

Control de precios de transferencia en la industria de agua potable y alcantarillado

Michael Hantke Domas



Este documento fue preparado por el consultor Michael Hantke Domas, bajo la coordinación de Andrei Jouravlev, Oficial para asuntos económicos de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), con colaboración de Caridad Canales, funcionaria de la misma división, en el marco del proyecto "Sustentabilidad e igualdad de oportunidades en globalización. Componente 1, Tema 4: Construyendo compromiso, eficiencia y equidad para servicios sustentables de agua potable y saneamiento en América Latina y el Caribe" (GER 08/004), ejecutado por la CEPAL en conjunto con la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ).

El autor agradece los aportes y comentarios de Fabián Abadie, Cristián Arellano, Emilio Lentini, José Rodríguez y Scott Hempling.

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Índice

Resumen.....	5
I. Introducción.....	7
II. Revelando el verdadero costo: el problema de los precios de transferencia	11
A. Visión económica de los precios de transferencia	12
B. Visión tributaria de los precios de transferencia.....	12
C. Visión regulatoria de los precios de transferencia.....	14
1. Eficiencia económica de los monopolios.....	15
2. Las relaciones entre empresas	16
3. Conductas.....	18
4. Mecanismos de control.....	20
III. El caso chileno: análisis de casos y propuestas.....	21
A. La empresa modelo y los precios de transferencia: ¿son relevantes?	24
B. La protección de la competencia.....	28
C. Comparación con los mecanismos de control y estructura legal.....	32
IV. Recomendaciones.....	37
Bibliografía	43
Anexos	47
Anexo 1: Taller sobre Control de Precios de Transferencia en la Industria de Agua Potable y Alcantarillado	48
Anexo 2 Programa del taller.....	49
Anexo 3 Resultados de la evaluación del taller	50
Anexo 4 Resumen de la presentación de Andrei Jouravlev	51
Anexo 5 Resumen de palabras de apertura de Patricio Rozas	55
Anexo 6 Resumen de la presentación de Magaly Espinosa.....	56
Anexo 7 Resumen de la presentación de Emilio Lentini.....	58
Anexo 8 Resumen de la presentación de Fabián Abadie	59
Anexo 9 Resumen de la presentación de Scott Hempling.....	60
Anexo 10 Resumen de la presentación de Miguel Solanes.....	65

Índice de gráficos

Gráfico 1	Transferencias que podrían atentar contra la eficiencia	14
Gráfico 2	Distribución de costos y precios de transferencia	17

Índice de recuadros

Recuadro 1	El principio de precios de mercado (“arm’s-length principle”)	13
Recuadro 2	Conductas que podrían implicar la existencia de partes relacionadas	19
Recuadro 3	Definición de grupo empresarial	23
Recuadro 4	Auditoría a procesos de licitación realizados por empresas sanitarias.....	24
Recuadro 5	Definición de operación con empresas relacionadas	33
Recuadro 6	Lineamientos de la OCDE para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas.....	39

Resumen

El objetivo de este informe es sistematizar e identificar: i) los problemas típicos que se presentan en compras y contrataciones entre empresas reguladas y sus relacionadas a través del mismo grupo empresarial, con énfasis en el sector de agua potable y alcantarillado; y, ii) el estado del arte en herramientas y medidas regulatorias para enfrentar esta problemática. Además, el estudio analiza el marco regulatorio chileno desde el punto de vista de su suficiencia para lidiar con los problemas identificados y propone estrategias de su perfeccionamiento.

I. Introducción

La regulación económica de empresas monopólicas es una labor compleja, pues persigue determinar el precio que ellas deberían cobrar por sus servicios en un mercado competitivo, cuando éste no existe. Aquel cobro refleja las condiciones eficientes de su provisión y, al mismo tiempo, permite financiar al monopolista. De tal modo, la labor de los organismos reguladores es encontrar el justo balance entre, por una parte, exigir a aquellas empresas eficiencia y transferirla a usuarios, y por la otra, respetar su viabilidad financiera.

Dentro del objetivo general de la regulación económica, se encuentra implícita la idea de que el precio sólo debe remunerar al monopolista por sus servicios prestados. Visto de otra manera, sus ingresos deben cubrir el costo del servicio (Viscusi, Vernon y Harrington, 2000). Estos principios abstractos han sido aplicados, por ejemplo por la Corte Suprema de los EE.UU., en el sentido de que los precios cobrados por empresas reguladas deben ser justos y razonables, y con el solo propósito de retribuir los servicios prestados (Hantke Domas, 2007).

Las empresas monopólicas, así como toda otra compañía, buscarán maximizar el retorno sobre sus inversiones. La vía más evidente, y esperada por la literatura económica, es que el monopolista reduzca sus costos a los indispensables, de modo de maximizar la diferencia entre éstos y el precio fijado por la autoridad.

Una segunda vía de maximización de utilidades de las empresas monopólicas, simultánea con la anterior, es el aprovechamiento de sus economías de escala y de ámbito en rubros distintos a su ejercicio monopolístico —y por tanto no sujetos a controles regulatorios—, de modo tal de prestar servicios a otros usuarios. Pueden hacerlo, por ejemplo, aprovechando la infraestructura subutilizada¹ o congestionando aquella que no presenta holguras². Así, los operadores del centro de atención telefónica del monopolista no solamente podrán responder a las preguntas de los usuarios del servicio

¹ Las obras de infraestructura se construyen con una dimensión suficiente para satisfacer la demanda de largo plazo (por ejemplo, 15, 20 o 30 años). Cuando éstas entran en operación sólo funcionan con la parte necesaria para satisfacer la demanda actual (menor a la de largo plazo), dejando de utilizar la restante capacidad de las obras (capacidad ociosa u holgura).

² Este fenómeno se produce por la priorización de ciertas actividades en desmedro de otras, dada una capacidad fija de la infraestructura. Por ejemplo, un centro de atención telefónica puede contestar en forma prioritaria a los usuarios del servicio no regulado, en desmedro del regulado.

regulado, sino que también podrán hacerlo a preguntas realizadas por clientes sobre asuntos diferentes al negocio regulado.

El aprovechamiento de las economías de escala y de ámbito puede resultar controversial, pues puede conducir a situaciones ineficientes, donde, por ejemplo, el monopolista podrá subsidiar las actividades de sus empresas relacionadas, con los ingresos que obtiene de su actividad regulada (Hahne y otros, 1999), o afectar negativamente la actividad regulada producto del congestionamiento³. De esta manera, el monopolista se aparta del costo marginal de producción del bien o servicio que vende o presta tanto a los clientes regulados como a los no regulados (Samuelson y Marks, 1999). Dicho de otra manera, el monopolista no cobra el precio de mercado por el servicio prestado a su actividad no regulada y a su empresa relacionada.

Otro caso donde las economías de ámbito pueden resultar controversiales es el del subsidio entre la actividad regulada y la no regulada del monopolista⁴, donde el problema se produce al distribuir los costos que cada una de las actividades generan. En estricto sentido, los costos deben ser asignados en relación con la forma en que éstos son consumidos (OFWAT, 2005 y 1997; Larson y Parsons, 1994). Aquí se puede presentar el caso en que el costo de prestar un servicio no regulado sea artificialmente disminuido por la vía de incrementar los costos de la actividad regulada. Esta práctica hace que el servicio no regulado presente menores costos, dado el subsidio que hacen los usuarios del servicio regulado. El problema principal para el regulador en este caso será no contar con información de precios proveniente de transacciones de mercado, con lo que la determinación del costo a asignar deberá basarse en políticas contables de imputación.

Los casos anteriores no son más que una manifestación del poder de mercado del monopolista. Su poder dominante y su escala le permiten otorgar ventajas de costos —precios por debajo de los de mercado— a sus empresas relacionadas, beneficiándolas de esta manera frente a sus competidores. Aquellas ventajas son posibles gracias a los clientes de la empresa regulada que pagan las cuentas de agua, los que son perjudicados al financiar de su bolsillo la ventaja competitiva de las compañías relacionadas con el monopolista. De igual manera, la empresa regulada puede adquirir bienes y servicios de sus compañías relacionadas a precios superiores a los de mercado, perjudicando igualmente a los usuarios —quienes asumen ese sobrecosto al pagar sus cuentas— y, de esta manera apoyar a sus filiales que operan en mercados competitivos distorsionando la competencia en los mismos.

Dentro de la literatura especializada, la forma de evidenciar estos problemas es enfocándose en lo que se denomina precios de transferencia. En la tradición regulatoria de los EE.UU., éstos se definen como “la determinación del precio de los servicios o productos que un segmento de una organización o una empresa relacionada provee a otro segmento de una organización o a una empresa relacionada” (Hahne y otros, 1999). En tanto, para OFWAT, regulador de agua potable y alcantarillado de Inglaterra y Gales, el concepto de precio de transferencia se define como “el precio pagado por una empresa perteneciente al grupo empresarial a otra por transacciones entre ambas empresas” (OFWAT, 2005).

La implementación de metodologías para enfrentar estos problemas es variada dependiendo del marco regulatorio de la industria de cada país. En el sector de agua potable y saneamiento en los países de América Latina este tipo de metodologías encuentran desarrollos muy bajos e incluso inexistentes (Jouravlev, 2003), particularmente por que la mayoría de la industria está en manos públicas o municipales donde el problema de los precios de transferencia —se malentiende— no tendría aplicación. Con todo, destacan en la región la iniciativa argentina de hace algunos años por

³ Efecto sugerido por Andrei Jouravlev.

⁴ Por ejemplo, una planta de tratamiento de aguas servidas recién construida puede simultáneamente prestar servicios regulados de saneamiento de aguas domiciliarias y aquellos no regulados de procesamiento de residuos industriales líquidos (RILES).

controlar las licitaciones públicas de la otrora Aguas Argentinas (Ordoqui, 2007), y las experiencias colombiana y chilena (Valenzuela y Jouravlev, 2007).

En este informe, se analiza la forma en que sistemas con mayor experiencia en esta materia han tratado este problema, esto es, a través de un control estricto de las normas de contabilidad que aplican los reguladores a las transacciones entre las empresas de agua potable y saneamiento, y sus compañías relacionadas. Del mismo modo, el informe revisa el fundamento teórico y práctico del por qué resulta necesario abocarse a la prevención del fenómeno del subsidio cruzado en operaciones comerciales entre empresas de servicios públicos con sus compañías relacionadas; para luego desarrollar una tipología de las posibles conductas en que se puede manifestar el fenómeno.

En relación con la experiencia comparada, el tratamiento de los precios de transferencia se encuentra desarrollado por OFWAT, a través de sus Guías de Contabilidad Regulatoria (*“Regulatory Accounting Guidelines”*). Este trabajo es quizás el más conocido en la materia.

Otra de las jurisdicciones que destacan en la materia son los EE.UU., que presentan una larga historia en materia de regulación económica de empresas monopólicas. En particular, el informe se centra en la labor realizada por la Comisión de Servicios Públicos de Pensilvania (*Pennsylvania Public Utilities Commission*).

El informe analiza el caso chileno a la luz de la experiencia comparada, y se adentra en las complejidades que impone el modelo chileno de regulación, puesto que no admite un tratamiento de los precios de transferencia tal como se conoce en la práctica comparada. A diferencia del modelo inglés y norteamericano, el enfoque chileno cada vez que calcula tarifas, lo hace a partir de una nueva empresa teórica (que no existe en la práctica) (Jouravlev, 2003); por lo que una mayoría de datos históricos del monopolista establecido no entrarían en el cálculo tarifario. Con todo, y aun cuando la empresa modelo no “tenga historia”, ésta mantiene una importante semejanza con la empresa “real”, pues habrá muchos procesos productivos similares. En este ámbito de coincidencia, resulta evidente que los datos provenientes de la empresa real serán relevantes para el regulador al momento de costear las soluciones de la empresa modelo.

Adicionalmente, un área no considerada en la actualidad por el marco regulatorio chileno es el rol del regulador en promover la competencia en el sector y su relación con autoridades encargadas de la defensa de la competencia. Hace ya tiempo que la discusión sobre el rol del regulador económico, al menos en el Reino Unido, se ha asentado en una función promotora de la competencia. En el caso de Chile, el informe explora la posibilidad de recepcionar esta tendencia habida cuenta de las particularidades del marco regulatorio, y de las relaciones que se deberían dar entre el regulador y la Fiscalía Nacional Económica (FNE), el organismo encargado de proteger y promover la competencia en el país.

II. Revelando el verdadero costo: el problema de los precios de transferencia

El concepto de precio de transferencia es equívoco, por cuanto ha sido adoptado por diversas disciplinas, entregándole cada una de ellas un significado diverso. Así, encontraremos que la disciplina económica se aboca al problema del precio de transferencia de bienes y servicios entre divisiones de una misma empresa. En tanto, las autoridades fiscales de los países se interesan por los precios de transferencias entre compañías relacionadas pertenecientes a grupos multinacionales, en tanto movilizan ganancias desde jurisdicciones con alta carga impositiva hacia otras de baja. Adicionalmente, la práctica de la regulación económica se ocupa de los precios de transferencia para controlar diversos problemas, como:

- la distribución de los costos de bienes y servicios transferidos por el segmento regulado de una empresa de servicios públicos **hacia una compañía relacionada y no regulada** (Hahne y otros, 1999); y
- la distribución de los costos transferidos por el segmento regulado de una empresa de servicios públicos **hacia el segmento no regulado de la misma firma**.

La preocupación de la regulación económica por el control de aquellas transacciones radica en la inquietud de que la empresa de servicios públicos subsidie (subsidio cruzado⁵) la operación de la compañía relacionada⁶ no regulada⁷, a costa de los usuarios de la primera. Por regla general las transacciones que se incluyen en este tipo de controles son la compraventa de bienes y servicios, transferencia gratuita de los mismos, y transferencia de activos de capital (Hahne y otros, 1999).

⁵ Se entiende que existe un subsidio cruzado cuando “la empresa, que produce más de un producto, utiliza los ingresos de las ventas de uno de ellos para cubrir los costos de producir otro producto” (Hahne y otros, 1999). A su vez, OFWAT lo define como “la ayuda monetaria o contribuciones desde la empresa de servicios públicos hacia la relacionada que no se corresponden con los servicios prestados” (OFWAT, 1997).

⁶ Por empresas relacionadas entenderemos a “aquellas que se relacionan entre sí debido a que comparten propiedad o control” (Hahne y otros, 1999). En tanto, para OFWAT (2005) sólo basta que exista participación accionaria, para que las partes sean relacionadas (“*associated companies*”), independientemente del grado de control o influencia.

⁷ El precio de los productos en este caso no es regulado por la autoridad.

Aun cuando nuestro interés se centra en el control de precios de transferencia en la práctica de la regulación económica de empresas de servicios públicos de aguas potable y alcantarillado (o empresas sanitarias) y sus relacionadas, igualmente pasaremos revista a los aspectos más relevantes del tema desde la perspectiva económica e impositiva.

A. Visión económica de los precios de transferencia

Desde una perspectiva económica, los precios de transferencia son vistos como mecanismos de coordinación entre tomadores de decisiones en organizaciones descentralizadas. En este contexto, son instrumentos para lograr la eficiencia económica (Göx y Schiller, 2006).

Uno de los primeros economistas en abordar este tema fue Jack Hirshleifer (1956). Su interés radicaba en los precios de bienes y servicios que se transfieren entre unidades descentralizadas de una misma empresa, y cómo esos precios debían ser calculados para efectos de incentivar a cada unidad para maximizar las ganancias de su compañía. La importancia del interés por el tema de los precios de transferencia era que éstos afectaban tanto el nivel de actividades dentro de las unidades como la tasa de retorno sobre la inversión por la cual cada unidad era evaluada y, finalmente, la ganancia total de la empresa. En términos simplificados, Hirshleifer (1956) proponía que el precio de mercado equivaliera al precio de transferencia, siempre que dicha transacción se produjese en un mercado perfectamente competitivo; de otro modo, sostenía que el precio de transferencia fuere igual al costo marginal o a un precio entre este costo y el precio de mercado.

El principio de que los precios de transferencia sean coincidentes con el precio de mercado se ha transformado en el estándar para su tratamiento (Göx y Schiller, 2006). Por ejemplo, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) tiene una Directriz de Precios de Transferencia para Empresas Multinacionales y Administraciones Impositivas (*“Transfer Pricing Guidelines for Multinational Enterprises and Tax Administrations”*), que se fundamenta en el concepto de precios de mercado; así como también es posible encontrar la misma sugerencia en textos de contabilidad (Göx y Schiller, 2006; OCDE, 2009a).

La idea de que los precios de transferencia se determinen conforme los precios de mercado no ha estado exenta de críticas, principalmente por la imposibilidad de cumplir con las condiciones de competencia perfecta (Göx y Schiller, 2006).

Asimismo, aproximaciones alternativas al mismo problema sugieren otros mecanismos para revelar el precio eficiente de transferencia. Por ejemplo, modelos que se basan en selección adversa, sostienen que sea el margen sobre el costo de producción (*“price mark-up”*) que entregue rentas informativas a los administradores. A su vez, el enfoque basado en contratos incompletos aboga por el uso de precios de transferencia negociados así como también una variedad de precios basados en costos. En cambio, los modelos de precios de transferencia estratégicos afirman que el costo total sea la expresión que mejor revele esos precios. Por último, los enfoques de precios de transferencia internacionales aceptan un desapego de la idea de costo marginal por el cambio en el pago de impuestos hacia jurisdicciones de menor carga impositiva (Göx y Schiller, 2006). Otra alternativa propuesta es fijar el precio de transferencia en el costo medio de la unidad que se transfiere más parte o todo del beneficio económico de la empresa (Buus, 2006).

B. Visión tributaria de los precios de transferencia

Como ya lo adelantábamos, las autoridades tributarias de los países se interesan por las transacciones entre compañías que forman parte del mismo grupo empresarial o al interior de sus propias divisiones, cuando éstas se realizan a nivel internacional. La preocupación de la autoridad reside en que esas

transacciones puedan ser utilizadas impropiaamente para facilitar el movimiento de ingresos y el oscurecimiento de información financiera (Borkowski, 2010). Igualmente, ese movimiento reduce los ingresos de los Estados con mayor carga impositiva, disminuyendo así el financiamiento de los bienes públicos y, de paso, su legitimidad (Sikka y Willmott, 2010).

Existen múltiples estudios empíricos que muestran la correlación negativa entre ganancias y sistemas impositivos, donde una baja carga tributaria produce una mayor ganancia (Hines, 1997; Bernard, Jensen y Schott, 2006).

Esta práctica produce efectos indeseados. El primero de ellos es la inexactitud de la información contable de empresas relacionadas, por lo que se requiere que cualquier análisis que se deba efectuar sea sobre la información financiera del grupo empresarial transnacional en su conjunto (Elliott y Elliott, 2000). El segundo es la elusión, e incluso la evasión, del pago de impuestos (Sikka y Willmott, 2010). Este caso resulta al transferir rentas desde una jurisdicción con una tasa impositiva más alta hacia otra con una tasa más baja a precios distintos que los de mercado. La transferencia se produce entre distintas entidades ubicadas en diferentes jurisdicciones, pero pertenecientes al mismo grupo empresarial.

Ahora bien, las razones por las que compañías pueden incurrir en este tipo de conductas son múltiples. Una de ellas es el movimiento de ingresos entre países de altos impuestos a otros de bajos impuestos, que puede estar explicado por un interés en rebajar la carga impositiva o por un proceso de simple cambio de locación (Borkowski, 2010). La OCDE (2009a) advierte que no siempre el movimiento de ingresos responde a una intención de manipulación. Una posible explicación se encuentra en el intento para determinar el precio de una transacción cuando no existe mercado, o porque se adopta una cierta estrategia comercial. Otras empresas realizan estas acciones como arbitraje internacional.

Independiente de las razones que la compañías transnacionales utilicen para recurrir al expediente de movilizar ingresos, siempre esta práctica tendrá riesgos, ya de cumplimiento (operacional), regulatorio, impositivo, y económico o de negocios. Estos riesgos se pueden generar cuando las empresas presentan una de las siguientes conductas: reporte de pérdidas en compañías relacionadas no nacionales y volatilidad de las ganancias no atribuible a cambios en el mercado (Borkowski, 2010).

En países como Australia, Canadá y Japón se han adoptado los criterios propuestos para el control de precios de transferencia por la guía de OCDE (2009a). Los EE.UU., por su parte, tiene un sistema propio de control (Borkowski, 2010). En el caso de la guía de OCDE, el concepto central de comparación es el precio de mercado (“*arm’s-length principle*”) (véase el Recuadro 1).

RECUADRO 1

EL PRINCIPIO DE PRECIOS DE MERCADO (“ARM’S-LENGTH PRINCIPLE”)

El estándar internacional que los países miembros de la OCDE han acordado para la determinación de los precios de transferencia para fines tributarios se encuentra establecido en el artículo 9 del Modelo de Convenio Tributario de la OCDE sobre la Renta y sobre el Patrimonio (“*Model Tax Convention*”) de la manera siguiente: donde “las dos empresas estén, en sus relaciones comerciales o financieras, unidas por condiciones aceptadas o impuestas que difieran de las que serían acordadas por empresas independientes, los beneficios que habrían sido obtenidos por una de las empresas de no existir dichas condiciones, y que de hecho no se han realizado a causa de las mismas, podrán incluirse en los beneficios de esa empresa y someterse a imposición en consecuencia”.

Fuente: OCDE (2009a).

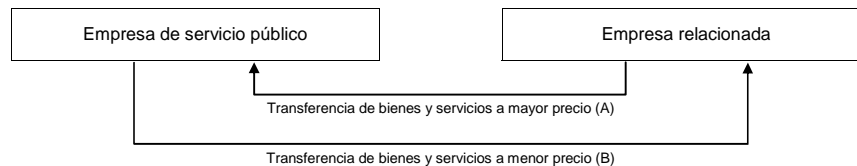
Los métodos de control se clasifican en sistemas basados en transacciones o en ganancias. El primero se utiliza para bienes tangibles e incluye precios sin control comparable (o de mercado), el método de precio de reventa, o el costo más beneficio. En tanto, los métodos basados en ganancias incluyen el sistema de ganancias comparables, el margen neto de transacción, y la división de la ganancia. Métodos similares se ocupan para bienes intangibles, asimismo que se aceptan otras metodologías (Borkowski, 2010).

