia, dispuso como requisito para que pudiese hacerlo, la creación de una empresa filial o coligada, constituida como sociedad anónima abierta, perfectamente diferenciada de su matriz, de modo que fuese fácil identificar, entre otros aspectos, los costos de transferencia. Además, el cargo de acceso a la empresa local, no podía discriminar entre los portadores, debía ser fijado por la autoridad y reflejar los costos directos, eliminando toda forma de subsidio desde larga distancia a las telecomunicaciones locales. Periódicamente, la firma dominante ha consultado a los organismos antimonopolio, si existen las condiciones para establecer libremente el precio de sus servicios. Pero dichos organismos no sólo han emitido dictámenes sobre la inexistencia de tales condiciones, sino que, además, han establecido algunas reglas para promover mayor competencia en el mercado.

b). Mercado eléctrico. En el caso del sector eléctrico la ex Comisión Resolutiva, mediante la Resolución N° 531, de 28 de octubre de 1998, en ejercicio de sus atribuciones legales, solicitó el patrocinio del Supremo Gobierno para facultar legalmente a la autoridad sectorial, cada vez que el órgano antimonopolio declarase que las condiciones del mercado no son suficientes para garantizar un régimen de libertad tarifaria, para fijar los precios o tarifas de los servicios relacionados con el suministro de energía eléctrica. También, la ex Comisión Resolutiva estableció reglas generales y particulares destinadas a

que las compañías de distribución hiciesen una licitación y comprasen sus provisiones bajo términos objetivos y no discriminatorios. Mediante esta regulación, la ex Comisión Resolutiva promovió la competencia, considerando que, si bien, en Chile, el mercado de la generación eléctrica es potencialmente competitivo, el de la distribución no lo es. Adicionalmente, el órgano antimonopolio resolvió que los precios de algunos servicios complementarios ofrecidos por las compañías de distribución eléctrica fuesen fijados por la autoridad sectorial, debido a que no existían garantías de competencia.

c). Mercado sanitario: Tanto en el otorgamiento de concesiones de los servicios de agua potable y alcantarillado, con motivo de la privatización del sector, cuanto en la tarifación de los mismos, cupo un papel preponderante a los órganos de defensa de la competencia.

d). Mercado del gas. La Ley de Servicios de Gas establece que el organismo antimonopolio podrá solicitar al Ejecutivo la fijación de las tarifas del suministro de gas y servicios afines, en determinadas zonas de concesión de servicio.

IV.- DESAFIOS.

La relación entre agencias reguladoras y órganos de defensa de la competencia se puede ver afectada por la carencia de una visión compartida sobre el rol que cumplen unas y otros.

También, puede ocasionar problemas la circunstancia de que algunas agencias reguladoras sectoriales, de acuerdo a la ley, puedan intervenir en temas propios de la libre competencia, compartiendo con el órgano antimonopolio, incluso, la posibilidad legal de aplicar sanciones contra las empresas, fundadas en una conducta de carácter anticompetitivo (como ocurre, puntualmente, en el sector telecomunicaciones).

Del mismo modo, hay que hacerse cargo de que la circunstancia de que las agencias antimonopolio hayan visto ampliado su ámbito de acción, desde la sola defensa de la competencia en mercados desregulados, hacia su crucial participación en la regulación de los servicios públicos, puede incluir la revisión de decisiones importantes adoptadas por las agencias de regulación sectorial.

El hecho de que las fronteras entre regulación y defensa de la competencia puedan tornarse menos nítidas y más permeables no significa que estas fronteras hayan desaparecido. A lo menos en términos genéricos o teóricos, aunque los organismos de la competencia son, en gran medida, también, reguladores, su función en este aspecto es muy especial, porque recae esencialmente sobre determinadas conductas potencialmente nocivas de los agentes económicos, en particular aquellas que llevan a limitar o restringir la entrada de nuevos actores, y los actos de concentración, para evitar que se produzcan distorsiones que restrinjan la competencia en los mercados.

Por su parte, para que los órganos reguladores sectoriales puedan cumplir determinados cometidos asignados por la ley, han de estar dotados de ciertas facultades exclusivas, por ejemplo, la regulación técnica del respectivo sector, el establecimiento de normas relacionadas con los derechos de los consumidores o usuarios del respectivo servicio, la fiscalización del cumplimiento de las normas técnicas y de los estándares de calidad que deben ser aplicados a los respectivos sectores, la resolución de conflictos entre los agentes privados que participan en el respectivo sector, la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones contractuales con los usuarios o consumidores y la aplicación de sanciones por el incumplimiento de estas normas, estándares y obligaciones. En consecuencia, debe entenderse que los instrumentos de que están dotados estos entes, para cumplir esas funciones, no son los propios de un tribunal sino más bien de carácter administrativo.

En este contexto, se da una estrecha relación entre las normas y agencias de regulación sectorial y las de cautela de la libre competencia. Las primeras son necesarias para estructurar los diversos sectores de servicios, en el marco de la mayor liberalización del conjunto de la economía, con el objeto, como señalábamos, de producir una mayor eficiencia que, en definitiva, debiera favorecer al consumidor. Pero también, las normas y los organismos de cautela de la libre competencia resultan imprescindibles, porque naturalmente el comportamiento cotidiano de las empresas puede poner en peligro el adecuado funcionamiento del mercado, mediante conductas anticompetitivas o monopólicas, aún en caso de que estén reguladas.

Lo más importante es asegurar la consistencia de las responsabilidades y las atribuciones de las agencias reguladoras, con las de los órganos de defensa de la competencia. Lograrlo permite, aparte de reducir costos de coordinación y eliminar la superposición de facultades, generar confianza en los agentes económicos, los cuales estarán en condiciones de conocer cuales son los criterios y políticas públicas, en materia de regulación económica, es decir, otorgar seguridad jurídica, concepto no siempre compatible con el objeto de la regulación y la competencia en el mercado, ente esencialmente dinámico y cambiante.

La idea matriz es que las normas y los organismos de la competencia, no eliminan ni reemplazan a las normas y organismos de regulación sectoriales, ni viceversa, sino que se complementan. Aunque la innovación en la institucionalidad de la regulación sectorial, ha de estar inspirada en la creación de lazos de cooperación entre las agencias encargadas de los servicios de utilidad pública y los órganos antimonopolio, en la práctica, además de difícil, parece inconveniente la integración de ambos, debido a que estos mercados – el de las telecomunicaciones, por ejemplo- exhiben un acelerado desarrollo tecnológico, son muy complejos y revisten aspectos técnicos que los organismos de la competencia no están en condiciones de abordar.

En el nuevo escenario, determinado por los profundos cambios en la estructura económica, que dieron paso a la participación privada en casi todos los sectores productivos y a la inserción de Chile en la economía global, junto con la aparición de nuevas estructuras empresariales derivadas, principalmente, de la creciente ola mundial de fusiones y alianzas, ya no es viable descansar en organismos débilmente constituidos.

Santiago, junio de 2006.