

CUÁNDO Y CÓMO REGULAR LOS SERVICIOS DE UTILIDAD PÚBLICA*

Stephen Breyer

En las páginas que siguen se reproduce la conferencia que el juez Stephen Breyer, miembro de la Corte Suprema de Estados Unidos y desatacado especialista en el tema de la regulación de los servicios de utilidad pública, ofreció en el Centro de Estudios Públicos el 21 de octubre de 1999. A la luz de la experiencia norteamericana, el juez Breyer se refirió en la ocasión a las justificaciones clásicas de la regulación y a sus inevitables problemas de 'ajuste fino'. A su vez, expuso las razones por las que hoy en los Estados Unidos se están liberalizando sectores industriales que habían estado tradicionalmente regulados. En esta edición se incluye asimismo una versión editada del diálogo que sostuvo el juez Breyer con el público al finalizar su charla.

STEPHEN BREYER. Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos. Estudió en la Universidad de Stanford y posteriormente en la Universidad de Oxford y en Harvard Law School. Entre 1967 y 1980 fue profesor titular de derecho en la Universidad de Harvard. En 1980 fue nombrado juez de la Corte de Apelaciones del Primer Distrito de Estados Unidos. Entre 1990 y 1994 fue presidente de dicha Corte. Desde 1994 integra la Corte Suprema de Estados Unidos. Es miembro de la Academia Estadounidense de Artes y Ciencias. Ha publicado numerosos artículos en revistas especializadas sobre temas de derecho administrativo y regulación económica. Entre sus libros destacan *Breaking the vicious circle: Toward effective risk regulation* (Harvard University Press, 1993); *Administrative law and regulatory policy* (Little, Brown, 3ra. ed., 1992) (con Richard Stewart); *Regulation and its reform* (Harvard University Press, 1982).

* Transcripción de la exposición oral, traducción al castellano, edición y notas de Joke Klein Kranenberg y Rodrigo P. Correa.

Estoy muy agradecido por la invitación a conversar sobre la regulación de la industria. Éste es un tema muy vasto, por lo que intentaré centrar mi exposición en algunas consideraciones generales a partir de la experiencia norteamericana, y señalar las razones por las que en mi país hemos intentado en el último tiempo liberalizar sectores de la economía que estuvieron tradicionalmente regulados. En América del Sur y en Europa, en cambio, la situación es diferente: hoy se tiende a privatizar ciertas industrias para luego proceder a su regulación. La regulación es, de hecho, una solución intermedia entre la propiedad estatal y el mercado libre.

Cuando hablo de sectores ‘tradicionalmente’ regulados en los Estados Unidos, me estoy refiriendo a los servicios de utilidad pública como electricidad, gas natural, telefonía, transporte, comunicación, agua, que comenzaron a quedar regulados a fines del siglo XIX. Por consiguiente, no incluyo aquí la regulación del medio ambiente, por ejemplo.

En mis clases sobre regulación, les pedía a los alumnos que pensarán qué tipo de industrias tendrían que ser reguladas si nos remontáramos cincuenta o cien años atrás. Porque cuando se piensa en el proceso de producción, es fácil entender, por ejemplo, por qué fue necesario regular la electricidad. En la medida en que crece una planta, la electricidad se produce a menor costo. El principal costo es el metal para hacer una caldera más grande. Pero todo el mundo sabe que cuando la superficie de una caldera aumenta, el volumen aumenta más, lo que significa que el costo por unidad decrece. La telefonía es otro ejemplo clásico. Nadie quiere tener un teléfono rojo de la compañía telefónica roja y un teléfono azul de la compañía telefónica azul. Resulta más barato tener un solo cable que cruce toda la calle.

Sin embargo, en Europa y también en Sudamérica, por lo menos en los años treinta, los economistas concluyeron que esas industrias debían ser estatales. Después de todo, si las características económicas son tales que naturalmente surgiría un monopolio, y si este monopolio en manos privadas puede cobrar precios muy altos, ¿por qué dejarlo en manos privadas? La siguiente anécdota contiene la respuesta norteamericana clásica a este pregunta. Los faros en los Estados Unidos fueron construidos y mantenidos por el gobierno, y su cuidador era un empleado público. Ser cuidador de un faro era el trabajo perfecto: era bien pagado y lo único que había que hacer era rotar la lámpara y leer libros. Un día se le pidió a Ambrose Bears, un autor muy conocido, que definiera un faro. Ambrose Bears respondió: “un faro es un lugar en la costa que contiene dos cosas: una lámpara y el amigo

de un político”. Y éste es el punto. A fines del siglo veinte se comenzó a descubrir que estas empresas estaban algo fuera de control.