C. Visión regulatoria de los precios de transferencia

La preocupación principal desde la perspectiva de la regulación de servicios públicos es evitar el subsidio entre el segmento regulado de una empresa prestadora y su compañía relacionada —y no regulada. Este fenómeno se produce cuando el precio pagado en la transacción se aparta del precio de mercado, coincidiendo de esta manera con el principio promovido por la OCDE en el ámbito tributario. En el caso más específico del sector de agua potable y alcantarillado, la misma lógica se aplica tanto en Inglaterra y Gales (OFWAT, 2005) como en los EE.UU. (NARUC, 1999).

La existencia de subsidios cruzados —en la proporción en que los precios se apartan de los valores de mercado— en la industria de servicios públicos regulados atenta contra el objetivo principal de la regulación económica, que es propender a la eficiencia económica. Esto se produce por la transferencia de rentas desde los usuarios del servicio regulado hacia la empresa relacionada, ya sea por el sobreprecio que se paga a esta última o por el menor precio que cobra la primera a la afiliada. Estas relaciones son explicadas en el Gráfico 1.

GRÁFICO 1
TRANSFERENCIAS QUE PODRÍAN ATENTAR CONTRA LA EFICIENCIA



Fuente: Elaboración propia.

La ilustración muestra dos tipos de relaciones generales que podrían atentar contra el objetivo de la eficiencia. La primera de ellas (A) señala la transferencia de bienes y servicios desde la compañía relacionada hacia la empresa de servicios públicos a un mayor precio que el de mercado. En esta situación, la primera compañía se beneficia de la posición dominante de la empresa de servicios públicos, pues el sobreprecio que esta última paga es cargado a sus usuarios. Esta extracción de rentas debe ser considerada como ilegítima, pues hace que el costo total de proveer el servicio se tiña de ineficiencia al considerar un sobreprecio, además de atentar contra la legislación antimonopolios (por el abuso de posición dominante).

La segunda relación (B) presenta la transferencia de bienes y servicios desde la empresa de servicios públicos hacia la compañía relacionada a un menor precio que el de mercado. En este caso, se producen dos efectos negativos, pues por una parte los usuarios subsidian los costos descontados del precio de los bienes y servicios objeto de la transacción, y por la otra, la compañía relacionada adquiere una ventaja de precio (menor) frente a sus competidores (siempre que los haya) gracias a la posición dominante de la empresa de servicios públicos.

Para poder entender a cabalidad lo sensible que resulta la eficiencia para la regulación económica, y cómo se insertan en ella los precios de transferencia, es necesario revisar el marco conceptual al cual las empresas de servicios públicos se encuentran sometidas.

1. Eficiencia económica de los monopolios⁸

Un monopolio natural es la circunstancia en la que una empresa produce bienes y servicios a un costo menor relativo al que incurren dos o más compañías para producir lo mismo (Katz y Rosen, 1998). A lo anterior se suma que la empresa presenta costos decrecientes por cada bien o servicio producido (economías de escala); y, adicionalmente, ella puede producir más de un bien a través del mismo proceso (economías de ámbito) (Viscusi, Vernon y Harrington, 2000).

Pero la existencia de un solo proveedor no garantiza que, en la práctica, la actividad desarrollada en estas condiciones redunde en un beneficio social óptimo. En efecto, una sola empresa puede verse tentada de producir a un nivel inferior al óptimo esperado de una firma que enfrentase competencia (Cabral, 2000). Esto induce a los usuarios a consumir menos de lo que podrían haber consumido si el precio hubiese reflejado el costo que maximiza la distribución de los recursos.

En otras palabras, el monopolista natural, al ser el único proveedor, determina cuánto habrá de producir y cuánto habrá de cobrar (Cabral, 2000). Esta conducta lo podrá beneficiar extraordinariamente si es capaz de extraer rentas económicas de sus usuarios cautivos, al momento de prestar servicios de inferior calidad y cobrar como si éstos fueren de superior calidad, o al obtener un precio por encima del precio de equilibrio.

La regulación económica busca corregir los problemas que genera el poder de mercado de un monopolio natural. El principal objetivo es determinar que el precio de los servicios represente el costo que tendrían en un mercado competitivo. Técnicamente, en un ambiente competitivo los precios equivalen al costo marginal, por lo que un regulador deberá tarificar los servicios conforme a su costo incremental (o costo marginal) (Baldwin y Cave, 1999)

En términos más específicos, la regulación de los monopolios naturales persigue cinco objetivos (Estache y otros, 2003):

- La **viabilidad financiera**, también denominada objetivo de autofinanciamiento, es la capacidad de la empresa para cubrir su costo total de largo plazo (CTLP)⁹, con el objeto de cumplir sus obligaciones legales.
- Por otro lado, la **eficiencia productiva** (o eficiencia X) persigue que la empresa reduzca sus costos al mínimo y aumente su oferta al máximo. En teoría, el monopolista busca lo mismo. Sin embargo, en la realidad no es así y el monopolista podrá desviarse de la eficiencia productiva por múltiples razones. Entonces, el problema radica en la dificultad del regulador para obtener del monopolista información fidedigna sobre sus costos. Esta falta de información puede oscurecer el verdadero costo de producir un bien o servicio transado con una compañía relacionada. Desde otra perspectiva, el apartarse de los precios de mercado en las transacciones de la empresa sanitaria, los costos de producción se tergiversan haciendo muy difícil al regulador poder calcular el precio eficiente.
- A su vez, la **eficiencia asignativa** busca que el precio de los bienes y servicios sea igual al costo de producir una unidad adicional (costo marginal). Este tipo de eficiencia sólo es posible de determinar si se cuenta con los costos reales de producción, con lo que precios

⁸ Este apartado es parte de Hantke Domas (2005).

⁹ En términos económicos, el costo total de largo plazo es “el nivel mínimo de gastos totales (medidos en términos de costo de oportunidad) necesarios para producir una cantidad dada en el largo plazo” (Katz y Rosen, 1998).

alejados de los de mercado impiden al regulador poder siquiera calcular una tarifa que sea cercana a la eficiencia asignativa.

- Por otra parte, la **eficiencia dinámica** trata de incentivar a la empresa a tomar sus decisiones teniendo en cuenta a los futuros usuarios e invertir con miras a satisfacer la proyección de la demanda. Una vez que los precios de las transacciones entre la empresa regulada y su relacionada no representen el valor de mercado, entonces no será posible tomar este tipo de decisiones con la certeza que se propende a la eficiencia dinámica.
- Por último, la **justicia distributiva** “implica que la estructura de las tarifas por cada tipo de cliente sea consistente con la capacidad de pago de los clientes” (Estache, 2003). Este objetivo se consigue ya sea a través de subsidios directos al consumo o por medio de subsidios cruzados entre grupos de usuarios. Ciertamente que no se logra si los subsidios cruzados se realizan entre la empresa sanitaria y su relacionada, puesto que los costos se aumentan imponiendo una carga innecesaria a los subsidios, los que terminan por afectar no sólo a los usuarios de los servicios sanitarios, sino que a todos los contribuyentes.

Todos los posibles efectos denunciados a partir del alejamiento de los precios de mercado en las transacciones con empresas relacionadas tendrán un mayor o menor impacto dependiendo de la magnitud que esas transacciones impliquen, y cuál sea su real influencia en el sinnúmero de variables necesarias para calcular la tarifa óptima.

2. Las relaciones entre empresas

Las empresas sanitarias pueden prestar servicios o vender productos tanto regulados como no regulados. Los primeros serán aquellos que se encuentren sometidos al control normativo (por ejemplo, calidad, tarifas, estructura) de una autoridad estatal. En tanto, los no regulados se refieren a los servicios o productos que no están subordinados a aquel control (Hahne y otros, 1999).

A su vez, las compañías sanitarias pueden pertenecer a grupos empresariales (o grupo o consorcio industrial o financiero) donde convivan con otras empresas —relacionadas— del mismo o distinto rubro. De tal forma que las firmas de un mismo grupo empresarial se pueden prestar directamente servicios entre sí. También pueden compartir servicios, y así aprovechar las economías de escala.

Adicionalmente, las empresas relacionadas podrán prestarse indirectamente servicios: “Una transacción donde la empresa de servicios públicos tenga un contrato con una tercera parte y que esa parte haga uso de una empresa relacionada con la empresa de servicios públicos para proveer el servicio. En este caso, la empresa de servicios públicos no tiene un contrato con la empresa relacionada, pero parte de los ingresos de esta última es provista por la empresa de servicios públicos” (OFWAT, 2005).

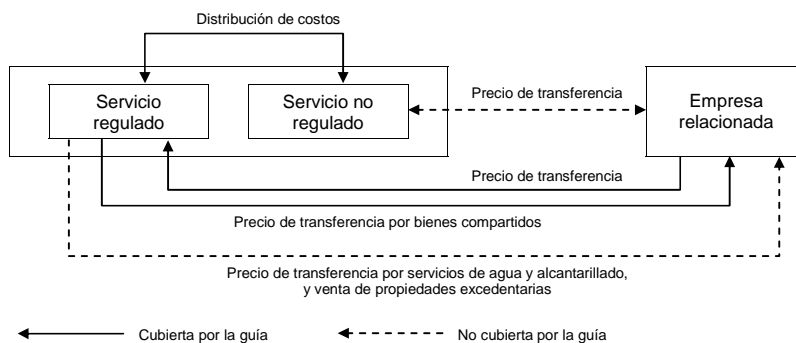
En estas relaciones directas e indirectas, las empresas se prestan servicios y se venden bienes. El precio de aquellas transacciones será el de transferencia.

En el caso de Inglaterra y Gales, las normas de control de precios de transferencia son aplicables a aquellos para la provisión de insumos, obras o servicios entre la empresa sanitaria y la compañía relacionada. Igualmente cubren la distribución de costos dentro de la empresa sanitaria entre su parte regulada y la no regulada. También se aplican a los precios de transferencia por servicios recargables (“*rechargeable works*”) cuando la empresa sanitaria es un proveedor monopólico de la compañía relacionada o cuando la matriz es la proveedora monopólica (véase el Gráfico 2) (OFWAT, 2005).

En el caso de Chile la situación es distinta. La única disposición aplicable al problema de los precios de transferencia señala que las empresas sanitarias no pueden “adquirir o contratar servicios” de sus compañías relacionadas si es que el monto de la transacción es superior a un determinado valor,

para lo cual deberán organizar una licitación pública¹⁰. Así, la preocupación opera cuando es la empresa sanitaria la que adquiere o presta servicios.

GRÁFICO 2 DISTRIBUCIÓN DE COSTOS Y PRECIOS DE TRANSFERENCIA



Fuente: OFWAT (2005).

Al respecto, OFWAT (2005) considera que una empresa es relacionada con otra sólo por el hecho de tener un título accionario, a pesar del nivel que podría distinguir entre control y la capacidad de ejercer influencia. En tanto, conforme a la legislación chilena —Ley de Mercado de Valores (Ley N° 18.045)— son empresas relacionadas las que: i) pertenecen al mismo grupo empresarial; ii) quienes tengan respecto de la empresa sanitaria la calidad de matriz¹¹, coligante¹², filial¹³ o coligada¹⁴; iii) quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales, o liquidadores de la empresa sanitaria; y iv) toda “persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones” (artículo 100).

A su vez, la Ley N° 18.045 define un grupo empresarial como “el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los

¹⁰ Según el artículo 2 del Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas (MOP) N° 214 de 2005, que establece los requisitos a que deben sujetarse los procesos de licitación pública a que están obligados los prestadores sanitarios, en virtud de lo dispuesto en el artículo 67 de la Ley General de Servicios Sanitarios, la licitación pública se define como “El procedimiento de carácter concursal mediante el cual se realiza un llamado público, convocando a los proveedores o interesados que corresponda para que, según las bases fijadas, formulen propuestas, de entre las cuales se seleccionará y aceptará la más conveniente para el licitante”.

¹¹ La ley no define expresamente “matriz”, de modo que su concepto se deriva de la definición de “filial”, siendo en este caso “matriz” aquella empresa que controle a una filial.

¹² En este caso tampoco la ley define “coligante”, sino que se deriva de la definición de “coligada”, y en este caso es la sociedad que tiene acciones en una coligada.

¹³ La filial es “aquella en la que [la matriz] controla directamente o a través de otra persona natural o jurídica más del 50% de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar a la mayoría de sus directores o administradores” (artículo 86).

¹⁴ “Es sociedad coligada con una sociedad anónima aquella en la que ésta, que se denomina coligante, sin controlarla, posee directamente o a través de otra persona natural o jurídica el 10% o más de su capital con derecho a voto o del capital, si no se tratare de una sociedad por acciones, o pueda elegir o designar o hacer elegir o designar por lo menos un miembro del directorio o de la administración de la misma” (artículo 87).

intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan en la adquisición de valores que emiten” (artículo 96).

En los EE.UU., el problema de los precios de transferencia entre empresas relacionadas se detectó durante la primera mitad del siglo XX, ya que las empresas de servicios públicos formaban parte de grupos empresariales con otras compañías similares de diferentes estados, eludiendo así los poderes de las comisiones reguladoras para controlar estas operaciones en otras jurisdicciones (Sheldrew, 2003). Como consecuencia de lo anterior, se aprobó la Ley de Grupos Empresariales de Servicios Públicos (*Public Utility Holding Company Act* o PUHCA) en 1935¹⁵, otorgando poderes de aplicación federal tanto a la Comisión de Valores y Seguros (*Securities and Exchange Commission*) para supervisar grupos empresariales de empresas eléctricas como también dio poder a la Comisión Federal de Energía (*Federal Power Commission*) para regular los precios de transferencia.

En varios casos (como por ejemplo, 259 U.S. 318, 1922 y 262 U.S. 276, 1923), la Corte Suprema de los EE.UU. ha apoyado el derecho de los organismos reguladores a controlar los precios de transferencia (Sheldrew, 2003). Los principios aplicados son la razonabilidad de los precios de transferencia, su relación con precios de mercado y la buena fe de la transacción¹⁶. Sin embargo, el tribunal ha señalado que el regulador no es el gerente de finanzas de la compañía, por lo que debe realizar su análisis con mucho cuidado.

3. Conductas

Las conductas de las empresas sanitarias que pueden eventualmente subsidiar cruzadamente a compañías relacionadas pueden ser múltiples. En términos genéricos ya las enunciábamos como aquellas en que se venden servicios o productos o se transfieren activos de capital desde la empresa sanitaria hacia una compañía relacionada. La preocupación de los reguladores en este caso es que la empresa relacionada y no regulada no pague menos de lo que se consideraría justo para con los contribuyentes por los servicios o productos o por el activo de capital (Hahne otros, 1999). El segundo caso se refiere a aquellas transacciones en que se venden servicios o productos o se transfieren activos de capital desde la compañía relacionada y no regulada hacia la empresa sanitaria. La preocupación de los reguladores en este caso es que la empresa sanitaria no pague más del precio de mercado.

Esas dos conductas genéricas engloban variados comportamientos. En términos comparados, por ejemplo, el artículo 2102 del Estatuto Consolidado, Sección 66 sobre Servicios Públicos, del Estado de Pensilvania¹⁷ (*Consolidated Statutes, Title 66 Public Utilities*) señala que éstos serán contratos o arreglos para proveer de servicios de administración, supervisión, construcción, ingeniería, contabilidad, legal, financiero, o similares; o contratos o arreglos para la compra, venta, arrendamiento, o permuta de cualquier propiedad, derecho, o cosa; o para la provisión de cualquier servicio, propiedad, derecho o cosa distintas de las anteriormente enumeradas.

De este modo, las relaciones generales que podrían atentar contra el objetivo de la eficiencia y que sean mantenidas por las empresas que nos ocupan, pueden adoptar diversas formas, como adquisiciones (compraventa) de bienes muebles e inmuebles, prestación de servicios, operaciones financieras (préstamos, garantías o ayudas financieras a compañías relacionadas), gestión de personal (donde un mismo funcionario(a) presta servicio remunerado para dos empresas, o la empresa regulada se utiliza como plataforma de capacitación para negocios competitivos), costos indirectos compartidos (como la explotación conjunta de un mismo edificio institucional), además de otras operaciones como

¹⁵ PUHCA fue derogada y reemplazada el año 2005 por la Ley de Grupos Empresariales de Servicios Públicos (*Public Utility Holding Company Act*).

¹⁶ La buena fe se define como la “intencionalidad honesta de actuar sin obtener una ventaja injusta sobre otra persona o para cumplir con un compromiso, incluso cuando ciertas formalidades legales no se cumplan” (Hill y Hill, 2010).

¹⁷ Se encuentra disponible en <http://www.legis.state.pa.us/wu01/li/li/ct/htm/66/66.htm>.

el pago a la empresa matriz (“*management fee*”). Estas conductas las revisaremos más adelante. Otros ejemplos de comportamientos se encuentran en el Recuadro 2.

Como ya lo señaláramos, en Chile las conductas que se consideran relevantes corresponden sólo a la venta y servicios que presta la compañía relacionada a la empresa sanitaria cuando éstas superen las 500 Unidades de Fomento (UF) (unos 22.000 dólares, según el tipo de cambio actual). Paradójicamente, esta obligación de transparencia no se encuentra establecida para la venta y servicios que la empresa sanitaria presta a su compañía relacionada. En este caso tanto las prestaciones reguladas como no reguladas se encuentran fuera del ámbito de control. Ciertamente que las primeras no son una preocupación en la medida que el regulador ya ha establecido su precio de transferencia — aun cuando permanezca la posibilidad que la sanitaria puede realizar transacciones con su relacionada por debajo del precio máximo—, restando solamente la prestación no regulada aislada de este control.

RECUADRO 2

CONDUCTAS QUE PODRÍAN IMPLICAR LA EXISTENCIA DE PARTES RELACIONADAS

Uno de los problemas, incluso para los auditores de cuentas, es la identificación de todas las partes relacionadas con que una empresa pueda mantener transacciones. De aquí que a continuación presentamos un catálogo de indicadores de transacciones que podrían revelar la existencia de las mismas, tomado del trabajo del Instituto Norteamericano de Contadores Públicos Certificados.

- Ventas insubstanciales, incluyendo el financiamiento a la contraparte en la transacción de modo que el precio de venta se entienda pagado.
- Ventas con el compromiso de recompra que, si fuese conocido, excluiría el reconocimiento de todo o parte del ingreso.
- Obtención de intereses por sobre las tasas de mercado para préstamos.
- Préstamos a partes que no tienen la capacidad de repagar.
- Avances de fondos de la empresa, los que son subsecuentemente transferidos a un deudor y utilizados para pagar lo que de otro modo habría sido considerado un préstamo incobrable.
- Servicios o bienes comprados por una tercera parte a un costo reducido o sin costo para la empresa.
- Préstamos realizados para un propósito válido de negocios y que después se declaran incobrable.
- Pagos por servicios nunca prestados o a precios inflados.
- Tomar créditos o hacer préstamos sin intereses o a una tasa de interés significativamente superior o inferior de las de mercado al momento de celebración de la operación.
- Venta de bienes inmuebles a precios que difieren significativamente de su tasación comercial.
- Permuta de inmuebles.
- Préstamos sin especificar cuándo ni cómo los fondos serán pagados.
- Ventas a tasas inferiores a las de mercado a un innecesario intermediario relacionado con la parte, que a su vez vende al último cliente a un precio superior con la parte relacionada (y últimamente su principal) que retiene la diferencia.
- Compra de activos a precios en exceso del precio de mercado.

Fuente: American Institute of Certified Public Accountants (2010), *Accounting and auditing for related parties and related party transactions: a toolkit for accountants and auditors* (disponible en Internet en: <http://www.aicpa.org>).

4. Mecanismos de control

En general, los reguladores adoptan diversos mecanismos para fiscalizar los precios de transferencia entre empresas relacionadas.

OFWAT hace años adoptó las *pruebas de mercado*, por las cuales determina el precio de insumos, obras y servicios (OFWAT, 2005 y 1997). Entre las pruebas que utiliza se encuentran las licitaciones, la comparación de listas de precios públicas, evaluación de terceras partes, y la comparación (“*benchmarking*”). Aunque OFWAT considera a estas tres últimas como subjetivas; las acepta en contadas excepciones cuando las licitaciones son impracticables.

Un punto esencial de esos métodos radica en que la carga de la prueba está en la empresa sanitaria, con lo que será ésta quien deba demostrar que sus precios corresponden a los de mercado, para lo cual OFWAT exige que si el mecanismo de prueba no es la licitación se le presente con una metodología robusta, bien documentada y ejercicios convincentes.

Por su parte, los reguladores en los EE.UU. han adoptado una serie de métodos para determinar los precios de transferencia para servicios, productos y activos de capital entre empresas relacionadas (Hahne y otros, 1999):

- El método de **costos completamente distribuidos** muestra que los ingresos producto de ventas de servicios, productos o activos de capital son iguales a la suma de los costos directos más una apropiada distribución de costos indirectos.
- Los **costos incrementales**, por su parte, implican que las transacciones deban ser realizadas basadas en estos costos, pues de esta manera no se afecta adversamente a los consumidores, y consecuentemente, se maximizará la eficiencia económica.
- El **precio de mercado prevaleciente** se verifica cuando existe un mercado para el bien o servicio objeto de la transacción.
- Los **precios basados en tarifas** son fijados por los reguladores, con lo que se supone que metodológicamente reflejan precios de mercado.
- Los **precios negociados** entre compañías relacionadas, tal como su nombre lo indica, son el resultado de la relación directa entre éstas. En muchos casos habrá dudas sobre este tipo de transacciones especialmente si los precios que se obtienen son superiores o inferiores a los de mercado.
- Finalmente, el **costo más alto o mercado prevaleciente** es utilizado para transferencias desde la empresa relacionada hacia la empresa sanitaria para asegurar que esta última no paga un precio mayor de lo que considera como justo el regulador.

En tanto, el **costo más bajo o mercado prevaleciente** se utiliza en la relación inversa para asegurar que la empresa relacionada no pague un precio inferior a lo que el regulador estima justo.

III. El caso chileno: análisis de casos y propuestas

Chile es un país de alrededor 16 millones de habitantes, de los cuales un 87% vive en zonas urbanas. Cerca del 99,8% de la población urbana tiene conexiones de agua potable, mientras que el 95,6% cuenta con servicio de alcantarillado.

El país posee una industria sanitaria organizada en torno a dos actores. Por una parte, las empresas sanitarias pertenecen mayoritariamente a capitales privados¹⁸; y por la otra, esas compañías son controladas y fiscalizadas por un organismo independiente —Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS)—, quien está a cargo de regular su conducta y determinar sus tarifas. Esta estructura institucional se asemeja a la forma en que se ha organizado la industria sanitaria en Inglaterra y Gales desde fines de la década de los ochenta.

Conforme el marco regulatorio chileno, las empresas sanitarias se organizan como sociedades anónimas, con el único objeto de establecer, construir y explotar los servicios sanitarios y otras prestaciones relacionadas con dichas actividades. La SISS ha interpretado esta disposición en el sentido de permitir que las empresas sanitarias realicen “actividades relacionadas con su objeto principal, tales como arriendo de equipos, contratación de expertos, asesorías dentro o fuera del país y otras similares”. Esto implica, como contrapartida, que las sanitarias deberán abstenerse de realizar todas aquellas actividades ajenas a “los servicios que constituyen su giro básico o esencial”.

Sin perjuicio de la prohibición anterior, las empresas sanitarias han tratado, algunas con éxito, de ampliar o diversificar sus actividades comerciales más allá de este impedimento legal. La SISS ya se ha pronunciado en varias ocasiones negando aquella posibilidad. Sin embargo, en el sector existen

¹⁸ Hasta el año 1998, la abrumadora mayoría de estas empresas era de propiedad pública; situación que se modificó a partir del proceso de privatización a finales de la década de los noventa (1998-2004). Actualmente 58 empresas se encuentran bajo la supervigilancia de la SISS, de las que solamente una es de propiedad estatal y otra municipal. La Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios (ECONSSA) (ex Empresa de Servicios Sanitarios de Antofagasta (ESSAN)) es la empresa estatal, pero que ha transferido el derecho de explotación de sus concesiones a compañías privadas con excepción del tratamiento de aguas servidas de la ciudad de Antofagasta. En tanto, el Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Maipú (SMAPA) es de propiedad de ese gobierno comunal.

empresas sanitarias que han creado compañías filiales que, ante una interpretación estricta del objeto único, lo excederían¹⁹. Con todo, la diversificación de las empresas sanitarias es baja.

Otra particularidad del sector sanitario chileno es que su legislación no restringe a las empresas sanitarias de ser parte de grupos empresariales²⁰ —o consorcios industriales—, salvo limitaciones a la concentración horizontal contenidas en el artículo 63 de la Ley General de Servicios Sanitarios. Esto les permite a las empresas sanitarias relacionarse —propiedad, administración o responsabilidad crediticia— con otras compañías. Una vez formado el grupo, eso sí, la legislación presume que “la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten” (artículo 96 de la Ley N° 18.045).

Como se adelantó, la legislación sanitaria, a su vez, impone restricciones a este tipo de grupos, por la vía de prohibir su participación “en la propiedad o usufructo de acciones o explotación de concesión o concesiones sanitarias de un número de empresas prestadoras que sea superior al 49% del número total de empresas clasificadas en [una] respectiva categoría [mayor, mediana y menor]” (artículo 63 de la Ley General de Servicios Sanitarios). Además, tampoco puede participar en la propiedad de un número de empresas tal que la suma de sus usuarios sea superior al 50% del total de usuarios urbanos del país. En otras palabras, un grupo empresarial nunca podrá controlar más de una cantidad de empresas sanitarias que representen la mitad de la industria.

Todas estas configuraciones estructurales, únicas del modelo chileno, agregan una gran complejidad a la regulación económica. **El primer desafío es cómo el regulador puede controlar que no se produzcan subsidios desde el negocio regulado hacia los no regulados.** De acuerdo con los antecedentes que maneja la SISS, la adjudicación de licitaciones públicas a compañías relacionadas²¹ con la empresa sanitaria no es inusual, llegando a alcanzar a cerca de un cuarto de las transacciones encuestadas (Estrada, 2009).

La industria de infraestructura es conocida por los bajos niveles de competencia, lo que aumenta la posibilidad de observar licitaciones contrarias a la idea de precios de mercado, tarifas

¹⁹ Por ejemplo, Aguas Andinas creó tres filiales, Gestión y Servicios, Anam y EcoRiles. La primera provee materiales de red y presta servicios relacionados con el ciclo integral del agua y de sus subproductos. En tanto la segunda suministra servicios de laboratorio de análisis químico. Finalmente, la tercera compañía presta servicios de operación de plantas de tratamiento de RILES. Las tres empresas tienen como principal cliente a Aguas Andinas.

²⁰ El concepto de grupo empresarial está definido en el artículo 96 de la Ley N° 18.045 (véase el Recuadro 3). Otro tipo de asociación empresarial, como por ejemplo las uniones transitorias o temporales de empresas, no se incluyen en el concepto de grupo empresarial de la Ley N° 18.045.

²¹ Según el artículo 100 de la Ley de Mercado de Valores, aplicable a las empresas sanitarias en cuanto sociedades anónimas, se entiende por personas relacionadas: i) las entidades del grupo empresarial al que pertenece la sociedad; ii) las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, la calidad de matriz, coligante, filial o coligada; iii) quienes sean directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges o sus parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda entidad controlada, directamente o a través de otras personas; y iv) toda persona que, por sí sola o con otras con que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle un 10% o más del capital o del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones. La Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) puede establecer mediante norma de carácter general, que es relacionada a una sociedad toda persona natural o jurídica que por relaciones patrimoniales, de administración, de parentesco, de responsabilidad o de subordinación, haga presumir que: i) por sí sola, o con otras con quienes tenga acuerdo de actuación conjunta, tiene poder de voto suficiente para influir en la gestión de la sociedad; ii) sus negocios con la sociedad originan conflictos de interés; iii) su gestión es influenciada por la sociedad, si se trata de una persona jurídica; o iv) si por su cargo o posición está en situación de disponer de información de la sociedad y de sus negocios, que no haya sido divulgada públicamente al mercado, y que sea capaz de influir en la cotización de los valores de la sociedad. No se considera relacionada a la sociedad una persona por el sólo hecho de participar hasta en un 5% del capital o 5% del capital con derecho a voto si se tratare de una sociedad por acciones, o si sólo es empleado no directivo de esa sociedad.

eficientes y la competencia. Ahora, no se puede tener certeza de que estas conductas afecten las tarifas y la competencia, porque la SISS tiene facultades limitadas de fiscalización. Sin perjuicio de la inexistencia de potestades de control, la industria no se ha mostrado proactiva en demostrar que las aprensiones que plantea la regulación económica en este sentido están equivocadas. Dicho de otro modo, las empresas sanitarias no se han autorregulado ni adoptado un código común de buenas prácticas. De aquí surge la pregunta sobre cómo la SISS puede evitar que la empresa regulada financie a una de las compañías de su mismo grupo a costa de las tarifas que cobra a los usuarios cautivos.

RECUADRO 3 DEFINICIÓN DE GRUPO EMPRESARIAL

Grupo empresarial es el conjunto de entidades que presentan vínculos de tal naturaleza en su propiedad, administración o responsabilidad crediticia, que hacen presumir que la actuación económica y financiera de sus integrantes está guiada por los intereses comunes del grupo o subordinada a éstos, o que existen riesgos financieros comunes en los créditos que se les otorgan o en la adquisición de valores que emiten.

Forman parte de un mismo grupo empresarial: a) una sociedad y su controlador; b) todas las sociedades que tienen un controlador común, y este último, y c) toda entidad que determine la Superintendencia de Valores y Seguros (SVS) —quien supervigila a las sociedades anónimas— considerando la concurrencia de una o más de las siguientes circunstancias: i) que un porcentaje significativo del activo de la sociedad está comprometido en el grupo empresarial, ya sea en la forma de inversión en valores, derechos en sociedades, acreencias o garantías; ii) que la sociedad tiene un significativo nivel de endeudamiento y que el grupo empresarial tiene importante participación como acreedor o garante de dicha deuda; y iii) que la sociedad sea miembro de un controlador de algunas de las entidades mencionadas en las letras a) o b), cuando este controlador corresponda a un grupo de personas y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial; y iv) que la sociedad sea controlada por uno o más miembros del controlador de alguna de las entidades del grupo empresarial, si dicho controlador está compuesto por más de una persona, y existan razones fundadas en lo dispuesto en el inciso primero para incluirla en el grupo empresarial.

Fuente: Artículo 96 de la Ley de Mercado de Valores.

La segunda complejidad se relaciona con el mecanismo de regulación, o la empresa modelo. Esta última es una abstracción por la que el regulador cada 5 años diseña una empresa eficiente capaz de prestar el servicio sanitario en el mismo territorio operacional de la empresa sanitaria existente habida cuenta de la futura demanda en un horizonte de 15 años. Una vez hecho ese modelamiento —basado en información existente— se determina la tarifa suficiente para acometer el proyecto. Ahora bien, *prima facie*, las transacciones que realice la empresa sanitaria no resultan relevantes para el mecanismo de regulación, pues es información pasada que, en un principio, refleja a la empresa sanitaria actual siendo que lo que se persigue es modelar una empresa nueva (eficiente o modelo). Veremos más adelante que esto es un absurdo. Entonces, cabe preguntarse cuál es el papel del control de precios de transferencia en la empresa modelo y en el procedimiento tarifario.

La tercera complejidad se relaciona con la protección de la competencia. En la medida en que una empresa sanitaria puede entregar información a su compañía relacionada —y que no provee a los demás competidores—, o ajusta las bases de la licitación para que esta firma sea la única que reúna los requisitos específicos, o que la empresa sanitaria modifique las bases con poco aviso, o que la compañía relacionada tenga un acuerdo de excluirse de ciertas licitaciones y de postular a otras en connivencia con algún competidor, estamos frente a un problema de colusión. Lo complejo de este problema para el regulador, es que la información que dichas licitaciones entregan no es fiable. En términos de competencia, las conductas en estudio afectan la concurrencia a este mercado, y en el mediano y largo plazo, aún más a los usuarios. Y si esto fuera poco, usualmente los mercados regulados no son aquellos que las autoridades de la defensa de la competencia examinen con

detención, como lo pueden ser el mercado de los fármacos o de la distribución en supermercados. En muchos casos esta “omisión” se debe a que se asume que la regulación económica sectorial considera mecanismos para evitar este tipo de conductas, lo que no es siempre cierto.

Dentro de este contexto es que la SISS monitorea constantemente el desempeño de las licitaciones públicas de las empresas sanitarias (véase el Recuadro 4), y a partir de esta fiscalización es que ha constatado una serie de hechos que demuestran concentración en el mercado y una creciente adjudicación de proyectos a compañías relacionadas. Así, la evaluación subraya que los mecanismos legales de control de licitaciones han sido sobrepasados por la práctica de las empresas sanitarias (Estrada, 2009). Igualmente, indica que la cantidad de oferentes ha disminuido con los años y, en cambio, las deserciones de quienes compran las bases han ido en aumento; y, finalmente, preocupa la existencia de restricciones impuestas por las empresas sanitarias para que sólo participen en las licitaciones compañías que no mantengan litigios con ellas.

El objetivo de este capítulo es analizar el modelo chileno para establecer cómo el problema de los precios de transferencia en las transacciones entre la empresa sanitaria y sus relacionadas²² podría ser abordado.

RECUADRO 4

AUDITORÍA A PROCESOS DE LICITACIÓN REALIZADOS POR EMPRESAS SANITARIAS

La SISS realiza anualmente un proceso de auditoría a procesos de licitación pública realizados por empresas sanitarias. En un horizonte de análisis de datos de 7 años (2002 al 2008), las licitaciones públicas han ido en aumento.

Sin embargo, cuando se comparan las cifras entre quienes compraron bases (o pliegos) de licitación y quienes presentan ofertas, se percibe que quienes se abstienen de participar (o deserciones) son un grupo creciente. Por ejemplo, para el año 2008 un 44% de quienes compraron bases se abstuvieron de presentar ofertas, mientras que solo un 11% lo hacía en 2002.

El informe concluye que la tendencia mostrada en las licitaciones públicas, tendría su explicación en: “barreras de entrada artificialmente exigentes, en ponderaciones sesgadas de los atributos del oferente para calificar en las propuestas, en el conocimiento de oferentes ‘relacionados’ con mayores posibilidades y también en una creciente especialización que hace más rigurosa la selección de proveedores aptos para participar”.

Fuente: Estrada (2009).

A. La empresa modelo y los precios de transferencia: ¿son relevantes?

Chile, a diferencia de los mayores paradigmas de la regulación económica de servicios sanitarios, como lo son los EE.UU. y el Reino Unido, optó por un mecanismo de regulación diverso al de tasa de retorno (“*rate of return*”) y al de precios tope (“*price cap*”) (Jouravlev, 2000). La legislación sectorial decidió adoptar un modelo único en su género, el que localmente se conoce como “empresa modelo”.

Conceptualmente, Bustos y Galetovic (2002) definen a la empresa eficiente como “una empresa que produce la cantidad demandada al mínimo costo técnicamente posible”. Así, la regulación chilena busca emular la eficiencia que se obtiene de la competencia.

²² Los demás problemas asociados al concepto de precios de transferencia son: i) distribución de costos comunes entre empresas relacionadas; ii) el costo de los bienes y servicios que se intercambian al interior de una firma integrada verticalmente; y iii) el problema de la elección de jurisdicción por parte de una compañía transnacional para “mover” sus utilidades y así pagar menos impuestos.

El inciso primero del artículo 8 de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, establece las condiciones básicas para la determinación de la tarifa: “Para determinar las fórmulas tarifarias, la Superintendencia realizará estudios que deberán enmarcarse en lo que establece este Título y basarse en un comportamiento de eficiencia en la gestión y en los planes de expansión de los prestadores. De esta forma, sólo deberán considerarse los costos indispensables para producir y distribuir agua potable y para recolectar y disponer aguas servidas”. Este planteamiento se encuentra inspirado en la idea sostenida por la disciplina económica, que el monopolio restringe su producción y aumenta sus precios por sobre el costo marginal, de tal modo que se produce una pérdida irrecuperable de eficiencia (“*deadweight loss*”) (Carlton y Perloff, 2000).

El mecanismo de regulación de la empresa eficiente o modelo se podría calificar dentro de aquellos denominados como competencia por referencia²³ (“*yardstick competition*”), pues para el cálculo tarifario el regulador proyecta el costo que una empresa nueva (o “modelo”) tendría que enfrentar para prestar un servicio de determinada calidad a una población por un período de 15 años.

Aun cuando este modelo difiere de los más utilizados alrededor del mundo, Bustos y Galetovic (2002) consideran que el mecanismo de regulación de la empresa eficiente logra los mismos efectos de eficiencia productiva entre períodos tarifarios a semejanza del enfoque de precios tope.

La empresa modelo está definida en el artículo 27 del Reglamento de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios de la siguiente manera: “Se entenderá por empresa modelo, una empresa prestadora de servicios sanitarios diseñada con el objeto de proporcionar en forma eficiente los servicios sanitarios requeridos por la población, considerando la normativa y reglamentación vigentes y las restricciones geográficas, demográficas y tecnológicas en las cuales deberá enmarcar su operación. Asimismo deberá considerar las interconexiones posibles entre prestadores establecidos en ... [la Ley General de Servicios Sanitarios] ... Los costos que se considerarán en el cálculo de las tarifas de cada una de las etapas del servicio sanitario, serán aquellos en que incurriría la empresa modelo correspondiente”.

De esta manera, la empresa modelo se diseña para prestar un servicio eficiente. Los costos que permiten determinar las tarifas, son los que esta empresa ficticia o virtual enfrenta. Para el diseño de la empresa modelo, la SISS debe considerar un esquema administrativo, institucional y un esquema físico del sistema tipo. Por consiguiente, la labor de diseño requiere una gran cantidad de información para poder ser realizado.

La necesidad de información es consustancial a cualquier modelo regulatorio, pues constituye la materia prima con que el regulador construirá su modelo eficiente, y a partir del cual impondrá precios o tarifas a la empresa sanitaria (Laffont y Tirole, 1993). Sin información no hay regulación. De aquí que el problema de la asimetría de información —por el cual la empresa regulada tiene una ventaja informativa sobre el regulador— sea uno de los más estudiados en la teoría económica de la regulación en sectores de servicios públicos.

La cantidad de información requerida por el mecanismo de la empresa modelo es significativa²⁴. Paradójicamente, este enfoque considera que la empresa modelo parte de cero, o dicho

²³ Aun cuando el concepto se utiliza para englobar mecanismos de regulación que comparan (“*benchmarking*”) una serie de parámetros entre compañías reguladas, igualmente este enfoque es aplicable a la empresa modelo, pues construye una firma hipotética a partir de la información disponible de la empresa sanitaria y en el mercado.

²⁴ Los teóricos también han llegado a la misma conclusión. Por ejemplo, Bustos y Galetovic (2002) señalan, “En rigor, el regulador debería diseñar la empresa eficiente con independencia de las condiciones de la empresa real. Pero esto ignora un hecho básico, a saber que la empresa conoce los parámetros de costos y de la demanda con mayor precisión que el regulador —lo que se conoce por ‘asimetría de información’—. Esto implica que de una u otra forma el regulador deberá ‘preguntarle’ a la empresa sobre la magnitud de los parámetros relevantes. Sin embargo, existe un claro conflicto de interés, porque la empresa no querrá anunciar que sus costos son bajos o la demanda alta si cuando lo hace se le fijan precios más bajos”.

de otra manera, la empresa se reconstruye, teóricamente, cada cinco años, que corresponde al período intertarifario (“*regulatory lag*”).

En el sector sanitario hay información, especialmente de costos, que es particular (cloro, tuberías, tecnología, etc.) y otra general (costos de operación, por ejemplo). Ahora, los costos particulares encuentran su fuente en el sector sanitario, con lo que el regulador enfrenta el problema de asimetría de información, pues a las empresas sanitarias no les interesa revelar el verdadero costo (Aguirre y Beitia, 2004). Igual problema enfrentará el regulador al tratar de hacerse con información general, pues una fuente importante de ella es la misma empresa sanitaria (por ejemplo, tecnología y demanda). Si no se resuelve la limitación de la asimetría de información, entonces la muestra de precios con la que el regulador tarificará adolecerá de representatividad, y las tarifas resultantes no representarán precios eficientes. En suma, el mecanismo de empresa modelo opera en la práctica como “empresa real menos ineficiencias gruesas” (Bustos y Galetovic 2002).

Visto el problema desde una perspectiva legal se podría argumentar, como ya lo avanzamos, que las transacciones que haya realizado la compañía sanitaria no resultan inmediatamente relevantes para la empresa modelo, pues es información que refleja a la compañía sanitaria siendo que lo que se persigue es diseñar un prestador nuevo. Claramente esto es una reducción al absurdo, pues la información que se requerirá para el modelamiento de esta empresa eficiente o modelo provendrá de las compañías sanitarias, dada la singularidad de la industria.

Dentro del gran número de variables que el diseño de empresa modelo requiere considerar —y su correlativa información— se encuentran los precios de aprovisionamiento de los esquemas administrativos, institucionales y físicos de los sistemas²⁵. Como ya lo indicamos, la fuente natural de dicha información está en las transacciones de abastecimiento que realizan las empresas sanitarias. De esta forma serán los precios en todas las transacciones, incluidos los precios de transferencia de las licitaciones, la fuente de información más cercana a la realidad de la industria. De aquí que el mecanismo de regulación por empresa modelo requiere de información sobre precios de transferencia para valorizar sus propias transacciones.

Como el cálculo de la tarifa de la empresa modelo sólo considera los costos indispensables para producir y distribuir agua potable y para recolectar, tratar y disponer aguas servidas, entonces la información que se requiera para estos efectos debe garantizar que refleje precios de mercado, esto es, que tiendan a ser eficientes. Para el caso en que en estas transacciones intervenga una empresa relacionada, lo usual será requerir que estas operaciones se realicen en condiciones de independencia (“*at arm’s-length*”) de modo de tratar a cada oferente en las mismas condiciones, y así evitar el subsidio cruzado (Hahne otros, 1999).

Conceptualmente el problema de los precios de transferencia, entendido como la obligación de las empresas sanitarias de realizar transacciones en condiciones de igualdad entre su negocio regulado y sus compañías relacionadas, fluye de lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios. Para este efecto, los precios que se obtengan de las transacciones fiscalizadas o informadas sólo servirán para ser incluidos en el cálculo tarifario en la medida de que den certeza de aquellas condiciones de competencia. De lo contrario, la información no será fiable, y por tanto no debería ser utilizada para el cálculo tarifario.

La relación entre precios de transferencia e información para la regulación resulta ser evidente, pero cómo esta información se inserta en el proceso tarifario puede no aparecer tan clara. Ya hemos mencionado que dicha información nutrirá a la empresa modelo en aquellos parámetros incluidos en la misma, con lo que ya tenemos una importante función. Por ejemplo, si la empresa modelo considera la compra de cloro, entonces resulta evidente que la información de los contratos de

²⁵ Conforme al artículo 6 de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, éstas se calculan “considerando los costos de los sistemas correspondientes a las diversas etapas del servicio sanitario, optimizando el uso de los recursos”.

abastecimiento que suscriba la empresa sanitaria con los proveedores serán la primera fuente de información²⁶. Pero, ¿qué utilidad tiene para el regulador la información que entregan los contratos de venta de aguas servidas tratadas²⁷? La respuesta es clara. Si la empresa modelo no considera esta actividad dentro de su diseño, entonces dicha información es superflua para el proceso, aún cuando no se debe desestimarla para la protección de la competencia. Pero aquí surge una pregunta esencial para la SISS, ¿por qué esa actividad realizada por la compañía sanitaria no es considerada por la empresa modelo? Aún cuando continuar más allá sobre este punto sea una digresión, si merece ser revisada.