Recuerdo haber asistido a una conferencia en Francia en los años setenta, patrocinada por Electricité de France, una compañía estatal y generalmente considerada exitosa. Durante la conferencia se mostraron gráficos con la variación de empleos por unidad de producción de diferentes compañías de electricidad en el tiempo. El número de empleados de Electricité de France había subido mientras que el de las compañías de otros países había bajado. Por cierto, allí se daba un problema de eficiencia. Y por esa razón, si se me permite una simplificación, en muchos países en los que este tipo de industrias eran estatales se produjo posteriormente un movimiento hacia su privatización.

Ahora, ¿qué hacer cuando ya no se quiere tener más una industria estatal y se privatiza y, al mismo tiempo, las características de esa industria son tales que una sola empresa podría generar la mayor parte del producto? Si queda en manos privadas, los precios subirán demasiado porque la empresa estará en una situación que le permite fijar precios altos. La respuesta, entonces, parece estar en la regulación: firmas privadas reguladas por el Estado. ¡Cómo me gustaría que el mundo fuese así de perfecto! La regulación no es necesariamente algo malo, ni tampoco es necesariamente algo bueno. Presenta tantos problemas como todos los sistemas de intervención y no intervención en la economía. En los próximos quince o veinte minutos de esta conferencia procuraré ofrecerles cuatro consideraciones o advertencias, consejos a lo mejor, en base a la experiencia norteamericana con este enfoque regulatorio.

La primera advertencia es que uno debe hacerse una pregunta que parece obvia, pero que es fundamental: ¿Pertenece la industria que queremos regular al tipo de industria que debería ser regulada? ¿Tiene características económicas tales que, si dejáramos que el mercado funcionara libremente, terminaría en las manos de una empresa única con poder monopolístico? Aunque esta última es la justificación clásica en favor de la regulación económica, muchas industrias que no tenían dichas características han sido reguladas.

Tuve mi primera experiencia práctica con la regulación de industrias cuando trabajé en el Senado de los Estados Unidos como miembro del equipo del senador Kennedy. Confieso que trabajé en la desregulación de las líneas aéreas. Uso la palabra ‘confesar’ porque la desregulación no es muy popular. Hace poco un amigo me contó que había volado de San Juan a Nueva York. Hablaba con la señora que estaba al lado suyo, vestida de

blanco y muy elegante, cuando de repente se dio cuenta que tenía una mancha roja en su espalda. Miraron hacia arriba y vieron sangre que goteaba del compartimento de equipaje. ¡Alguien llevaba veinte kilos de carne cruda! Mucha gente que antes no podía viajar en avión ahora sí lo puede hacer. Es verdad que es desagradable, los aviones están llenos y a nadie le gusta viajar en aviones atestados. Pero cuando mi amigo me contó esa historia y se quejó de mi participación en la desregulación, le contesté: “¡No lo hicimos por ti! Lo hicimos para que la gente que anteriormente no podía pagar un pasaje ahora sí lo pueda hacer. A lo mejor no te gusta viajar con ellos. Pero, ¿por qué no habrían ellos de viajar en avión si lo pueden pagar y si hay una línea aérea que les ofrece un asiento por el precio que les conviene?” Durante las audiencias públicas en el Senado para la desregulación de líneas aéreas, se presentó una señora de Boston. Ella quería que organizáramos audiencias públicas para los autobuses escolares y nos dijo: “¿Por qué audiencias públicas para las líneas aéreas si yo nunca he podido viajar por avión?” Y el senador Kennedy le contestó: “¡Precisamente por esa razón señora, precisamente por esa razón!”