La empresa modelo conforme al artículo 27 del Reglamento de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios es “una empresa prestadora de servicios sanitarios diseñada con el objeto de proporcionar en forma eficiente los servicios sanitarios requeridos por la población, considerando la normativa y reglamentación vigentes y las restricciones geográficas, demográficas y tecnológicas en las cuales deberá enmarcar su operación”. De la lectura del articulado se puede concluir lo siguiente: i) la empresa modelo no es la empresa real; y ii) la empresa modelo no tiene todas las restricciones de la empresa real, sino las legales, geográficas, demográficas y tecnológicas. Las circunstancias anteriores no imponen que la solución adoptada por la empresa modelo deba ser la que adopte la empresa real; por ejemplo, que la empresa modelo se fusione con su vecina en nada la obliga a realizarlo. En la práctica, la adopción de la solución más eficiente por parte de la empresa modelo constituye un poderoso incentivo para que la empresa real acomode su operación, y de paso sanciona las decisiones adoptadas en contrario. Ahora, si la legislación permite realizar prestaciones relacionadas, entonces la empresa modelo también lo puede hacer²⁸.

Un ejemplo de lo anterior es la venta de agua servida tratada, que es una actividad que puede ser calificada como relacionada, y que por consiguiente la empresa modelo puede realizar. Si la compañía real realiza este tipo de venta, o si esto se hace en las mejores prácticas de la industria, entonces la empresa modelo debe hacerlo, de otro modo ésta no está maximizando su eficiencia. Esta es una de las similitudes con los precios topes, pues el regulador puede observar la ganancia en eficiencia en el período intertarifario y después incluirla en el siguiente proceso de cálculo de tarifas. Un contra-argumento a esta posibilidad se produce cuando la empresa real no realiza la actividad y la empresa modelo sí²⁹. La empresa sanitaria podría verse enfrentada a un problema de menor recaudación por ser menos eficiente que la empresa modelo y, en casos extremos, perder su equilibrio financiero. Este fenómeno es una muestra de un pobre desempeño de la empresa real, con lo que la adopción de mejores prácticas de la industria implica un incentivo a aquella por mejorar en este aspecto. Sin embargo, la introducción de una actividad relacionada que no realiza la compañía sanitaria requiere hacerse con estudios suficientes que permitan viabilizar el negocio relacionado en la realidad. El peso de la prueba de la inviabilidad recaerá en la empresa. De tal manera que aun cuando la tarifa no da sustentabilidad financiera a la empresa real —por no encontrarse desarrollando la prestación relacionada—, en la realidad lo que sucede es que ella no es eficiente. Siempre se podrá modelar previendo un período de transición hacia el modelo más eficiente.

²⁶ Claramente, las fuentes de información pueden ser tanto únicas y singulares a la industria sanitaria (por ejemplo, bases de datos con precios que mantenga la empresa sanitaria), como múltiples; y en este último caso encontrarse incluso fuera del mercado sanitario (como por ejemplo el precio del gas).

²⁷ En Chile, las empresas sanitarias prestan servicios regulados y realizan actividades relacionadas con su giro. Este último caso no está sujeto a regulación tarifaria, y por esta vía se vende aguas servidas tratadas, biogás producto del proceso de tratamiento de las aguas servidas, servicios de laboratorio, cobranzas prejudiciales, tratamiento de RILES, servicio de plomería, limpieza de fosa séptica, etc.

²⁸ La SISS ha definido el concepto de prestaciones relacionadas como “aquellas que recaen o conciernen de manera directa con los servicios públicos que conforman su objeto principal y sólo están dirigidas a posibilitar su cumplimiento o constituyen acciones necesarias e indispensables para que aquellas se verifiquen”. Entre éstas se encuentran el examen de calidad del agua, asesoría y asistencia técnica, arriendo de maquinarias y equipos de la especialidad, arriendo de sondajes o pozos de agua no explotados, o limpieza de pozos.

²⁹ Contra-argumento sugerido por Cristián Arellano.

La SISS ha adoptado un mecanismo distinto al propuesto en el párrafo anterior en relación con la venta de agua servida tratada. Así, aplica un descuento a los ingresos de autofinanciamiento de la empresa modelo cuando tiene la certeza de que la prestación está siendo realizada por la compañía real. Esta estrategia se asemeja más a la regulación por tasa de retorno, pues reacciona en forma *ex-post* a la materialización de la conducta “eficiente” para así corregir la tarifa que se cobra a los usuarios. Aun cuando en la práctica la eficiencia ganada por la empresa real sea incorporada a la tarifa, este agregado siempre irá atrasado con la estrategia de la empresa real. Aquí se pueden producir dos problemas. Por una parte, la empresa sanitaria al innovar en la generación de alguna prestación relacionada, pero sin estar incorporada a la tarifa, tiene la posibilidad de cobrar rentas potencialmente monopólicas por el servicio. Este posible cobro monopólico durará hasta que el regulador descunte a los ingresos de autofinanciamiento la proporción del servicio —siempre y cuando la SISS sea quien gane esta discusión ante la comisión de expertos— en el siguiente proceso de cálculo tarifario. Por tanto, se produce un desfase en la tarifa que puede, por un lado, dar pie al cobro de rentas potencialmente monopólicas, y por el otro, generar incentivos para la eficiencia e innovación. Un segundo problema de la práctica de la SISS, es que la empresa modelo no se estaría diseñando, al menos en la materia que nos ocupa, para introducir eficiencia en el sector; sino más bien para incorporar eficiencia a la empresa real. Aquí se produce la paradoja de observar que la eficiencia e innovación en la industria sanitaria chilena vendría dada por la empresa real, a pesar de que ésta no tiene los incentivos para hacerlo a partir de la empresa modelo.

En consecuencia, el problema de los precios de transferencia tiene una clara incidencia en el mecanismo de regulación, pues constituye una fuente de información no sólo para el proceso de cálculo tarifario, sino que también, como veremos más adelante, servirá para proteger la concurrencia a los mercados de abastecimiento de las empresas sanitarias (y de otros sectores de la economía).

B. La protección de la competencia

Ya hemos mencionado con anterioridad que el control de precios de transferencia, entendido como el control de las transacciones realizadas entre empresas sanitarias con otras de su mismo grupo empresarial, busca verificar que esas operaciones se realicen en condiciones de mercado. El propósito en términos de regulación económica es que la información que el regulador tome de esas transacciones sea correspondiente con el precio de mercado. Esto garantiza que el diseño de la empresa modelo se base en precios eficientes y finalmente se maximice el bienestar. Cuando los precios de esas transacciones no son los de mercado, por cualquier razón, entonces no se logra el objetivo de maximizar el bienestar general³⁰.

Pero el problema anotado tiene una faceta más evidente desde la perspectiva de la organización industrial que es la posible afectación de la concurrencia. Ésta se produce al momento en que el proceso de aprovisionamiento de la empresa sanitaria no se realice en condiciones de mercado. De esta forma, el precio que paga la empresa sanitaria se aparta del precio que se cobra en mercados competitivos produciendo rentas económicas; o, la empresa puede aceptar un producto de inferior calidad. Adicionalmente al problema de la eficiencia distributiva, la firma seleccionada puede no ser la más eficiente, y de esta manera se menoscaba la competencia entre empresas que proveen insumos (Boehm y Olaya, 2006).

³⁰ Entendido como la suma del bienestar del productor y el del consumidor.

En términos simplificados, la falta de condiciones de mercado dice relación con la existencia de barreras de entrada³¹ y colusión horizontal³². Estos problemas se manifiestan en diferentes características, como lo son un reducido número de oferentes, la existencia de oferentes con poder de mercado, la colusión entre ellos para eliminar la competencia, o la falta de información, tanto para la empresa sanitaria como para los oferentes.

Situaciones más extremas que afectan el desempeño del mercado están asociadas a casos de corrupción, donde aparecen conductas como el pago de sobornos³³, fraude³⁴, malversación³⁵, extorsión³⁶ o favoritismo³⁷ (Andvig y otros, 2000). La existencia de corrupción en los procesos de aprovisionamiento puede inducir a un fenómeno de selección adversa³⁸ (oportunismo precontractual), por el cual los contratos sólo se adjudican a empresas corruptas. La corrupción en el proceso de aprovisionamiento impone un costo adicional (por ejemplo, el pago de sobornos) que deberá ser amortizado —subrepticamente— en el precio que se pague en la transacción (Boehm y Olaya, 2006).

En el sector sanitario, la falta de competencia tiene un doble efecto. Por una parte, se genera una verdadera cadena, pues quienes pagan finalmente el sobreprecio son los usuarios cautivos de las empresas sanitarias a través de sus cuentas de agua —la regulación insuficiente se convierte de este modo en una especie de impuesto pagado por clientes a favor de los prestadores—, pues estas compañías no asumirán aquella pérdida con sus propias utilidades a pesar de que su propia ineficiencia o connivencia las ha causado. De esta forma se produce la transferencia económica desde los clientes de la empresa hacia quienes reciben el sobreprecio, en lo que se denomina subsidio cruzado. Por el otro lado, los concurrentes perdedores se ven excluidos, lo que disminuye la rivalidad futura —pues dudan de la transparencia del mercado—, reduciendo la cantidad de futuros oferentes y consolidando la posición de dominio de quienes se hacen de los concursos, y restringen la competencia.

En materia de protección a la competencia, las conductas asociadas con la manipulación de una licitación se pueden clasificar en dos. Las primeras podrían ser agrupadas como verticales, pues relacionan a los oferentes con la empresa sanitaria en prácticas de corrupción. Las segundas pueden ser denominadas horizontales por que incluyen prácticas como la cartelización y la manipulación fraudulenta de licitaciones (“*bid-rigging*”)³⁹.

Las conductas verticales pueden abarcar desde el soborno, pasando por el fraude y la malversación, para terminar en la extorsión o en el favoritismo. El soborno es utilizado ampliamente

³¹ Se entiende por barrera de entrada aquellos “factores que impiden o disuaden la entrada de nuevas firmas a un sector industrial aun cuando las firmas establecidas estén recibiendo ganancias en exceso” (OCDE, 1993).

³² Se entiende por colusión las “asociaciones, conspiraciones o acuerdos entre vendedores para elevar o fijar precios y para reducir la producción con el objeto de aumentar las ganancias” (OCDE, 1993). La colusión será horizontal cuando esas conductas se sostengan entre competidores.

³³ Soborno “es el acto de ofrecer a alguien dinero, servicios u otros valores, para persuadirlo(a) de hacer algo a cambio” (U4 Anti-Corruption Resource Centre, 2010).

³⁴ Fraude “es el crimen económico que involucra engaño, artimañas o simulaciones, por las que alguien gana ilegalmente” (U4 Anti-Corruption Resource Centre, 2010).

³⁵ Malversación “es la apropiación indebida de bienes o fondos que han sido entregados en custodia a alguien en su calidad de agente o guardián” (U4 Anti-Corruption Resource Centre, 2010).

³⁶ Extorsión “es la demanda o recepción ilegal de bienes o dinero por intermedio de la fuerza o amenaza” (U4 Anti-Corruption Resource Centre, 2010).

³⁷ Favoritismo “se refiere a la normal inclinación humana de preferir conocidos, amigos o familiares por sobre extraños. Por tanto, no es siempre una forma de corrupción. Sin embargo, cuando un funcionario público (o el sector privado) demuestra favoritismo para distribuir injustamente puestos de trabajo y recursos, entonces ellos son culpables de favorecer a quienes no tienen los méritos (“*cronyism*”) o nepotismo, dependiendo de la relación que mantengan con la persona que se beneficia” (U4 Anti-Corruption Resource Centre, 2010).

³⁸ Se entiende por selección adversa “oportunismo precontractual, que se da cuando una de las partes contratantes dispone de información que desconoce la otra parte y utiliza en su provecho” (Economía 48, 2009).

³⁹ Clasificación adaptada de Boehm y Olaya (2006).

en el sector del aprovisionamiento y la construcción para manipular las decisiones presupuestarias, influenciar la selección del proyecto y las especificaciones de la licitación, manipular o influenciar el resultado del proceso de aprovisionamiento o las negociaciones contractuales, arreglar renegociaciones antes y después de adjudicar la licitación, cubrir la mala calidad y el resultado de la construcción, o permitir el hurto de materiales (Cap-Net y SIWI, 2010).

Las prácticas de fraude, malversación, extorsión y favoritismo, sin excluir el soborno, pueden estar presentes en la fase de preparación de un proyecto, para contrarrestar o eliminar la competencia; influenciar decisiones estratégicas; “arreglar” términos de referencia, requerimientos de licitaciones, y especificaciones para favorecer a un oferente; entregar información interna sobre criterios de evaluación, precios de reserva, o respecto de otras licitaciones; imponer plazos más cortos de modo de dar ventaja a aquellos oferentes que han tenido más tiempo para prepararse (Cap-Net y SIWI, 2010). En tanto, en la fase de licitación y adjudicación, las conductas corruptas pueden afectar el proceso anterior a la licitación por la vía de ajustar ofertas y propuestas. También pueden distorsionar el proceso posterior, por la vía de manipular la evaluación del precio y la calidad de las propuestas. Si quienes forman parte del comité de adjudicación también supervisan las obras y los servicios, el contrato puede ser adjudicado arbitrariamente de manera de invertir por debajo de las especificaciones a cambio de sobornos o favores.

En tanto las conductas horizontales corresponden a las clásicas figuras contrarias a la competencia. La más usual es la colusión. La definición económica entiende que ésta corresponde a un resultado, cual es un precio por sobre un comparador competitivo, y no por la forma específica en que este se logra (Motta, 2004). En general, estamos en presencia de combinaciones, conspiraciones o acuerdos —formales o informales, explícitos o implícitos— entre oferentes para manipular el precio (subirlo o fijarlo) o disminuir la oferta para mejorar sus ingresos (OCDE, 1993). Este tipo de conductas adoptan formas explícitas, como los carteles⁴⁰, o tácitas, como el paralelismo⁴¹.

Además de las conductas anteriores, la industria sanitaria, y en general las industrias reguladas, presentan, en teoría, una práctica adicional, y que podríamos denominar “colusión vertical”. Esta conducta se refiere a las combinaciones, conspiraciones o acuerdos entre una empresa sanitaria y otra compañía de su mismo grupo empresarial, con el propósito o de manipular el precio, y así aumentarlo, o manipular una licitación, para adjudicársela a esta última. El resultado de esta conducta aumenta las utilidades de la empresa del mismo grupo empresarial y, de paso, mejora la posición financiera del conglomerado. La empresa sanitaria no tiene pérdidas por este tipo de transacciones, pues quien asume la ineficiencia de la transacción será el usuario, si es que no se cuenta con la información suficiente y un mecanismo legal que faculte al regulador para evitar este tipo de conductas.

La colusión vertical tendrá todos los efectos negativos que ya hemos señalado, produciendo además selección adversa, ineficiencia distributiva y barreras de entrada. Esta particularidad de las industrias reguladas se explica por la posición de dominio que estas compañías ostentan, al ser monopolios naturales y, usualmente también, legales.

Todas las conductas anteriores se encuentran sancionadas en Chile por el Decreto con Fuerza de Ley N° 1 de 2005, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, sobre promoción y defensa de la libre competencia. En el artículo 3 señala que quien ejecute o celebre, individual o colectivamente, cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia, o que tienda a producir dichos efectos, será sancionado sin perjuicio

⁴⁰ Un cartel “es un acuerdo formal entre firmas en una industria oligopólica. Los miembros del cartel pueden acordar en materias como precios, producción total de la industria, porciones de mercado, distribución de clientes, distribución de territorios, manipulación fraudulenta de licitaciones, establecimiento de agencias de ventas comunes, y la división de ganancias o la combinación de éstas” (OCDE, 1993).

⁴¹ El paralelismo se produce cuando las firmas oligopólicas toman en consideración la conducta de sus competidoras y coordinan sus acciones como si fuera un cartel, pero sin un acuerdo explícito o declarado (OCDE, 1993).

de las medidas preventivas, correctivas o prohibitivas que respecto de dichos hechos, actos o convenciones puedan disponerse en cada caso. Especifica que se consideran, entre otros, como hechos, actos o convenciones que impiden, restringen o entorpecen la libre competencia o que tienden a producir dichos efectos, los siguientes:

- Los acuerdos expresos o tácitos entre competidores, o las prácticas concertadas entre ellos, que les confieran poder de mercado y que consistan en fijar precios de venta, de compra u otras condiciones de comercialización, limitar la producción, asignarse zonas o cuotas de mercado, excluir competidores o afectar el resultado de procesos de licitación.
- La explotación abusiva por parte de un agente económico, o un conjunto de ellos, de una posición dominante en el mercado, fijando precios de compra o de venta, imponiendo a una venta la de otro producto, asignando zonas o cuotas de mercado o imponiendo a otros abusos semejantes.
- Las prácticas predatorias, o de competencia desleal, realizadas con el objeto de alcanzar, mantener o incrementar una posición dominante.

Todas las conductas posibles contrarias a la competencia en el sector sanitario son perseguibles por la autoridad de la defensa de la competencia, esto es, la FNE y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC).

A esta altura cabe preguntarse qué rol debe jugar la SISS en este esquema de protección a la competencia. *Prima facie*, no es evidente que sea otra autoridad que la FNE y el TDLC, la que sea llamada también a velar por la concurrencia.

Como veremos más adelante, en el Reino Unido, tanto OFWAT como la Comisión para la Industria del Agua de Escocia tienen potestades concurrentes —o paralelas— a la autoridad de la defensa de la competencia (*Office of Fair Trading*). A esta aproximación británica se le suma la entrega de potestades a los reguladores para solicitar información y de auditoría de información contable que abarquen desde la empresa sanitaria hasta las compañías que participen de las licitaciones. Esto que es una práctica de larga data en los EE.UU., y más reciente en el Reino Unido, paradójicamente es inexistente en Chile, con la excepción del artículo 67 de la Ley General de Servicios Sanitarios, que, como veremos más adelante, no cumple una verdadera función de control de este tipo de conductas.

Otra excepción la encontramos en el artículo 70 de la Ley General de Servicios Sanitarios que reprime como conductas contrarias a la competencia, aquellas que signifiquen “La coordinación de las empresas prestadoras, sus administradores, directores o empleados, así como cualquier otro acto o convención tendiente a distorsionar o encubrir la información de costos de prestación del servicio con el fin de influir en la obtención de tarifas más altas en el proceso de fijación tarifaria”. Este último caso comprende las prácticas colusorias detectables por el control de precios de transferencia, pero no las sanciona y sólo las remite a la legislación de defensa de la libre competencia.

Dado el contexto en que opera la SISS, la recomendación para mejorar su posición resulta obvia. Sin duda este organismo deberá contar con una normativa suficiente para recopilar información y auditar —por sí o por terceros— la contabilidad incluso de los oferentes en licitaciones públicas.

Hasta que lo anterior no suceda, la SISS puede adoptar medidas que al menos protejan su proceso de tarificación de información que podría estar “contaminada” por prácticas que la misma autoridad estime como poco confiables. De esta manera, por ejemplo, las bases de datos que surten de información al diseño de la empresa modelo podrían adoptar estándares de incorporación de información más estrictos. De esta manera, los datos que envía la empresa sanitaria tendrían que cumplir con una serie de requerimientos adicionales, que fueren aquellos que garanticen la concurrencia en la formación de los precios informados.

Si la información que envía la empresa sanitaria no cumple con esos requerimientos, entonces debería ser rechazada y no ser considerada para el siguiente proceso tarifario. Para el caso de que la SISS se encuentre con bases de datos no suficientemente pobladas, podría imponer una metodología de cálculo donde el precio de transferencia se fije al costo marginal por ejemplo, conforme el artículo 13 de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, que garantice a la SISS —y a todos los usuarios— que los precios que se utilicen sean lo más cercanos a los precios eficientes.

Otra medida que podría permitir controlar la eficiencia de los precios es construir un anillo de protección (“*ring-fence*”) alrededor de las actividades reguladas para evitar así que se contaminen con precios de negocios no regulados (incluyendo los relacionados). De esta forma se podría observar dentro de la empresa sanitaria cuáles son sus ingresos por actividades no reguladas para contrastarlos al precio que se imputa cuando se transfiere a la actividad regulada.

C. Comparación con los mecanismos de control y estructura legal

La SISS para efectos de supervigilar y controlar a las empresas sanitarias puede “pedir informes ... inspeccionar los servicios ... revisar o auditar la contabilidad y, en general, adoptar las medidas necesarias para velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias” (artículo 55 de la Ley General de Servicios Sanitarios). Esta es la disposición general que entrega la potestad de recabar información de cualquier índole de las empresas sanitarias. La inobservancia por parte de las empresas de las instrucciones relacionadas con la solicitud de información por el regulador, son sancionadas con una multa que bordea desde 1 Unidad Tributaria Anual (UTA) (aproximadamente 900 dólares) hasta las 50 UTA (46.000 dólares). Como se observa, el desincentivo económico es bastante menor, lo que puede hacer más atractivo a las empresas sanitarias pagar la multa en vez de entregar información que les pueda significar una menor recaudación.

En materia de precios de transferencia sólo existe una disposición. El artículo 67 de la Ley General de Servicios Sanitarios señala que las empresas prestadoras no pueden adquirir bienes o contratar servicios por un valor de más de 500 UF con personas relacionadas a menos que dichos actos hayan sido objeto de una licitación pública. Las condiciones de los contratos celebrados mediante dicha licitación pública sólo pueden ser alterados por razones fundadas con acuerdo de al menos los dos tercios del directorio de la sociedad sanitaria y con información oportuna a la SISS. Anualmente, el prestador debe informar detalladamente a la SISS sobre los contratos y transacciones asociadas a la compra de bienes o servicios con personas relacionadas. La SISS debe comparar los precios de dichos contratos y transacciones con los prevalecientes en el mercado, sobre la base de una muestra representativa y, en caso de detectar diferencias estadísticamente significativas, debe informarlo a la SVS para efectos de lo dispuesto en el artículo 44⁴² de la Ley de Mercado de Valores.

Así, una empresa relacionada —del mismo grupo empresarial— no podrá vender bienes ni prestar servicios a la empresa sanitaria sino es a través de una licitación pública cuando el monto de la transacción sea superior a 500 UF. Curiosamente, el inciso segundo se preocupa de exigir la entrega de información relativa a estas transacciones, pero para el solo efecto de informar a la SVS sobre posibles conflictos de interés de los directores de la empresa sanitaria cuando éstos tienen vinculación con el co-contratante. La Ley sobre Sociedades Anónimas (Ley N° 18.046) establece en su artículo 146 qué se entiende por operación con empresas relacionadas (véase el Recuadro 5).

⁴² Con la última modificación a la Ley sobre Sociedades Anónimas, por la Ley N° 20.382, la referencia cambia hacia lo dispuesto en el Título XVI de esa misma ley, sobre operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas y sus filiales.

El año 2005 se aprobó el Reglamento del artículo 67, el Decreto Supremo del Ministerio de Obras Públicas (MOP) N° 214. En sus 19 artículos el Reglamento establece los requisitos a los que deben ajustarse los procesos de licitación pública, con el doble propósito de la elección de la contraparte en la transacción y el conocimiento de los precios de mercado. Esto último es el centro de la preocupación del control de precios de transferencia.

RECUADRO 5

DEFINICIÓN DE OPERACIÓN CON EMPRESAS RELACIONADAS

Son operaciones con partes relacionadas de una sociedad anónima abierta toda negociación, acto, contrato u operación en que deba intervenir la sociedad y, además, alguna de las siguientes personas:

- Una o más personas relacionadas a la sociedad, conforme al artículo 100 de la Ley N° 18.045.
- Un director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador de la sociedad, por sí o en representación de personas distintas de la sociedad, o sus respectivos cónyuges o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad inclusive.
- Las sociedades o empresas en las que las personas indicadas en el número anterior sean dueños, directamente o a través de otras personas naturales o jurídicas, de un 10% o más de su capital, o directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales.
- Aquellas que establezcan los estatutos de la sociedad o fundadamente identifique el comité de directores, en su caso, aun cuando se trate de aquellas indicadas en el inciso final del artículo 147.
- Aquellas en las cuales haya realizado funciones de director, gerente, administrador, ejecutivo principal o liquidador ... de la sociedad, dentro de los últimos dieciocho meses.

Fuente: Artículo 146 de la Ley de Sociedades Anónimas.

En general, el Reglamento presenta una serie de disposiciones sobre las etapas que debe contener una licitación pública, así como también cómo proceder con las precalificaciones⁴³, el contenido de las bases, la publicidad del proceso, la evaluación de propuestas y adjudicación de contratos, y otras normas.

El Reglamento está bien apuntado a promover las condiciones mínimas para asegurar licitaciones eficientes. Sin embargo, la SISS tiene mínimas facultades para intervenir en esos procesos que, como ya hemos visto, presentan particularidades que los hacen susceptibles a la colusión de los oferentes, con lo que al no entregarle facultades de investigación a la SISS el Reglamento no pasa de ser una suerte de código de ética. Esto contrasta con la forma en que Inglaterra y los Estados Unidos lo han hecho, donde no sólo existen normas prescriptivas sobre cómo llevar adelante las licitaciones, sino que también se entregan fuertes poderes a los reguladores.

Ahora bien, la Ley sobre Sociedades Anónimas, en su Título XVI, establece normas sobre operaciones con partes relacionadas en las sociedades anónimas abiertas y sus filiales, las que son exigibles para las empresas sanitarias, al ser éstas sociedades anónimas. Además de definir qué se entiende por operaciones con partes relacionadas, la ley establece (artículo 147) requisitos adicionales a los de la normativa sanitaria, donde se señala que este tipo de operaciones sólo podrán ser celebradas “cuando tengan por objeto contribuir al interés social, se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado al tiempo de su aprobación, y cumplan con los requisitos y procedimientos que se señalan”. Eso sí, estos requerimientos sólo son exigibles cuando las operaciones superen el 1% del patrimonio social, siempre que este exceda las 2.000 UF

⁴³ Aquel que tiene por fin el “seleccionar al conjunto de oferentes que cumplan con las exigencias que, a juicio del licitante, sean indispensables para continuar en el proceso de licitación o participar en uno futuro” (artículo 6).

(aproximadamente 88 mil dólares), o cuando en general la operación supere las 20.000 UF (880 mil dólares), más otras excepciones.

En el caso de Inglaterra, la estructura industrial es semejante a la chilena. Ambas jurisdicciones comparten la característica de poseer un regulador nacional dentro de un mercado operado por empresas privadas. Estas empresas no se encuentran impedidas de realizar otras actividades que las sanitarias.

La Ley de Empresas de Servicios Públicos de Aguas (“*Water Utilities Act 1991*”) entrega a OFWAT la función de regular económicamente la industria, velando —entre muchas otras obligaciones— por proteger a los consumidores incluso en el ejercicio de actividades no reguladas de las empresas sanitarias. Con este propósito, el artículo 2.3.d.i. —que señala las obligaciones generales con relación a la industria sanitaria— establece que las empresas deberán realizar estas transacciones a precios de mercado (“*arm’s-length*”); incluso indica que las actividades de las empresas relacionadas deberán conformarse a este principio. Esta mención en la parte fundacional de la ley inglesa, representa una forma distinta de enfrentar el fenómeno de los precios de transferencia, por cuanto expresamente se preocupa del problema, lo que contrasta con el caso chileno donde su tratamiento se reduce a normas de licitación pública en el aprovisionamiento.

Conforme a la Guía de Contabilidad Regulatoria 5.04 (Precios de Transferencia en la Industria Sanitaria) de OFWAT (2005), el interés en la materia se centra en tres aspectos: i) precios de transferencia entre actividades reguladas y empresas relacionadas; ii) precios de transferencia por bienes compartidos desde la actividad regulada hacia la empresa relacionada; y iii) distribución de costos entre la actividad regulada y la no regulada de la empresa de agua (véase la página 17 y el Anexo 4). Excluidos del ámbito de la guía quedan otros problemas de precios de transferencia, tales como las transferencias entre la actividad no regulada de la empresa de agua y la empresa relacionada, y la venta de agua, servicio de alcantarillado y la venta de inmuebles excedentarios desde el segmento de actividades reguladas de la empresa de agua hacia la empresa relacionada. Esto contrasta con el caso chileno, que sólo se centra en el primer y segundo aspecto de preocupación del sistema inglés.

Con relación a las licitaciones, OFWAT tiene la potestad concurrente —o conjunta— con la autoridad de la defensa de la competencia —tanto inglesa como de la Unión Europea— en el sector sanitario inglés. Esta es una innovación del modelo inglés que implica que en la práctica existan dos autoridades con potestades para controlar el problema de la competencia. Esto es resultado de una larga discusión en todo el Reino Unido sobre el rol del regulador en la protección de la competencia.

A pesar de ser la industria sanitaria una expresión de la falta de competencia, hasta que se modificó la Ley de Empresas de Servicios Públicos de Aguas el año 2002, el problema tradicionalmente era de cargo de la autoridad de la defensa de la competencia. Como ella percibía que la industria sanitaria estaba regulada, entonces se suponía que la mayoría de estos problemas se encontraban ya controlados, quedando aquellos no cubiertos dentro de su jurisdicción.

Una similitud entre el modelo inglés y el chileno se produce al momento de tarifificar, pues en ambos casos se realiza a futuro y bajo un estándar de eficiencia⁴⁴. Así la información que proporciona la contabilidad regulatoria en relación con los precios de transferencia es utilizada para calcular la tarifa. Ahora bien, en el caso de Chile, dicha utilización es menor.

En Inglaterra, las empresas de servicios públicos de aguas al ser reconocidas como prestadoras del servicio sanitario se les otorga una licencia (“*Instrument of Appointment*”) —semejante al decreto de concesión chileno, pero con un plazo fijo y renovable— donde se define en detalle diversas materias, entre las que se incluyen normas sobre contabilidad e información contable.

⁴⁴ La gran diferencia es que el modelo inglés tiene que remunerar las inversiones ya hechas y no así el chileno, con la sola excepción de las obras conocidas como “singulares” que corresponden a construcciones ya existentes de la empresa real que se tarifican en la empresa modelo.

Esta última parte de la licencia es conocida como la “Condición F”, e incluye disposiciones sobre registros contables, declaraciones contables, información de segmentos, protección financiera (“*financial ring fencing*”), bases de distribución y reparto, contabilidad de costos corrientes, auditoría y publicación de declaraciones contables, normas sobre consulta a la autoridad de la defensa de la competencia, y normas sobre operaciones con empresas relacionadas.

En el caso de los EE.UU., el interés por el problema de los precios de transferencia no difiere del esfuerzo inglés. A pesar que la prestación privada sólo sirva a alrededor de un 18% de la población⁴⁵, la cantidad de empresas de servicios públicos de aguas que son de propiedad privada alcanza a un 70% del universo total de 156,000 servicios públicos de agua⁴⁶ (Denig-Chakroff, 2008). Ahora, esta circunstancia sumada a la existencia de diversos estados federados, hace que el problema de los precios de transferencia sea más difícil de detectar y de generalizar. Para la presente comparación utilizaremos el ejemplo del estado de Pensilvania.

A diferencia del modelo inglés que no impide las transacciones con empresas relacionadas, en el caso del estado de Pensilvania se adopta una posición radical al prohibirlas sin el previo consentimiento del regulador. Esta aproximación dista poco de la filosofía de PUHCA, la que en su parte expositiva señalaba, “para obligar a la simplificación de los sistemas de grupos empresariales de servicios públicos y la eliminación de propiedades perjudiciales para el buen funcionamiento de esos sistemas, y para proporcionar lo antes posible la eliminación de los grupos empresariales de servicios públicos”. El colapso de grandes conglomerados en los EE.UU. durante la Gran Depresión de los años treinta, reveló una serie de prácticas por parte de los grupos empresariales que llegaron a ser tan repudiadas a nivel público, que el mismo Presidente de la época, Franklin Delano Roosevelt, abogó por la desconcentración (Thakar, 2008).

Conforme al Código de Empresas de Servicios Públicos (*Public Utility Code*) de Pensilvania, la cantidad de situaciones en que se pueda dar una relación entre empresas relacionadas (“*affiliated interest*”) es bastante amplia. A su vez, el Código de Pensilvania (*Pennsylvania Code*), dispone en su artículo 149.21 que los precios de venta entre empresas relacionadas deben guardar relación con los cobrados a organizaciones independientes por productos y cantidades similares (“*arm’s-length*”).

El modelo utilizado en el estado de Pensilvania prohíbe, sin la aprobación del regulador, cualquier tipo de contrato o arreglo entre empresas relacionadas para la provisión de servicios de administración, supervisión, construcción, ingeniería, contabilidad, legal, financiero o similares, y ningún contrato o arreglo para la compra, venta, arrendamiento o intercambio de cualquier propiedad, derecho o cosa, entre otros (artículo 2102). Una vez aprobado el contrato, subsiste la obligación de la empresa de servicios públicos de agua de buscar la aprobación del regulador para modificar o realizar cambios al mismo. Es más, el hecho de suscribir un contrato no implica que los pagos que se deriven de éste se vayan a realizar, si estos parecen como no razonables al regulador, quien puede desecharlos en cualquier procedimiento relacionado con tarifas o actuaciones de la empresa de agua (artículos 2102 y 2103).

El regulador podrá ordenar o dictar una norma de aplicación general por la que se obligue a incluir en el contrato con la relacionada una cláusula que comprometa a esta última a entregar a la empresa de agua una declaración detallada de los costos al momento de cobrar por cualquier servicio, propiedad, valores, derechos o cosas originados en el contrato (artículo 2104). Asimismo, el marco regulatorio indica que los contratos que se celebren en contravención de las normas anteriores o en

⁴⁵ La población atendida por las empresas de servicios públicos de aguas de propiedad privada sólo alcanza al 18%, en tanto que los gobiernos locales sirven al 77%, y el restante 5% es abastecido por otras entidades (Denig-Chakroff, 2008).

⁴⁶ La Agencia de Protección Ambiental (EPA) (2010) de los EE.UU. define servicios públicos de agua como “un sistema para la provisión al público de agua para consumo humano por medio de cañerías u otros medios construidos de transporte, siempre que esos sistemas tengan al menos 15 conexiones de servicio o regularmente sirvan al menos 25 individuos”.

contra de cualquier orden o norma general, serán nulos y la transacción será ilegal (artículo 2105); y quienes concurran a la rúbrica a sabiendas de la contravención serán castigados como delito menor en primer grado (“*misdemeanour in the first degree*”, artículo 3306). Además se aplicarán multas.

Esta aproximación al control de los precios de transferencia dista mucho del modelo chileno, que es menos asertivo con el problema. La forma norteamericana de PUHCA no ha cambiado sustancialmente desde el año 1935, aun cuando la ley de ese año haya sido modificada en 2005, en lo principal, para permitir la diversificación de las empresas de servicios eléctricos; pero, en lo que respecta al control de los precios de transferencia se mantiene la potestad del regulador eléctrico para requerir información (libros contable y documentos), y por revisar y autorizar la distribución de costos de bienes y servicios prestados por una “compañía asociada”⁴⁷ a la empresa de servicios eléctricos.

⁴⁷ Por empresa asociada la Ley de Grupos Empresariales de Servicios Públicos de 2005 entiende en su artículo 366.5, “cualquier compañía en el mismo grupo empresarial que la empresa de servicios públicos”.

IV. Recomendaciones

Revisada la experiencia chilena es posible constatar que el problema de los precios de transferencia no se condice con la importancia que se le da en países como los EE.UU. o Inglaterra. La relevancia de la materia en esas jurisdicciones está aparejada con los posibles daños económicos que pueden causar subsidios cruzados entre una empresa regulada y una de sus compañías relacionadas, tanto a los usuarios cautivos de la primera como a los competidores de la segunda. Este doble daño es incluso superior al perjuicio que produce la colusión, y que es severamente castigada en la legislación de la defensa de la competencia.

Contrariamente a la experiencia norteamericana e inglesa, el marco regulatorio chileno sigue soportando la posibilidad de evitar el doble daño del descontrol de los precios de transferencia con sólo un artículo de su legislación y un reglamento declarativo. La evaluación resulta aun ser menos halagüeña cuando se observa que al regulador económico no le asisten poderes para investigar y fiscalizar estas transacciones.

El lado positivo del análisis muestra que dado el bajo desarrollo de la materia en Chile, es posible promover una propuesta consistente para enfrentar el problema de los precios de transferencia que incorpore el estado del arte sobre la materia.

El primer paso será entender que el problema de los precios de transferencia es inherente al monopolio natural, representado por una empresa sanitaria que forma parte de un grupo empresarial. La posición dominante que ejerce la empresa sanitaria es incontrarrestable dentro del ámbito de su desempeño, con lo que la posibilidad de un abuso de ese poder es inherente a la industria. Precisamente su marco regulatorio parte de la base que tanto sus tarifas como su calidad y otros aspectos relevantes de la prestación deben ser controladas, dado aquel poder.

Un segundo paso será acordar que los puntos de entrada de control de los precios de transferencia en el mecanismo de regulación chileno son tres. El primero es la protección de la competencia en los mercados relacionados con los servicios sanitarios; seguido en segundo lugar por la regulación de las conductas asociadas a los precios de transferencia; para terminar en tercer lugar en el flujo de información para la determinación de tarifas⁴⁸. Cada uno de estos tres puntos de entrada

⁴⁸ Por cierto que el orden dado no jerarquiza los problemas, sino que es meramente indicativo.

permite formular un análisis y propuestas sobre el modelo chileno, y así agrupar funcionalmente la mayoría de los problemas detectados.

Ya señalábamos que el punto de entrada de la **protección de la competencia** era el más evidente asociado a los precios de transferencia, puesto que del lado de los proveedores de la industria sanitaria esto constituiría colusión y corrupción en muchos casos. La forma tradicional de enfrentar estas conductas ha sido el recurso a la legislación de protección de la competencia, la que en Chile ha ido creciendo en importancia luego de profundas reformas experimentadas a partir de la creación del TDLC en el año 2003. En tanto, la perseguidora, la FNE, ha experimentado un fortalecimiento en sus funciones que, como nunca, la ha potenciado para reprimir conductas como la colusión.

Uno de los tópicos en regulación económica ha sido su introspección sobre su propio rol en materia de protección de la competencia —como actividad *ex post*—, dado que por antonomasia está dedicada a controlar uno de los problemas clásicos: el monopolio. Las soluciones han sido diversas, desde la ya revisada de poderes concurrentes como en el caso de Inglaterra y Gales, pasando por autoridades de la defensa de la competencia con poderes regulatorios, o acuerdos formales entre reguladores y esas autoridades (Department of Trade and Industry, 2006; Blumenthal, 2005).

Dada la estructura institucional chilena en materia de competencia, se pueden pensar medidas de modificación institucional y otras de reforma funcional, para enfrentar el fenómeno de los precios de transferencia. En términos institucionales una de las posibles soluciones sería entregar a la SISS potestades conjuntas con la FNE en esta materia.

Una de las bondades de este mecanismo sería que al tener el regulador mejor conocimiento de la estructura industrial del sector y comportamiento de sus actores, su acción podría ser más certera. Sin embargo, dada la limitada experiencia del regulador en esta materia en un principio —que podría generar problemas al momento de perseguir conductas complejas como la colusión—, entonces se puede diferir la entrada en vigencia para el mediano plazo, mientras que la FNE fortalece la capacidad de la SISS para enfrentar estas complejas investigaciones.

En el ínterin, se deberían promover acciones de sinergia institucional entre la SISS y la FNE:

- La SISS debería crear una división encargada de supervigilar el funcionamiento del mercado sanitario, donde se siguiera de cerca materias como los precios de transferencia en el aprovisionamiento de la industria, control de fusiones, concentración de mercado, discriminación, abuso de posición dominante, y otros. En el caso de los precios de transferencia sería útil que la SISS adoptara mecanismos de control como los propuestos por la OCDE para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas (véase el Recuadro 6).
- Esta división debería tener a su cargo la prospección de la desregulación de determinados segmentos (etapas) de la industria sanitaria. Por ejemplo, habría que revisar la institución de los grandes consumidores para promover competencia, pudiendo adoptar diversas medidas como el disminuir el umbral de pertenencia a esta categoría, así como también revisar las normas particulares aplicables. Otra área de interés podría ser crear un segmento de venta al menudeo (“*retail*”) donde hubieren varios competidores. Otro segmento, podría ser la subasta de capacidad ociosa para el tratamiento de RILES⁴⁹. En la misma línea, velar por el correcto funcionamiento del mercado de la venta de agua cruda y la disposición de aguas servidas, RILES y venta de agua servida tratada; y, preparar

⁴⁹ Una iniciativa que ya está siendo probada en Escocia, es la venta forzosa de un porcentaje del agua potable que produce la sanitaria hacia sus competidores para abastecer a los grandes consumidores.

presentaciones relacionadas con el artículo 12 inciso segundo de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios⁵⁰.

RECUADRO 6

LINEAMIENTOS DE LA OCDE PARA COMBATIR LA COLUSIÓN ENTRE OFERENTES EN LICITACIONES PÚBLICAS

Se considera que se produce colusión entre oferentes en licitaciones cuando las empresas “conspiran secretamente para aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios por medio de un proceso de licitación”. En los países miembros de la OCDE ésta es una práctica ilegal y, en algunos, también se sanciona penalmente.

La OCDE ha identificado cuatro esquemas de manipulación de licitaciones comunes, o también denominadas prácticas colusorias, utilizadas por agentes económicos en una licitación para adjudicarse el bien o servicio licitado, orientados a “aumentar los precios o reducir la calidad de los bienes o servicios que ofrecen a los compradores que buscan adquirir bienes o servicios por medio de un proceso de licitación”:

- En primer lugar, las denominadas “**ofertas de resguardo**” o también llamadas “complementarias” o de “cortesía”. Este tipo de manipulación existe cuando personas o empresas acuerdan presentar ofertas con alguno de los siguientes elementos con el fin de disimular una competencia genuina: i) un competidor acepta presentar una oferta más alta que la del ganador asignado; ii) un competidor presenta una oferta que se sabe demasiado alta para ser aceptada; o iii) un competidor presenta una oferta que contiene términos especiales que se sabe son inaceptables para el comprador.
- En segundo término, el esquema de “**supresión de ofertas**” que implica un acuerdo entre competidores mediante el cual una o más compañías aceptan abstenerse o retirar una oferta presentada con anterioridad de manera que se adjudique la licitación al ganador designado.
- En tercer lugar, la OCDE identifica la “**rotación de ofertas**” que supone que las empresas coludidas siguen licitando, pero acuerdan tomar turnos para ganar. La forma en que la rotación se implemente puede variar.
- Finalmente, en el denominado “**asignación de mercado**” los competidores se asignan zonas geográficas o clientes.

Fuente: OCDE (2009b).