Entiendo que no es agradable ni cómodo viajar en un avión lleno. Sin embargo, antes los aviones estaban vacíos. Lo que quiero destacar es que en la industria aérea, por lo menos en los Estados Unidos, había también competencia a pesar de que los precios estaban regulados. Las líneas aéreas competían en servicios. El resultado era fantástico, por lo menos para aquellos viajeros cuyos pasajes eran pagados por sus empresas. Tenían un asiento al lado para poner su portafolio. Les preguntamos en las audiencias públicas si habrían estado dispuestos a pagar el pasaje completo por el portafolio. No era algo que les preocupara, porque no eran ellos lo que pagaban sino la empresa en que trabajaban. Era muy agradable, había muchos aviones con asientos vacíos y la comida era buena; desgraciadamente el precio era muy alto.

Dejamos competir a las compañías aéreas, y tal como aprendí en mi primera clase de economía, si los precios suben, la demanda cae y la oferta empieza a subir. Si en cambio los precios bajan, la demanda sube y tal vez baja la oferta. Eso es, en esencia lo que ocurrió en la industria aérea. Ésa fue la razón por la que se desreguló. Por supuesto, las investigaciones en el Senado fueron muy complejas, produjimos informes extensos con mucha información técnica, pero eso era lo fundamental. Después de un tiempo descubrimos que si dejábamos competir a las empresas, los precios bajaban, la demanda subía, los aviones se llenaban y todo la gente lo odiaba. Sin embargo, las empresas que trataron de viajar con aviones vacíos, con mucho espacio y con precios más altos, descubrieron que nadie estaba

dispuesto a pagar la tarifa más alta. Viajamos incómodos porque es lo que queremos.

Lo que quiero subrayar es que desregulamos la parte económica de una industria, no las condiciones de seguridad. La regulación de precios no era necesaria e impedía que la gente obtuviera lo que quería, que eran pasajes baratos. Lo mismo pasó con el transporte en camiones. Un camión no es como la electricidad. Un camión es un camión, y aunque hay algunas eficiencias de escala, se trata de una industria estructuralmente competitiva. Desregulamos el transporte en camiones y los ahorros para el consumidor fueron tan tremendos que opacaron los resultados en el transporte aéreo. También desregulamos en alguna medida los ferrocarriles. En nuestro mundo moderno en que la tecnología cambia muy rápido podría llegar el momento en que otras industrias, como la telefonía local o la electricidad, que siempre fueron el ejemplo clásico de un monopolio natural, soporten la competencia desde un punto de vista económico. Resumiendo, siempre resulta prudente preguntarse primero si la regulación es la medida más apropiada para el caso específico que uno está considerando.

La segunda advertencia es que no se puede olvidar que la regulación es un instrumento extremadamente tosco que no se puede afinar. Cincuenta profesores del Harvard Business School, treintidós profesores de derecho y catorce economistas juntos podrían producir modelos sumamente sofisticados con cifras admirablemente precisas, sin embargo la verdad es que esos modelos no pueden ser sino muy toscos en sus resultados.

Un ejemplo. Cuando empecé a estudiar regulación económica escribí un libro con el economista Paul MacAvoy sobre la regulación de precios en los depósitos o pozos de gas natural¹. Visitamos la Comisión Federal Reguladora, dimos una vuelta por el edificio y hablamos con sus funcionarios. Era el lugar más deprimente que nunca había visto. Buscamos a la persona encargada de fijar la tarifa del gasoducto, que según recuerdo era una señora muy simpática. Le contamos que estábamos haciendo una investigación y que queríamos saber cómo determinaba ella cuál debía ser la ganancia de las empresas. “Bueno”, dijo ella, “miramos otras compañías y así, más o menos, tenemos una impresión.” “¿Qué otras compañías?”, le preguntamos. “No es tan fácil”, dijo, “miramos almacenes y también hemos intentado con camiones.” “¡Pero los camiones también están regulados!”, le dije. “Por eso ahora estoy mirando almacenes”, contestó.

¹ Stephen G. Breyer y Paul W. MacAvoy, *Energy Regulation by the Federal Power Commission* (Washington D. C.: Brookings Institute, 1974).