- Otra iniciativa debería venir dada por la firma de un acuerdo de cooperación entre la SISS y la FNE, a través del cual acuerden un protocolo de derivación de conductas sospechosas a esta última en la industria sanitaria. Por una parte, las dos instituciones deberían acordar una guía de tales conductas sospechosas y los elementos de prueba necesarios de manera que ante su verificación y derivación exista la certeza de contar con un buen “caso”. Esto permitiría a la SISS derivar en forma efectiva los comportamientos relacionados con los precios de transferencia.
- Una última propuesta, coadyuvante de las anteriores, sería la promoción de un contrato sectorial de “profundización” de la competencia entre las distintas empresas sanitarias y los proveedores en este mercado, en el que se acuerde el respeto irrestricto de condiciones

⁵⁰ “En el caso que sea necesario determinar tarifas para nuevas prestaciones, o para componentes adicionales de una prestación, las tarifas que se determinen de acuerdo al procedimiento señalado en esta ley podrán adicionarse a las fórmulas tarifarias a través de un decreto tarifario complementario y tendrán vigencia hasta el término del período en curso. Igual procedimiento se aplicará en el caso de prestaciones que la Comisión Resolutiva ... determine que tienen características monopólicas y por tanto sea necesario fijarles tarifas dentro del respectivo período tarifario”.

de competencia. El contrato atraería aparejada la obligación de que todas las partes debiesen implementar procedimientos internos de profundización y garantía durante la competencia por el contrato y su ejecución. El incumplimiento debería traer aparejada sanciones como multas, la referencia hacia la FNE, prohibición de futuros contratos, etc.

De esta forma, creemos, podría existir una amenaza creíble sobre los agentes del mercado de ser sancionados si llegasen a incurrir en una práctica atentatoria de la competencia. El efecto más esperado, para nuestro caso, sería la observancia de precios de mercado, con los que el regulador podría, con confianza, diseñar la empresa modelo.

El segundo punto de entrada, o la **regulación de las conductas asociadas a los precios de transferencia**, apunta a un aspecto básico del problema. Para alcanzar este objetivo basta con observar las experiencias comparadas revisadas en este estudio. Un modelo óptimo para enfrentar este problema pasa por regular este tipo de transacciones y por entregar mayores potestades relacionadas con la solicitud de información, que en este caso particular deberían alcanzar para revisar la contabilidad de las empresas relacionadas.

Dada la tradición legalista chilena, sería recomendable que la problemática de los precios de transferencia fuera abordada en su integridad, y por esta vía no sólo regular las licitaciones en que intervengan compañías relacionadas, sino que también la distribución de costos entre el servicio regulado y no regulado de la empresa sanitaria, y entre la empresa regulada y una relacionada cuando comparten personal o activos. Esta recomendación significa modificar completamente el artículo 67 de la Ley General de Servicios Sanitarios, y la incorporación de un capítulo especial de su reglamento.

Ahora bien, estas sugerencias deberían ser conciliadas con instituciones actuales de la legislación sanitaria, como lo es el concepto de objeto único y el tratamiento equívoco de las actividades relacionadas (artículo 8 de la Ley General de Servicios Sanitarios), y las prestaciones asociadas (artículo 21 de la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios). En el primer caso, y en la práctica, las empresas sanitarias se han apartado tímidamente de la definición estricta para prestar distintos tipos de servicio. Pero cuando se trata de diseñar la empresa modelo, son las mismas empresas sanitarias que ortodoxamente exigen que se respete la legalidad. En el segundo caso, la nomenclatura de la legislación sanitaria es ambigua, con lo que resulta importante zanjar esta imprecisión.

Otra recomendación se extrae del problema práctico de la calidad de la información que entregan los contratos sobre los términos de intercambio de los servicios entre la empresa sanitaria y su relacionada⁵¹. La SISS realiza un control aleatorio sobre estos contratos, pero sólo con un carácter de observación y *ex post*. En el contexto de la legislación sanitaria, el regulador no tiene facultades para definir los contenidos mínimos que esos contratos deberían incluir, y que sirvan posteriormente para entregar información de calidad para el control de precios de transferencia.

Para este efecto, y dado que normas de este tipo significarían intervenir contratos sin ser parte de ellos, se requiere una reforma legal, acompañada de un reglamento que defina el contenido y los alcances de las disposiciones mínimas con que los contratos de aprovisionamiento de las empresas sanitarias deberían contar. Ahora, las disposiciones mínimas deberían ser aplicadas a todos los contratos de aprovisionamiento de las empresas sanitarias, y no solamente los que se celebren con las empresas relacionadas. Esto, por cuanto la información debe ser cruzada o comparada para advertir anomalías en contratos particulares.

El tercer y último punto de entrada es el **flujo de información para la determinación de tarifas**. La información representa la esencia del problema de los precios de transferencia para la empresa modelo, pues es el insumo que después la SISS utiliza para poblar con datos sus bases para el cálculo tarifario. Si se resuelve el problema de la confiabilidad de la información que entregan las licitaciones públicas obligatorias definidas en el artículo 67, entonces esta información tendrá la

⁵¹ Idea sugerida por José Rodríguez.

cualidad de precios de mercado. Con todo, a primera vista, este resultado depende de la existencia de un mercado competitivo, cosa que se podría lograr en el largo plazo. Pero, el problema es actual.

Si el problema que enfrenta la SISS es de confiabilidad de la información, entonces el camino más corto será impedir que la información sospechosa llegue al proceso tarifario. La fórmula para una solución sería que la SISS reconociera a qué base de datos llega la información de precios de transferencia. En una segunda etapa, habría que generar una guía para las empresas sanitarias de modo que certifiquen independientemente que la información que envían cumple con requisitos de fiabilidad para ser ingresada a la base de datos. Luego, la información debería ingresar a la base de datos, pero en el caso contrario, esa información debería quedar excluida del cálculo tarifario. Para efectos de generar criterios de confiabilidad, proponemos que la SISS adapte los principios de la OCDE para la integridad en licitaciones públicas (véase OCDE, 2009c).

Otra posibilidad para evitar la información sospechosa, es proponer entregar a la SISS la misma facultad que tiene el Servicio de Impuestos Internos (SII) en relación con los precios de transferencias en operaciones con el extranjero, de tasar precios o valores asignados en transacciones de bienes corporales, incorporales y servicios cuando éstos sean notoriamente inferiores a los corrientes en plaza o transacciones similares. Esta facultad del SII se encuentra regulada en el artículo 64 del Código Tributario⁵².

Esta forma de enfrentar el problema de los precios de transferencia requiere de una reforma legal al marco regulatorio chileno, con la particularidad de que las conductas que preocupan no sólo abarcan a los precios inferiores de mercado, sino que también a los superiores. En el primer caso, se está frente a un problema de subsidio a la empresa relacionada (pues cobra más barato que sus competidores), y así eliminando a la competencia. En el caso de los precios más altos para compañías relacionadas, son los usuarios de la empresa sanitaria que financian a la relacionada. En todo caso, los precios bajos serán de interés del SII, con lo que aun sin reforma legal, la SISS podrá firmar convenios con ese servicio para la denuncia de esas prácticas.

Otra propuesta en relación con la tarificación, sería incorporar al diseño de la empresa modelo actividades que realice la empresa sanitaria. Así, por ejemplo, la venta de biocombustible sería posible de incorporar a la empresa modelo, pues es una actividad que realiza una empresa sanitaria real. Aquí

⁵² “El Servicio podrá tasar la base imponible con los antecedentes que tenga en su poder, en caso que el contribuyente no concurriere a la citación que se le hiciere ... o no contestare o no cumpliera las exigencias que se le formulen, o al cumplir con ellas no subsanare las deficiencias comprobadas o que en definitiva se comprueben. Asimismo, el Servicio podrá proceder a la tasación de la base imponible de los impuestos ... Cuando el precio o valor asignado al objeto de la enajenación de una especie mueble, corporal o incorporal, o al servicio prestado, sirva de base o sea uno de los elementos para determinar un impuesto, el Servicio, sin necesidad de citación previa, podrá tasar dicho precio o valor en los casos en que éste sea notoriamente inferior a los corrientes en plaza o de los que normalmente se cobren en convenciones de similar naturaleza considerando las circunstancias en que se realiza la operación. No se aplicará lo dispuesto en este artículo, en los casos de división o fusión por creación o por incorporación de sociedades, siempre que la nueva sociedad o la subsistente mantenga registrado el valor tributario que tenían los activos y pasivos en la sociedad dividida o aportante. Tampoco se aplicará lo dispuesto en este artículo, cuando se trate del aporte, total o parcial, de activos de cualquier clase, corporales o incorporales, que resulte de otros procesos de reorganización de grupos empresariales, que obedezcan a una legítima razón de negocios, en que subsista la empresa aportante ... que impliquen un aumento de capital en una sociedad preexistente o la constitución de una nueva sociedad y que no originen flujos efectivos de dinero para el aportante, siempre que los aportes se efectúen y registren al valor contable o tributario en que los activos estaban registrados en la aportante. Dichos valores deberán asignarse en la respectiva junta de accionistas, o escritura pública de constitución o modificación de la sociedad tratándose de sociedades de personas. En igual forma, en todos aquellos casos en que proceda aplicar impuestos cuya determinación se basa en el precio o valor de bienes raíces, el Servicio ... podrá tasar dicho precio o valor, si el fijado en el respectivo acto o contrato fuere notoriamente inferior al valor comercial de los inmuebles de características y ubicación similares, en la localidad respectiva, y girar de inmediato y sin otro trámite previo el impuesto correspondiente”.

volvemos al problema del objeto único, pues la empresa modelo no podría realizarlo en estricto sentido legal.

Otra idea en este ámbito es extender hacia las empresas relacionadas la aplicación del sistema de contabilidad regulatoria (Sistema de Costos y Gastos (SCOGA)) que maneja la SISS, donde registra ingresos, costos y gastos de las actividades reguladas y no reguladas de las empresas sanitarias⁵³, tal como se hace en los EE.UU. e Inglaterra. Otra posibilidad es aumentar la facultad de fiscalizar estas operaciones de la SISS hacia empresas relacionadas, sin imponer el SCOGA sino que controles *ad hoc*. Por ejemplo, cada vez que la empresa sanitaria adjudique un contrato a una de sus relacionadas, la primera deberá informar a la SISS del hecho, para que ésta pueda controlar la transacción, y de esta manera, amparada por su facultad legal (futura), proceda a solicitar la información pertinente a ambas partes. Un argumento adicional que podría ayudar en esta línea podría ser la presunción de actuación conjunta con que operan las empresas de un grupo empresarial, por lo que la acción de una sola integrante no puede representar en forma completa a la transacción.

⁵³ Idea sugerida por José Rodríguez.

Bibliografía

- Aguirre, Iñaki y Arantxa Beitia (2004), “Regulating a monopolist with unknown demand: costly public funds and the value of private information,” *Journal of Public Economic Theory*, volumen 6, N° 5.
- Andvig, Jens; Odd-Helge Fjeldstad; Inge Amundsen; Tone Sissener y Tina Søreide (2000), *Research on corruption: A policy oriented survey*, Chr. Michelsen Institute (CMI) y Norwegian Institute of International Affairs (NUPI) (disponible en Internet en: <http://www.icgg.org>).
- Baldwin, Robert y Martin Cave (1999), *Understanding regulation: theory, strategy, and practice*, Oxford, Oxford University Press.
- Bernard, Andrew; Bradford Jensen y Peter Schott (2006), “Transfer pricing by U.S.-based multinational firms”, *Tuck School of Business Working Paper*, N° 2006-33, *US Census Bureau Center for Economic Studies Paper*, N° CES-WP- 08-29 (disponible en Internet en: <http://papers.ssrn.com>).
- Blumenthal, William (2005), *Presentation to the International Symposium on the Draft Anti-Monopoly Law of the People’s Republic of China* (disponible en Internet en: <http://www.ftc.gov>).
- Boehm, Frederic y Juanita Olaya (2006), “Corruption in public contracting auctions: the role of transparency in bidding processes,” *Annals of Public and Cooperative Economics*, volumen 77, N° 4.
- Borkowski, Susan (2010), “Transfer pricing practices of transnational corporations in PATA countries”, *Journal of International Accounting, Auditing and Taxation*, volumen 19, N° 1.
- Bustos, Álvaro y Alexander Galetovic (2002), “Regulación por empresa eficiente. ¿quién es realmente usted?,” *Estudios Públicos*, volumen 86 (disponible en Internet en: <http://www.cepchile.cl>).
- Buus, Tomas (2006), *Economics of transfer pricing: a review* (disponible en Internet en: <http://papers.ssrn.com>).
- Cabral, Luís (2000), *Introduction to industrial organization*, Cambridge, Massachusetts, The MIT Press.
- Cap-Net (Red Internacional para el Desarrollo de Capacidades en la Gestión Integrada de Recursos Hídricos) y SIWI (Stockholm International Water Institute) (2010), *Integrity and accountability in water: Training manual*, borrador.
- Carlton, Dennis y Jeffrey Perloff (2000), *Modern industrial organization*, Addison-Wesley.
- Denig-Chakroff, David (2008), *The water industry at a glance*, National Regulatory Research Institute (NRRI) (disponible en Internet en: <http://nrri.org>).
- Department of Trade and Industry (2006), *Concurrent competition powers in sectoral regulation*, URN 06/1244 (disponible en Internet en: <http://www.bis.gov.uk>).

- Economía 48 (2009), *Diccionario de economía. La gran enciclopedia de economía* (disponible en Internet en: <http://www.economia48.com>).
- Elliott, Jamie y Barry Elliott (2000), *Financial accounting and reporting*, Harlow, Financial Times Prentice Hall.
- EPA (Environmental Protection Agency) (2010), *Public drinking water systems programs* (disponible en Internet en: <http://water.epa.gov>).
- Estache, Antonio; Martín Rodríguez Pardina; José María Rodríguez y Germán Sember (2003), “An introduction to financial and economic modeling for utility regulators”, *Policy Research Working Paper*, N° 3001, Banco Mundial, Washington, D.C. (disponible en Internet en: <http://www-wds.worldbank.org>).
- Estrada, Fedor (2009), *Auditoría 2009 a procesos de licitación realizados por empresas sanitarias: informe final consolidado (17 licitaciones)*, Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), Santiago de Chile.
- Göx, Robert y Ulf Schiller (2006), *An economic perspective on transfer pricing* (disponible en Internet en: <http://papers.ssrn.com>).
- Hahne, Robert; B. Uffelman; M. Ambrosio y K. Francois (1999), *Cost allocation and affiliate transactions: a survey and analysis of state cost allocation issues and transfer pricing policies*, Washington, Deloitte & Touche Public Utilities Group.
- Hantke Domas, Michael (2007), “Common legal principles of advanced regulatory systems”, *Agua y libre comercio: impacto e implicaciones de los acuerdos de libre comercio sobre el agua y sus servicios*, Lima, Agua Sustentable.
- _____ (2005), *Economic regulation of public utilities with natural monopolies features: A study of limitations imposed by property rights from a legal and economic approach*, Tesis doctoral, University of East Anglia, Reino Unido.
- Hill, Gerald y Kathleen Hill (2010), “Good faith”, *The People’s Law Dictionary*, Open Library.
- Hines, James (1997), “Tax policy and the activities of multinational corporations,” *Fiscal policy: Lessons from economic research*, Alan Auerbach (ed.), Cambridge, The MIT Press.
- Hirshleifer, Jack (1956), “On the economics of transfer pricing”, *Journal of Business*, The University of Chicago Press, volumen 29, N° 3, julio (disponible en Internet en: <http://ideas.repec.org>).
- Jouravlev, Andrei (2003), *Acceso a la información: una tarea pendiente para la regulación latinoamericana*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 59, LC/L.1954-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- _____ (2000), *Water utility regulation: issues and options for Latin America and the Caribbean*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), LC/R.2032, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Katz, Michael y Harvey Rosen (1998), *Microeconomics*, Boston, Massachusetts, Irwin/McGraw-Hill.
- Larson, Alexander y Steve Parsons (1994), “An economic analysis of transfer pricing and imputation policies for public utilities”, *Incentive regulation for public utilities*, Boston, Kluwer Academic Publishers.
- Laffont, Jean-Jacques y Jean Tirole (1993), *Theory of incentives in procurement and regulation*, Massachusetts Institute of Technology, The MIT Press.
- Lentini, Emilio (2009), “La contabilidad regulatoria de los servicios de agua potable y alcantarillado: la experiencia en el Área Metropolitana de Buenos Aires, Argentina”, en Diego Fernández, Andrei Jouravlev, Emilio Lentini y Angel Yurquina, *Contabilidad regulatoria, sustentabilidad financiera y gestión mancomunada: temas relevantes en servicios de agua y saneamiento*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 146, LC/L.3098-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Motta, Massimo (2004), *Competition policy: theory and practice*, Cambridge University Press.
- NARUC (National Association of Regulatory Utility Commissioners) (1999), *Guidelines for cost allocations and affiliate transactions* (disponible en Internet en: <http://www.naruc.org>).

- OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos) (2009a), *OECD Transfer pricing guidelines for multinational enterprises and tax administrations*, OECD Publishing.
- _____ (2009b), *Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas*. (disponible en Internet en: <http://www.oecd.org>).
- _____ (2009c), *OECD principles for integrity in public procurement* (disponible en Internet en: <http://www.oecd.org>).
- _____ (1993), *Glossary of industrial organisation economics and competition law* (disponible en Internet en: <http://www.oecd.org>).
- OFWAT (2005), *Transfer Pricing in the Water Industry. Regulatory Accounting Guideline 5.04* (disponible en Internet en: <http://www.OFWAT.gov.uk>).
- _____ (1997), *Transfer Pricing in the Pater Industry. Regulatory Accounting Guideline 5.03*. (disponible en Internet en: <http://www.regulationbodyofknowledge.org>).
- Ordoqui, María Begoña (2007), *Servicios de agua potable y alcantarillado en la ciudad de Buenos Aires, Argentina: factores determinantes de la sustentabilidad y el desempeño*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 126, LC/L.2751-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Samuelson, William y Stephen Marks (1999), *Managerial economics*, Fort Worth, The Dryden Press.
- Sheldrew, Judy (2003), “Shutting the barn door before the horse is stolen: how and why state public utility commissions should regulate transactions between a public utility and its affiliates”, *Nevada Law Journal*, volumen 4.
- Sikka, Prem y Hugh Willmott (2010), “The dark side of transfer pricing: its role in tax avoidance and wealth retentiveness”, *Critical Perspective on Accounting*, volumen 21.
- Thakar, Nidhi (2008), “The urge to merge: a look at the repeal of the public utility holding company act of 1935”, *Lewis & Clark Law Review*, volumen 12, N° 3.
- U4 Anti-Corruption Resource Centre (2010), *Corruption glossary* (disponible en Internet en: <http://www.u4.no>).
- Valenzuela, Soledad y Andrei Jouravlev (2007), *Servicios urbanos de agua potable y alcantarillado en Chile: factores determinantes del desempeño*, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Serie Recursos Naturales e Infraestructura* N° 123, LC/L.2727-P, Santiago de Chile (disponible en Internet en: <http://www.eclac.org>).
- Viscusi, Kip; John Vernon y Joseph Harrington (2000), *Economics of regulation and antitrust*, Cambridge, The MIT Press.

Anexos

Anexo 1

Taller sobre Control de Precios de Transferencia en la Industria de Agua Potable y Alcantarillado

Existe, por parte de la SISS, una preocupación sobre el modo de abordar la pertenencia de las empresas sanitarias a grupos empresariales y, más precisamente, a conglomerados de servicios sanitarios y su incidencia en las tarifas. Sobre el particular, el marco normativo vigente ordena que para adquirir bienes o servicios de compañías relacionadas es necesario que la empresa sanitaria realice licitación pública. Sin embargo, nada dice a propósito de las ventas de bienes o servicios que ocurren desde las sanitarias a sus relacionadas, fenómeno particularmente relevante en el ámbito de los negocios no regulados.

En el mismo sentido, esta normativa no contempla el traspaso de sinergias y economías de escala provenientes de la actuación conjunta entre empresas sanitarias relacionadas. Por su parte, la jurisprudencia a la fecha no ilumina mayormente sobre la complejidad de las relaciones de las empresas sanitarias con sus compañías relacionadas. Tampoco explica de qué manera enfrentar las figuras societarias ideadas por las empresas sanitarias para desarrollar sus negocios no regulados. No hay profesionales de la SISS que tengan conocimiento ni experiencia sobre cómo otros sectores regulados o legislaciones comparadas abordan estos temas ni hay conocimientos que permitan aclarar los incentivos para incurrir en subsidios cruzados, o bien, de qué manera trascender el control meramente formal de cumplimiento de las disposiciones de la Ley General de Servicios Sanitarios.

Dadas estas razones, la SISS solicitó a la CEPAL su asistencia técnica para efectos de continuar con su proceso institucional de estudio y desarrollo conceptual sobre técnicas regulatorias para enfrentar el fenómeno de precios de transferencia. La asistencia de la División de Recursos Naturales e Infraestructura consistió en la organización de dos eventos y realización del presente estudio.

El primer evento, **Seminario sobre Precios de Transferencia**, se realizó en instalaciones de la SISS, el día 23 de marzo de 2010. Asistieron los funcionarios de la SISS (aproximadamente 20 personas) cuya labor se relaciona con la temática del control de precios de transferencia. En aquella ocasión, los funcionarios de la división Andrei Jouravlev (véase el Anexo 4) y Michael Hantke Domas expusieron sobre la materia, dando lugar a un debate con los participantes.

Como resultado de aquel primer taller, la SISS se interesó por un estudio en profundidad sobre la materia. La División de Recursos Naturales e Infraestructura desarrolló este estudio a cargo de Michael Hantke Domas, cuyo resultado se encuentra desarrollado en el cuerpo principal de esta publicación. Al finalizar la elaboración del estudio, la División de Recursos Naturales e Infraestructura organizó, esta vez en las instalaciones de la CEPAL, el **Taller sobre Control de Precios de Transferencia en la Industria de Agua Potable y Alcantarillado**, el día 24 de septiembre de 2010, en el cual participaron funcionarios de la SISS y del Ministerio de Economía de Chile (unas 20 personas).

De acuerdo con el programa aprobado (véase el Anexo 2), el desarrollo del taller se estructuró en las siguientes cinco sesiones: i) apertura del evento e introducción general al tema de los precios de transferencia y su control; ii) presentación de la experiencia de la Argentina en este campo; iii) la experiencia de los EE.UU.; iv) los efectos de los acuerdos internacionales de protección a la inversión sobre la capacidad nacional de regulación de los servicios públicos; y v) conclusiones y recomendaciones del estudio, y debate. El taller fue positivamente evaluado por los participantes (véase el Anexo 3).

Anexo 2

Programa del taller

- 09:00-09:30 Palabras de apertura
Patricio Rozas, División de Recursos Naturales e Infraestructura (véase el Anexo 5)
Andrei Jouravlev, División de Recursos Naturales e Infraestructura
Magaly Espinoza, Superintendente de Servicios Sanitarios, Chile (véase el Anexo 6)
- 09:30-09:50 Introducción general al tema del taller
Ponente: Michael Hantke Domas, consultor
- 09:50-10:00 Preguntas y respuestas.
- 10:00-11:00 Presentación de la experiencia de la Argentina
Ponente: Emilio Lentini, Argentina (véase el Anexo 7)
Ponente: Fabián Abadie, Argentina (véase el Anexo 8)
- 11:00-11:20 Preguntas y respuestas
- 11:20-11:40 Café
- 11:40-12:40 Presentación de la experiencia de los EE.UU. (videoconferencia desde la Oficina de la CEPAL en Washington, D.C.)
Ponente: Scott Hempling, Executive Director, National Regulatory Research Institute (NRRI), Estados Unidos (véase el Anexo 9)
Ponente: Steve Klick, Executive Policy Manager, Pennsylvania Public Utility Commission, Estados Unidos
- 12:40-13:00 Preguntas y respuestas
- 13:00-14:30 Almuerzo
- 14:30-15:00 Los efectos de los acuerdos internacionales de protección a la inversión sobre la capacidad nacional de regulación de los servicios públicos
Ponente: Miguel Solanes, Instituto Madrileño de Estudios Avanzados (IMDEA) Agua (véase el Anexo 10)
- 15:00-15:10 Preguntas y respuestas
- 15:10-16:00 Las conclusiones y recomendaciones del estudio “Control de precios de transferencia en la industria de agua potable y alcantarillado”
Ponente: Michael Hantke Domas, consultor
- 16:00-16:20 Café
- 16:20-17:20 Debate sobre las conclusiones y recomendaciones del estudio “Control de precios de transferencia en la industria de agua potable y alcantarillado”
- 17:50-18:00 Clausura del seminario

Anexo 3

Resultados de la evaluación del taller

Como parte de su estrategia de mejora continua y gestión por resultados, y con la intención de identificar resultados concretos y áreas donde se pueda perfeccionar la asistencia técnica que se brinda a los países de la región, la CEPAL realizó una encuesta de evaluación del Taller sobre Control de Precios de Transferencia en la Industria de Agua Potable y Alcantarillado.

Al taller asistieron aproximadamente 20 personas, en su mayoría funcionarios de la SISS. El rango de edad de los participantes fue dominado por el grupo de entre los 31 y 40 años de edad, quienes formaron el 50% de los asistentes. Del total, el 47% pertenece al género masculino y el 53% al femenino.

Más del 60% de los participantes consideró “bueno” el contenido sustantivo del taller, mientras que más del 30% lo evaluó “muy bueno”. Cabe destacar que el 100% de los asistentes coincidieron en que el taller respondió a sus expectativas. Así también, casi el 70% de ellos señaló los contenidos del taller como “útiles” para el futuro desarrollo de su trabajo, y casi el 60% expresó haber obtenido un mayor conocimiento de experiencias y casos gracias a la asistencia a éste. Un número similar de participantes consideró que de su asistencia al taller derivarían insumos para la formulación de políticas públicas que contribuirán a mejorar la calidad de su trabajo.

En lo que respecta a la profundidad con que se trataron los temas durante el taller, el 78% de los participantes consideró que el nivel era “bueno”, y tan sólo un 6% lo encontró como “regular”. El equilibrio entre la teoría y la práctica puede ser un área de oportunidad para futuros talleres, ya que un 33% de los participantes expresó que éste era “regular” y tan sólo un 11% lo encontró “muy bueno”.

En una escala en donde 1 es considerado como “poco” y 5 como “mucho”, más del 70% de los asistentes se mantuvieron muy interesados al haber asignado una calificación promedio de 4. De igual manera, un porcentaje similar dijo haber tenido la oportunidad de participar en los debates evaluándolos como “muy productivos”. Aunque tan sólo la mitad de los participantes encontró que las discusiones llevadas a cabo durante el taller podrían contribuir a la formulación de políticas públicas; más del 20% expresó que el taller definitivamente aportará en este sentido.

Los expositores así como el contenido de sus presentaciones obtuvieron una evaluación positiva por parte de los participantes. Casi el 90% de los asistentes consideró “buena” la calidad sustantiva de las presentaciones, más del 70% evaluó el contenido “bueno” y casi el 30% lo encontró “muy relevante”.

La distribución del tiempo entre los temas discutidos en el taller fue considerada “buena” para un 72% de los participantes; mientras que su relevancia fue evaluada como “buena” para más del 70% de los asistentes. En general, la organización del taller fue considerada “muy buena” con casi el 80% de los participantes. De igual manera, casi el 60% de los asistentes evaluó las instalaciones y condiciones ambientales positivamente, encontrándolas “muy buenas”.

En conclusión, el taller logró cumplir con las expectativas de los participantes quienes en general evaluaron positivamente todos los aspectos de éste. Sin lugar a dudar, se logró mantener el interés de los asistentes y debatir la problemática relacionada con la preocupación sobre el modo de abordar las relaciones comerciales entre las empresas prestadoras de servicios sanitarios y compañías o entidades relacionadas y la incidencia que éstas puedan tener en la tarificación.

Anexo 4

Resumen de la presentación de Andrei Jouravlev

Temas que nos reúnen hoy

- Control de precios de transferencia:
 - Práctica regulatoria en Inglaterra y Gales.
 - Práctica regulatoria en los EE.UU.
- Traspaso de economías de escala:
 - Práctica regulatoria en Inglaterra y Gales.

Precios de transferencia: práctica regulatoria en Inglaterra y Gales

- Las directrices se basan en los siguientes principios:
 - Actividad regulada **debe pagar un precio justo** por los insumos.
 - Los precios de transferencia se determinan de la siguiente manera. **Si existe mercado, son los precios del mercado (o menores a ellos)**. Se deben utilizar pruebas de mercado (“*market-testing*”) para determinar el precio más ventajoso económicamente. **Si no existe mercado** para estos insumos, **los precios se fijan en función de los costos**. Se considera el mismo costo de capital que aquel de actividad regulada. En el mediano plazo, la compañía regulada debe considerar la posibilidad de incorporar la provisión de estos insumos en su estructura empresarial.
 - Los costos se asignan según la forma en que se consumen los recursos (usando la metodología de costos por actividad).
- Definición de las empresas asociadas o vinculadas
 - Según OFWAT, **toda participación accionaria significa existencia de una relación entre empresas**, sin importar si esta participación es suficiente para controlar o ejercer influencia. Es la responsabilidad de la actividad regulada determinar si las empresas con las que mantiene relaciones comerciales son empresas asociadas (para esto, debe desarrollar procedimientos formales).
 - Las empresas reguladas deben presentar información sobre todas las transacciones con entidades asociadas, incluyendo realizas a través de intermediarios. Se requiere información más detallada: i) contratos que exceden al 1% de la facturación del prestador; y ii) para contratos que en lo agregado superan al 50% de la facturación del proveedor.
- Empresas deben:
 - Demostrar: (i) que las transacciones se realizan **en condiciones de independencia** (“*arm’s-length*”), es decir, tratando a compañías asociadas en la misma forma como a las demás; y (ii) que **no existen subsidios cruzados**.
 - Desarrollar mecanismos y procedimientos para asegurar que estas normas se cumplan. Éstos deben: i) adecuarse a sus circunstancias específicas; y ii) asegurar que las transacciones estén respaldadas y documentadas.

- **Mantener registros completos** de todas las etapas del proceso de toma de decisiones para demostrar que los procesos y procedimientos se aplican en forma abierta y transparente, y para permitir su posterior control por el regulador y los auditores.
- Cuando los registros de la empresa regulada no son suficientes, el regulador puede requerir **acceso a la información sobre los costos de las compañías relacionadas**.
- El precio de mercado debe ser **el precio más ventajoso económicamente**, teniendo en cuenta **criterios objetivos**:
 - como la fecha de entrega, la calidad, los costos de operación y mantenimiento, el servicio de posventa, las ventajas técnicas, la seguridad de suministro, la efectividad, el costo durante la vida útil, la capacidad, etc.
- Las pruebas de mercado deben realizarse en forma justa, abierta y transparente, **deben ser pruebas reales, sin garantía de éxito para las empresas asociadas**:
 - Cuando una parte importante (50%) de la facturación de la empresa asociada proviene de la actividad regulada, **los precios que ella paga deben considerar un descuento** en comparación con los precios cobrados a otros compradores.
 - Este descuento debe reflejar el hecho de que la actividad regulada representa un mercado garantizado a largo plazo, el monto del negocio, menores costos de comercialización, etc.
- La aplicación de los precios de transferencia no se limita sólo a la adquisición de bienes y servicios sino también:
 - **Se aplican al personal**. Cuando un empleado de una empresa regulada realiza un trabajo para una empresa asociada, la primera debe percibir una compensación que refleje el salario y los costos generales asociados con ese empleado. Las empresas reguladas deben implementar sistemas para registrar el tiempo que su personal dedica a actividades no reguladas.
 - Cuando se **transfieren activos** de la actividad regulada a una compañía asociada, **se debe pagar un precio justo**, determinado por su valor contable neto o un precio justo de mercado.
 - **Acuerdos de colaboración**. Selección de socios mediante licitación competitiva; estipular la duración del acuerdo e incluir metas para mejorar el desempeño; y demostrar ventajas tangibles.
 - Además, hay normas para **transacciones financieras** (préstamos, garantías, dividendos, etc.), así como en **governabilidad corporativa**, mantenimiento de **calificación crediticia**, **venta de tierras**, etc.
- Para las pruebas de mercado, pueden emplearse **varios métodos**:
 - **Las licitaciones competitivas, que son el método más robusto para determinar un precio justo de mercado**.
 - La comparación de precios publicados.
 - La evaluación por un tercero.
 - La comparación de mejores prácticas (“*benchmarking*”).
- Las empresas deben establecer y aplicar políticas y procedimientos claros para la realización de estas pruebas:

- La fundamentación de estos métodos, los umbrales y los criterios adoptados deben ser transparentes y **capaces de resistir examen riguroso por parte del regulador, clientes y los competidores.**
- **Licitaciones competitivas:**
 - Los requisitos de calificación de las propuestas **no deben dar una ventaja indebida a las empresas relacionadas.**
 - El proceso y criterios de evaluación de las propuestas **deben definirse en forma previa** a la apertura de las mismas. Los **criterios de evaluación deben ser relevantes.** El criterio de costo debería tener un peso de por lo menos un 50%.
- **Otras pruebas de mercado:**
 - La empresa **debe presentar argumentos muy convincentes** para justificar el uso de estos métodos y demostrar su solidez.
 - Su uso se permite en casos justificados (que se espera sean pocos). Las razones para el uso de estos métodos (como monto reducido, emergencia, etc.) y su aplicación deben documentarse en detalle.
- **Relación con la empresa matriz:**
 - Cualquier pago a la empresa matriz debe tener relación con **servicios efectivamente prestados y cobrarse al costo.** La carga de la prueba de que los pagos reflejan los costos corresponde a la empresa regulada. Cuando no sea posible cobrar por los servicios en base a actividades, **los costos deben distribuirse equitativamente entre cada una de las subsidiarias** de la empresa matriz de modo que reflejen las actividades que realiza ésta en nombre de aquellas.
 - Directores y altos gerentes con responsabilidades tanto en la empresa regulada como en las compañías asociadas. Las empresas deben implementar sistemas que **eviten conflictos de interés.** En todo caso, personas en esta situación no deben tener influencia sobre decisiones de adquisición de bienes y servicios.

Precios de transferencia: práctica regulatoria en los EE.UU.

- Criterios de razonabilidad de los precios de transferencia:
 - Si las empresas reguladas han pagado a las compañías relacionadas **un precio menor que el precio que cobran otros proveedores** de productos y servicios similares.
 - Si las ganancias que las empresas asociadas han obtenido en ventas a empresas reguladas **son menores que las de otras compañías comparables.**
- Se supervisan los pagos que las empresas reguladas realizan a las compañías afiliadas en concepto de administración, gestión o servicios:
 - Para que un pago de este tipo sea autorizado, es preciso que la empresa regulada demuestre que **se ha beneficiado de servicios específicos prestados por la compañía afiliada.**

Traspaso de economías de escala: práctica regulatoria en Inglaterra y Gales

- Estructura de la industria de agua en el momento de la privatización (1989):
 - 10 grandes compañías de agua potable y alcantarillado.
 - 29 empresas más pequeñas que prestaban sólo servicios de agua potable.

- Fuerte tendencia a la consolidación. ¿Qué ha pasado?
- Las 10 grandes compañías de agua potable y alcantarillado:
 - Todas **las propuestas de fusiones entre ellas han sido bloqueadas por las autoridades**. Se considera que ese es el número mínimo necesario para aplicar la competencia comparativa. La pérdida de uno de los comparadores debilitaría permanentemente todo este sistema de regulación y afectará a los clientes.
- Las empresas (pequeñas) sólo de agua potable
 - Su número se ha reducido de 29 a sólo 11.
 - La tendencia ha sido: (i) considerar que la fusión afectará la efectividad de la regulación; pero (ii) autorizarla con condiciones.
 - Las economías previstas deben transferirse a los clientes en la forma de reducciones tarifarias (5-15%, en algunos casos) suficientes para: i) obligar a la empresa fusionada a **convertirse en líder en materia de eficiencia**, de modo que puedan crearse comparadores mejorados; ii) asegurar que las **fusiones beneficien a los clientes** y no sólo a los accionistas; y iii) **compensar el efecto de la fusión sobre el régimen regulatorio**.
 - ¿Reducciones tarifas inmediatas o no? **Empresas**: Reducciones tarifarias inmediatas reducen incentivos para fusiones cuyos beneficios se esperan en el largo plazo. OFWAT: Prefiere **reducciones tarifarias inmediatas**, puesto que los beneficios de largo plazo no siempre se materializan. En todo caso, los beneficios a largo plazo serán considerados en la revisión tarifaria que se realiza cada 5 años.
 - **Otras preocupaciones en relación con la diversificación**: cotización independiente en la bolsa, acceso adecuado a la información, separación entre actividades reguladas y no reguladas, etc.

Anexo 5

Resumen de palabras de apertura de Patricio Rozas

La preocupación en torno a los precios de transferencia es de antigua data en el pensamiento de la CEPAL. Su origen temático se sitúa en los años cincuenta y se relaciona con las dificultades que los países latinoamericanos enfrentaban para equilibrar sus cuentas comerciales y balanzas de pago, cuyos déficit se incrementaban, entre otras razones, por efecto de las transacciones de bienes y servicios que desarrollaban empresas relacionadas internacionalmente (casas matrices y filiales localizadas en los países de la región), sobrevaluando las importaciones y subvaluando las exportaciones, lo que impactaba negativamente las cuentas del sector externo de nuestras economías.

Diversos estudios realizados en los años ochenta por el Centro de las Naciones Unidas sobre las Empresas Transnacionales precisaron que una parte significativa del comercio internacional (entre 40 y 45%) correspondía a transacciones intrafirmas, lo que revelaba la importancia de este tema.

La inexistencia de mecanismos de control de los precios de transferencia o el ejercicio de una regulación ineficiente no tienen sólo efectos de orden macroeconómico —en la línea de las preocupaciones planteadas por la CEPAL en los años cincuenta y sesenta—, sino también consecuencias de orden microeconómico, que se relacionan con la organización de los mercados, la distorsión de los sistemas de precios, la asignación eficiente de los recursos económicos, las condiciones de la competencia y, en general, los diversos temas de eficiencia económica.

Por lo tanto, la discusión que puede desarrollarse en torno al tema que nos convoca, el control de precios de transferencia en la industria de agua potable y alcantarillado, es un problema capital de políticas públicas, relacionado tanto con dimensiones estructurales del desarrollo y las estrategias de crecimiento, como con los lineamientos de política en el ámbito de la competencia y la eficiencia.

En dicho contexto, las preguntas centrales que corresponde hacer, en este caso, son:

- ¿Cómo se aborda la pertenencia de las empresas sanitarias a grupos empresariales o conglomerados económicos?
- ¿Cómo se evita el riesgo de transferencia de costos de estos negocios no regulados hacia los servicios regulados?

Los invito, entonces, a desarrollar esta discusión, reiterando una cordial bienvenida en nombre de la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL.

Anexo 6

Resumen de la presentación de Magaly Espinosa

Tras la privatización de las empresas sanitarias chilenas, comenzó a advertirse en la industria sanitaria la formación de conglomerados o grupos de empresas de servicios sanitarios. El 42,6% de los clientes del sector es atendido por las cuatro empresas del Grupo Aguas que, a su vez, son controladas por Agbar-Suez; el 31,3 % es abastecido por las tres empresas controladas por el fondo de pensiones canadiense *Ontario Teachers Pension Plan* (OTTPB); y el 8,6% por empresas controladas por Aguas Nueva la que, a su vez, pertenece a Fondos de Inversiones del Banco Santander.

Por otra parte, también comenzó a advertirse que las empresas sanitarias participaban de otros grupos empresariales. Por último, no se puede obviar la formación de sociedades filiales, a través de las cuales, las empresas sanitarias prestan servicios no regulados de diversa índole. Así las cosas, es evidente que la estructura de propiedad de las empresas sanitarias y sus relaciones con otras empresas, dista de ser sencilla y se aleja de esa visión autárquica que parece desprenderse de la lectura del marco normativo vigente.

Las modificaciones introducidas a la legislación del sector sanitario el año 1998, anticiparon hasta cierto punto la nueva dinámica que planteaba la privatización de estos servicios. Sin embargo, la experiencia ha mostrado que dicha regulación no ha sido suficiente. Ejemplos hay varios. El año 2005, Contraloría General de la República concluyó que la legislación tarifaria no permitía trasladar a tarifas las sinergias que resultasen de la actuación conjunta de dos o más empresas sanitarias; la legislación no permite pronunciarse sobre los impactos positivos —o eventualmente negativos— que podría tener una fusión de sanitarias en sus respectivas tarifas; por último, la legislación en materia de transacciones de sanitarias con sus empresas relacionadas es escueta y ha mostrado ser insuficiente para que la autoridad controle o garantice que las licitaciones efectivamente aseguren que dichas transacciones se realizaron en condiciones de libre competencia.

Por lo tanto, nos preocupa como Superintendencia evaluar si el marco normativo vigente proporciona respuestas a los diversos desafíos que enfrenta actualmente la industria sanitaria y en el evento de ser necesario, promover las modificaciones normativas que se estimen pertinentes.

Así es como, a fines de 2009, se solicitó a la División de Recursos Naturales e Infraestructura de la CEPAL que nos ayudara a sistematizar y reflexionar críticamente sobre los tópicos que surgían a propósito de las empresas sanitarias insertas en grupos empresariales. De esa discusión se concluyó la necesidad de abordar prioritariamente el tópico de las transacciones de las sanitarias con sus relacionadas, esclareciendo cuán prioritario es para la regulación de estos servicios que las transacciones con las empresas relacionadas se hagan bajo reglas de transparencia y competitividad, evitando que aquélla subsidie a sus relacionadas y determinando las insuficiencias de la normativa vigente para realizar este control. Estas problemáticas se estudiaron bajo el concepto de precios de transferencias. También surge, aunque incidentalmente, el rol que le cabe a una superintendencia sectorial, como la SISS, en la eventual vulneración de la libre competencia que puede cometerse a propósito de estas transacciones.

Posteriormente, en abril de 2010, CEPAL nos ofreció realizar una investigación sobre precios de transferencia, su relevancia en el contexto de la regulación de los servicios sanitarios y la experiencia existente en otros países. Esta investigación se ha venido desarrollando en los últimos meses y este taller viene a ser un paso previo a su culminación. Por una parte, este taller ofrecerá la oportunidad de escuchar a expertos en regulaciones extranjeras que son presentadas como visiones comparadas en materia de precios de transferencia y consultar las inquietudes que plantea la implementación de sus controles.

Por otra parte, podremos evaluar críticamente el documento de investigación que hoy se nos presenta y, de esta manera, enriquecer su texto y análisis. Personalmente, estoy expectante de la

discusión y conclusiones que logremos respecto de la relevancia de los precios de transferencia en la determinación de tarifas, máxime si consideramos que *a priori* no pareciera tenerla dada la peculiaridad de nuestro esquema de tarificación. Un segundo aspecto que se plantea es el rol que debería tener la Superintendencia en materia de la defensa de la libre competencia. Aquí la visión comparada, particularmente de Inglaterra, nos permite reflexionar sobre el arreglo institucional que tenemos en nuestro país. ¿Es relevante la coordinación entre las instituciones de regulación sectorial y la institucionalidad defensora de la libre competencia? ¿Qué nivel de colaboración debería existir entre ellos?

Antes de terminar, quiero agradecer a la CEPAL la oportunidad que nos ha brindado de reflexionar sistemática y rigurosamente sobre la temática de los precios de transferencia.

Anexo 7

Resumen de la presentación de Emilio Lentini

A principios de la década de los noventa se lleva a cabo un proceso de privatización de la prestación acompañado de una reorganización sectorial con separación de funciones y creación de un organismo de regulación, el Ente Tripartito de Obras y Servicios Sanitarios (ETOSS). En 1993, mediante un contrato de concesión se otorga la operación de los servicios por un período de 30 años al consorcio Aguas Argentinas conformado mayoritariamente por grandes grupos empresarios extranjeros. En marzo de 2006, luego de un extenso período de renegociación, el contrato fue rescindido.

Antecedentes

El contrato de concesión de Aguas Argentinas contenía una reglamentación muy general e insuficiente para las compras y contrataciones de bienes, servicios y obras. Además no existía un procedimiento específico para determinar “costos eficientes” y en general los instrumentos de regulación eran débiles cuando no inexistentes.

Los auditores técnico y contable de la concesión (1997) y la Sindicatura General de la Nación (2001) emitieron sendos informes críticos sobre la forma en que Aguas Argentinas realizaba las compras y contrataciones de obras y bienes. Entre otros temas, cuestionaron la falta de transparencia y la adjudicación directa a compañías vinculadas.

De acuerdo con lo expuesto en los balances de la firma, Aguas Argentinas efectuaba numerosas transacciones con sus accionistas y sociedades relacionadas o de propiedad de sus accionistas. Hasta el año 2001, las transacciones de este tipo acumulaban un monto de 677 millones de pesos, equivalentes a igual cantidad de dólares según el tipo de cambio a dicha fecha. Para el mismo período, los balances exponían activos de bienes de uso por 1,2 mil millones de pesos (dólares).

Avances tardíos en la regulación y control

Durante el año 2003, el ETOSS puso en vigencia un reglamento de compras y contrataciones para obras de expansión contempladas en el contrato de fideicomiso creado en la primera revisión quinquenal de tarifas finalizada en 2001. En el mes de mayo de 2005, el ETOSS dictó un reglamento para todas las contrataciones y compras de bienes y servicios realizados por Aguas Argentinas. Este último fue rechazado por la concesionaria mediante un recurso administrativo por considerarlo un exceso regulatorio que interfería en la gestión de una compañía privada.

En 2004, se implementó el sistema de contabilidad regulatoria (Lentini, 2009; Jouravlev, 2003). El plan y manual reglamentaba de forma específica las operaciones con empresas vinculadas, relacionadas y controladas. Se incluyeron formatos específicos para la presentación de informes anuales con los cuales se obligaba a la concesionaria a declarar las operaciones con las empresas relacionadas. La presentación debía ser certificada por los auditores técnico y contable de la concesión. El manual planteó los métodos aplicables para el manejo de los precios de transferencia basado en las guías de la OCDE.

Conclusión

De haberse aplicado este tipo de controles desde el inicio de la concesión se podrían haber mitigado los impactos de estas distorsiones de la gestión del operador privado que incidieron en mayores costos de operación e inversión por la existencia de subsidios cruzados o precios de transferencia que incrementaban la rentabilidad de las empresas relacionadas pertenecientes a los accionistas de los grupos económicos, mientras que estos mismos argumentaban obtener una baja rentabilidad en la concesión como fundamento para la suba de las tarifas y las renegociaciones del contrato.

Anexo 8

Resumen de la presentación de Fabián Abadie

La experiencia de la Argentina es siempre interesante porque es un caso de alta volatilidad lo que sirve para probar lo robusto que son los sistemas. Su estudio es muy importante porque así se puede aprender qué nos puede suceder en situaciones extremas. Esto puede servir no sólo para evitarlas —no permitiendo una sobre-exposición al riesgo cambiario por parte de las empresas como tampoco que las empresas tomen deuda con su propia casa matriz sin tener seguros, porque esto reduce la flexibilidad a la hora de negociar una reestructuración. De las demandas de las empresas en tribunales arbitrales internacionales se puede aprender cómo el regulador puede limitar los excesos de petición de daños, de manera de defender a la sociedad.

Una comentario que para ser justos no puede ser tomado como una crítica específica al trabajo, se refiere a la definición tradicional de precios de transferencia, transacción entre empresas vinculadas a precios diferentes de los de mercado. Esta definición me parece un poco restrictiva. ¿Por qué? Básicamente por la evolución de los desarrollos de gestión de empresas en materia de generar opciones, coberturas de riesgos cambiarios y de otro tipo permiten la posibilidad de que se den generaciones de cuasi rentas que pueden no compartirse con los consumidores. En este sentido, los precios de transferencia podían responder a un problema multiatributivo que en cierto aspecto excede al regulador tradicional que no puede ver los balances de las matrices y entenderlos en su totalidad. El control de capitales es otra de las aristas —que mira el directorio de la matriz y que influye en la empresa controlada— que excede al regulador del sector.

Sobre los tipos de precios de transferencia más tradicionales, parece poco deseable que las empresas tengan dos actividades: una en el plano regulado y otro no regulado.

Muchas veces estas empresas operan en mercados de pocos oferentes, por lo que el regulador no puede recurrir a precios de mercado competitivo. Este problema estructural aparece agravado por el tamaño de las transacciones que limitan aun más la posibilidad de competencia o por las famosas razones de “carácter” que usan muchas de las empresas para sesgar los resultados. La existencia de grupos económicos complejiza la situación en grado extremo.

Muchos de los precios que se toman como referencia tienen el mismo sesgo, ya que todas las empresas tienen el mismo tipo de comportamiento. De allí que un estudio de los patrones de conducta para este tipo de gestión de empresas es muy útil.

Como en los casos de lavado de dinero, las operaciones se deben estudiar siguiendo los flujos de dinero —tanto en el plano local como internacionalmente— y mirando la rentabilidad real, ya que la comparabilidad como criterio es muy limitada.

Al ser un problema multiatributivo, debe ser analizado de manera interdisciplinaria a partir de distintas dependencias del Estado: banco central, autoridad fiscal, de defensa de la competencia, de control de lavado de dinero, regulador sectorial, poder judicial, etc.

La contabilidad regulatoria es fundamental para cerrar los grises regulatorios, que pueden permitir la generación de precios de transferencia.

La existencia de precios de transferencia es un delito y debe dejar de verse como una imperfección regulatoria a resolver.

El ocultamiento de información es difícil de penalizar, pero la manipulación de la misma debería ser delito y no sólo plausible de multas. En la práctica regulatoria de los EE.UU. se ve claramente la tipificación de estos comportamientos, para lo que cuentan con una enumeración amplia, el rápido accionar de la justicia y los recursos para el control.

Anexo 9

Resumen de la presentación de Scott Hempling

Overview: effective corporate structure regulation should ensure accountability and performance

Accountability and performance: regulation's central concerns

Over the past century, utility consumers have paid trillions of dollars to support utility infrastructure. The purpose of utility regulation is to make the recipients of those trillions—owners, financiers and operators of that infrastructure—accountable to the public for their performance.

Accountability for performance is central concern of utility regulators. A century of experience tells us that corporate structure—involving issues of holding companies, affiliate relationships and the mixing of utility and non-utility businesses—can affect both accountability and performance. In their struggles to develop regulatory policy in this area, legislators and regulators have asked five questions:

- Who can acquire and own utilities?
- What business activities may exist within the utility's corporate family?
- What corporate structure may these corporate families have?
- What financial structure may these corporate families have?
- What interactions may occur among the members of the corporate family?

These five questions share a common purpose: to encourage efficient transactions and discourage inefficient ones; to ensure accountability and performance.

Why is regulatory attention necessary?

In this area of corporate structure, why not allow investors and corporate managers to do as they wish? We introduce regulation when there is a divergence between private interests and the public interest. Regulation intervenes to align private behavior with that public interest.

When monopoly and competitive businesses exist in the same corporate family, there are many opportunities for divergence, creating risks for utility customers. The first part of this presentation will explain the four main risks that result from this mixing. Those risks are: distortion of competition, cross-subsidies, financial risks and diversion of management attention. The second part of my presentation will discuss two categories of regulatory approaches: preventing risks before-the-fact, through structural solutions; and allowing risks, but mitigating their adverse effects, after-the-fact.

Mixing monopoly and competitive businesses within the same corporate family: four types of risks

Overview of the problem: The task of regulating a monopoly utility is complicated by its affiliates' participation in competitive markets. When a utility has had a history of government protection from competition, it has resources and experience which many of its new competitors do not have. A short list includes: i) a name associated with government approval, reliable service; ii) a monthly bill, providing an opportunity to communicate and cement loyalty; iii) loyal employees trained with funds whose recovery was largely assured by the government; iv) knowledge of the service territory, including load patterns, important sites for generation, transmission and distribution facilities; v) information on the consumption patterns of each household and each commercial and industrial

customer; vi) economic, professional, social and political relationships with important components of the local economy, such as banks, major manufactures, local and state government officials; vii) working relationships with surrounding utilities; and viii) a corporate infrastructure built with funds assured by the government.

Risk #1

Distortion of competition occurs when the competitive business

- receives favorable treatment from the monopoly business — when the competitive business receives goods and services from the monopoly business on terms more favorable than what is available to competitors, or
- is able to force the monopoly business to buy the competitive business's goods or services, thereby denying competitors this sales opportunity

Risk #2

Cross-subsidies occur when the competitive business

- receives from the monopoly business goods and services at a price below the cost of providing those good or services, or
- sells to the monopoly businesses goods and services at a price exceeding the cost of providing those goods or services.

Risk #3

Financial risks associated with the competitive business are borne, in part, by customers of the monopoly business when the competitive business enters into transactions that increase the risk profile of the corporate family, thereby increasing the monopoly utility's cost of capital; and when the monopoly business becomes guarantor of debt incurred by the competitive business.

Risk #4

Diversion of management attention occurs when the business opportunities and burdens associated with the competitive businesses reduce the time and talent devoted to the monopoly utility business.

Two categories of regulatory approaches

Prevent risks before-the-fact, through structural solutions

Limits on investments in non-utility businesses

The concerns here are management distractions, use of utility ratepayers to finance or guarantee debt associated with the non-utility business, and unearned competitive advantages for utilities entering non-utility markets.

Policymakers can limit non-utility business investments, by prohibiting them entirely, or by limiting the dollars invested. Regulatory options, along with prohibition, and permission without review, include: i) limits on the percentage of total holding company assets, revenues or net income that can be attributable to non-utility businesses; ii) limits on holding company or utility financing of any acquisition of non-utility businesses; and iii) limits on the utility's ability to file for bankruptcy based on affiliate difficulties.

Limits on corporate structure

Policymakers can require corporate separation between the utility and non-utility businesses. The forms of separation between utility and non-utility businesses include separate affiliates, accounting, financing and financial statements.

Rules for inter-affiliate transactions

Overview

Affiliate transactions fall into three major categories: sales of utility services, sales of non-utility goods and services, and financial transactions. Affiliate transactions move in both directions: to and from the utility, from and to the holding company or other affiliates.

Affiliate transactions involve multiple risks. “Cross-subsidy” is a term frequently used but infrequently defined. Where the corporate family has both utility and non-utility businesses, a cross-subsidy occurs when a utility ratepayer bears costs associated with non-utility activities; that is, when the ratepayer pays a price for utility service higher than she would have paid in the absence of the non-utility activities. When a utility holding company buys a hotel and shifts acquisition costs to the ratepayers, a cross-subsidy occurs. When a utility enters a risky non-utility business, and the utility recovers the higher cost of capital through utility rates, a cross-subsidy occurs.

But cross-subsidies are only part of the adverse effects of inappropriate inter-affiliate relations. When utility customers have historically borne the economic cost of an asset, they should receive the full market value associated with that asset’s use by others. But the common practice is for the non-utility affiliate to obtain rights to the asset at cost rather than at market value. The result is not a cross-subsidy, technically, because the ratepayers’ rates do not rise as a result of non-utility affiliate’s use; but there is a mismatch of risk and reward. The utility ratepayers bear all the costs but receive only part of the benefits; the non-utility affiliate hits a single but advances to third base.

Options

The regulatory options again range from prohibition to conditional permissions to unconditional permissions. Examples: i) prohibition on a public utility providing to an affiliate any financial loan, guarantee or other benefit other than the normal payment of dividends; ii) requirement that any goods or services sold by a utility to an affiliate be priced at the higher of book or market; iii) requirement that any goods or services sold to a utility by an affiliate be priced at the lower of book or market; iv) advance review of dividend payments to protect financial integrity of the holding company system and the working capital of in-state utility affiliate; and v) advance approval for inter-affiliate cost allocation practices and contracts above a minimum dollar level.

Sales by the utility to the competitive affiliates. Regulators should ensure that the competitive affiliate of a utility has no advantage attributable to its history of government protection from competition. When a traditional utility seeks to enter competitive markets, it is possible for it to make use of resources whose cost has been recovered from ratepayers who were legally bound to pay those costs due to previous government-imposed limits on competition. To allow the utility to exploit those resources without fully compensating ratepayers for this use would create a mismatch of risk and reward.

The correct answer is as follows: If the non-utility affiliate is to have access to the utility affiliate’s resources, compensation must reflect the market price for the resource. The principle should apply to all transfers, including real estate, plant, goods and services. Such services might include data processing as well as the transferring or detailing of employees. The principle also should apply to corporate support. For most elements of corporate support, there is a fair market value counterpart. Internal legal advice, internal accounting and bookkeeping assistance, office space and other forms of infrastructural support all have a fair market value. Requiring all such corporate sharing to be

accomplished on a fair market value is consistent with the arm's-length principle. Two other possible standards, incremental cost and fully-allocated book cost, fall short⁵⁴.

Sales by the competitive affiliate to the utility. When services are provided by the affiliate to the monopoly, they should be priced at the lower of fully-allocated cost or market. This rule ensures that the non-utility affiliate does not provide goods or services to the utility at a price exceeding the cost the utility would have incurred had the utility purchased the good or service prudently from a third party or provided it in-house. If the affiliate could produce the good or service below market price, so can the utility. Without this rule, the affiliate would perform for a profit services which the utility is obligated, under its franchise, to perform at cost. The utility would be using corporate form to increase the shareholder return above allowed levels.

The connection between inter-affiliate pricing rules and rate-setting: The purpose of inter-affiliate pricing rules is to ensure that costs and risks are assigned appropriately between shareholders and ratepayers. But merely establishing inter-affiliate pricing rules does not achieve this result, because it does not ensure that the payments made by the non-utility affiliate are received by ratepayers. An additional step is necessary.

One approach is for the regulator, in establishing the base rates for the distribution utility, to make projections as to the volume of inter-affiliate transactions and their prices, reflect the resulting revenues in the distribution utility's revenue requirement, and set rates accordingly. This approach is unsatisfactory because any projections of the volume of inter-affiliate transactions, and the market

⁵⁴ **Incremental cost** is defective because it gives the affiliate an advantage denied to the non-affiliates: access to resources which were financed under low-risk circumstances in which most costs were assured recovery. One can defend incremental cost on grounds of economic efficiency: since the price does not fall below incremental cost, it does not result in overconsumption of the good or service, and protects the monopoly ratepayers from paying more than they would have in the absence of the affiliate's existence. But incremental pricing fails the other key criterion: effective competition. It grants one competitor access to important infrastructure services on terms not available to competitors, with the difference being attributable not to the incumbent's skill but to its history of government protection. (To the extent the costs of the infrastructure have been borne by shareholders rather than ratepayers, if for example the costs had been denied rate base treatment, then this rule should not apply and the incremental cost approach is appropriate.). The other alternative is **fully-allocated book cost**. Fully-allocated book cost, like incremental cost, will prevent cross-subsidies. Moreover, fully-allocated book cost can eliminate the utility's advantage because at least some of its competitors will have access to their own existing infrastructure at fully-allocated book cost. But not fully. To the extent the utility incumbent incurred its book costs under a regime in which it was protected from competition, and in which its costs enjoy the relative certainty of recovery associated with government regulation, the utility retains an advantage not available to those of its competitors who did not enjoy similar histories of government protection. Moreover, fully-allocated cost is not consistent with the utility's obligation to extract full value from all assets and passing that value on to the ratepayers who are being required to pay for the book costs which exceed market value. The utility, conversely, by charging the affiliate a sum (allocated cost share) lower than it would charge a non-affiliate (fair market value), has obtained less for its ratepayers than it could had it dealt with a non-affiliate. By definition, this is not an arm's-length relationship. Some argue that the fully-allocated cost approach is common in unregulated industries. This argument confuses the differing roles of cost allocation in the regulated and unregulated contexts. In unregulated industries, businesses use cost allocation to assess the productivity of cost centers or profit centers. This assessment is impossible unless there is a home for every cost. Cost allocation determines the location of those homes. Cost allocation does not set prices; the market sets prices. In regulated industries, cost allocation serves a very different purpose: it sets prices for the regulated service. Regulators allocate costs to different products or customers to establish the prices for those products or customers. In summary, the fair market value standard achieves all objectives: economic efficiency, avoidance of cross-subsidy, promotion of effective competition and mitigation of stranded cost. It aids the implementation of effective competition by ensuring that the incumbent utility's affiliate does not receive a discount, relative to market price, which is unavailable to the non-affiliates. It carries out the utility's obligation to minimize ratepayer cost. The converse of cost minimization is revenue maximization. A utility with surplus capacity has a duty to obtain maximum value for it. The rate treatment of the utility should be to assess the highest price consistent with fair treatment to the non-utility affiliate and consistent with commercial reality. The commercial reality is that but for the utility, the non-utility affiliate would have to buy the goods and services at fair market value. Pricing the inter-affiliate transaction at fair market value leaves the non-utility affiliate no worse off, and it minimizes required charges to utility ratepayers by maximizing utility revenues.

price that would prevail for the good or service transferred in the transaction, would be speculative. Moreover, in the rate cases the utility will have an incentive to under-project its sales to the non-utility affiliate (so as to minimize the resulting reduction to its revenue requirement); conversely, between rate cases (which is to say, all the time, since the utility is always between rate cases), the utility will have an incentive to allow the affiliate to make maximum use of utility resources (because any incremental between rate cases will not reduce the revenue requirement).

A better approach, therefore, would be to create a special account to reflect these transactions, and flow the revenues from the account to ratepayers periodically.

Allow risks, but mitigate their adverse effects, after-the-fact

The concept here is that the corporate family would be free to structure itself, and conduct inter-affiliate transactions, as it wishes. The role of the regulator would be to: i) set rates in a way that protects utility customers from adverse effects; and ii) establish quality of service standards that ensure that management distraction does not reduce the quality of service.

Supporters of this approach assert that structural complexity poses no risk because ratemaking will catch problems. This view is not fact-based. Ratemaking depends on auditing. Auditing is not a trip to the dentist, who checks every tooth. Auditing is sampling. It cannot promise 100% coverage — especially with limited regulatory resources. Allowing structures that invite cross-subsidies, complicates auditing or both increases the probability of problems.

Reliance on after-the-fact disallowance also invites too-big-to-fail situations. In the competitive world, poor decision-makers fail. But not always. We all are familiar with situations in which a company's size of national importance pressures regulators to prop them up. State commissions whose residents depend on the incumbent will tend to save the company rather than exact the ultimate penalty — especially since bankruptcy law addresses creditor rights, not consumer protection. Given the inherent uncertainty of “back-end” accountability in the form of rate review, “front-end” accountability in the form of advance review of financial risks remains even more critical.

Conclusion

Policymakers should have in mind a vision for corporate structures. Absent a vision, there will be no limits on geographic remoteness, the mixing of utility and non-utility business, financial leveraging, or inter-affiliate transactions. Anyone can try anything. Results will be determined by private opportunism rather than public interest. Policymakers therefore should inquire, systematically, into the nature of the new transactions and to determine the appropriate regulatory response, if any. The following list displays the necessary analysis:

- Corporate structure events: i) utility merger with another utility (operationally integrated or not operationally integrated); ii) utility acquisition of non-utility (for utility purpose or not for utility purpose); iii) non-utility acquisition of utility (acquirer has operational relationship to utility or acquirer has no operational relationship to utility); iv) inter-affiliate transactions (sale of goods and services to utility or to non-utility, loan or guarantee to utility or from utility to non-utility); v) issuance of debt or equity (at the holding company level, for utility or for non-utility purposes, at the utility level for utility or for non-utility purposes, at the non-utility level for utility or for non-utility purposes); vi) divestiture or spin-off (of utility assets serving your state, of utility assets serving other states or of non-utility assets or businesses); and vii) use of utility assets for non-utility business (utility assets in your state or utility assets in other states).
- The 3 categories of regulatory options — prohibition, permission without review, and permission subject to reviews, limits and conditions.
- By answering these questions, the regulator determines, systematically, the types of companies and corporate structures permitted to provide utility service.

Anexo 10

Resumen de la presentación de Miguel Solanes

En la evolución del derecho universal los países descubren rápidamente que los derechos individuales no son absolutos y que hay necesidades regulatorias e intervención del Estado, o en su caso de otra autoridad, cuando están en juego valores comunitarios importantes para la convivencia y la subsistencia de la comunidad. Así, desde la remota antigüedad se regulan materias importantes para la salud pública, como los lugares de enterramiento y las comidas. También se regulan las maneras de construir, o circular, o aparcar vehículos en ciudades. A medida que las sociedades se complejizan también se empiezan a regular ciertas actividades de impacto general y oferta limitada, como los barqueros y los posaderos. También se regulan tasas de interés, en función de equidad. Con la evolución y progreso generalizado aumentan las externalidades, interdependencias, e interferencias recíprocas, y se regulan situaciones de crisis económica, productos nocivos, y actividades de interés general con impacto en el bienestar general. Generalmente, se regulan a conciencia los servicios públicos, sus deberes, retornos, etc., a efectos de asegurar buena fe y probidad.

Sin embargo, poco de esto parece haber llegado a los tribunales internacionales de inversión. Así, el concepto de crisis económica ha sido positivamente considerado en sólo un número limitado de casos, las nociones de eficiencia y trasferencias de costos en servicios públicos no han recibido el tratamiento que reciben en regulación nacional de servicios públicos, y las regulaciones ambientales han sido frecuentemente asimiladas a expropiaciones o falta de trato justo y equitativo, con excepciones muy contadas, considerando la materia y partes involucradas.

La base de las discusiones de los tribunales han sido un conjunto de principios limitados, y una guía teleológica privilegiando inversores extranjeros.

Mientras que es comprensible que los inversores internacionales busquen tribunales imparciales, no es comprensible, ni gobernable, que estos tribunales se guíen por principios que desconocen el cuerpo jurídico creado por las naciones para garantizar la paz y la estabilidad social, y los valores ambientales. El presente régimen no es ni equitativo, ni sustentable.