También leímos las actas de las audiencias públicas llevadas a cabo para fijar el precio en los pozos de gas natural de una localidad de Oklahoma. Una excelente compañía llamada Foster Associates creó modelos para calcular lo que debía ser el nivel correcto de ganancias. Calcularon hasta dieciocho decimales: el precio ‘correcto’ resultaba algo así como US \$ 28, 6035297 por mil pies cúbicos. Paul McAvoy, mi amigo y destacado profesor del MIT, diseñó un modelo que indudablemente era cincuenta veces mejor que el modelo de Foster Associates, y predijo que el precio en un mercado sin regulación sería de alrededor de cincuenticinco centavos por mil pies cúbicos. Cuando desregulamos, el precio llegó hasta US \$ 3 por mil pies cúbicos. Le dije: “¡Tu modelo era muy bueno! Solamente subestimó en un factor de uno a seis”. Y según él era bueno el modelo, el problema es que simplemente no se puede tomar en cuenta todo.

Lo que uno trata de hacer al regular la tarifa de una industria es imaginar cuál sería ésta en condiciones de libre mercado para un producto en que no existe un mercado libre. No es fácil hacer esa estimación y no importa cuanto tiempo se invierta en ello, el resultado siempre será extremadamente impreciso. Supongo, entonces, que una subestimación de 1 a 6 es bastante buena.

De hecho, hay un sistema para fijar tarifas que en los Estados Unidos se llama ‘costo de servicio’. Es un sistema fantástico que evolucionó en el tiempo y que es interesante enseñar a los alumnos. Lo que normalmente hago, después de haberles enseñado el sistema y cómo evolucionó durante treinta o cuarenta años, es preguntarles lo siguiente. Imaginemos que tenemos tanta suerte que Dios mismo se interesa por el tema y quiere fijar la tarifa perfecta. La tarifa perfecta, según este sistema, sería igual al costo de producción, incluyendo el costo del capital invertido (es decir, incluida una ganancia razonable). Imaginemos también que podemos poner toda la información en una computadora que ajusta la tarifa minuto a minuto. ¿Habría algún problema? Luego, después de algunos minutos, siempre hay algunos alumnos que preguntan, ¿y qué estímulo existiría para que esa empresa fuera eficiente? ¿Qué estímulo para que baje sus gastos? La respuesta es, por supuesto, que ninguno. Si la empresa está regulada y la tarifa resulta perfecta, no habría ningún estímulo para reducir los costos.

El mundo regulatorio se ha dado cuenta de este problema y ha desarrollado diferentes acercamientos que ya son clásicos y que van a ser los mismos en el año 2020 que en el año 1920. Una solución es dar un bono a los gerentes cuando mejoren la eficiencia. Normalmente son los gerentes quienes proponen este sistema. Otro es permitir que la empresa suba sus ganancias cuando sea eficiente. Los accionistas están a favor de

este mecanismo. Otra posibilidad es establecer estándares de eficiencia. Esto significa que el regulador necesitará profesores del Harvard Business School para que determinen esos estándares. A los profesores les gusta este sistema. En los años treinta, el alcalde de Nueva York desarrolló ‘la competencia ejemplar’. Su idea era construir una compañía de electricidad pequeña de propiedad de la ciudad que fuera eficiente, y que sirviera de medida de comparación para otras compañías. El único problema fue que la compañía ejemplar solía ser menos eficiente que las otras. Hay entonces cuatro o cinco acercamientos, pero lo que quiero mostrar es que todos son sumamente imprecisos.

Si se decide regular, hay que tener certeza, o bastante certeza, de que pese a la imprecisión de los modelos y pese al esfuerzo seguramente tosco de la gente por bajar los precios y mejorar la eficiencia, es mejor regular que dejar funcionar el mercado libre o tener una industria estatal. Yo no puedo tomar esa decisión por ustedes: lo importante es no regular presumiendo que se va a obtener un resultado ‘afinado’ (*fine tuned*).

La tercera advertencia que quiero mencionar es que hay diferentes sistemas de regulación y que todos tienen sus tendencias. Cuando uno ha estudiado un tema por un tiempo considerable, es interesante ver cómo se repiten las mismas cosas. Desde hace unos diez o quince años se ha vuelto muy popular decir que la regulación de precios, incluso de industrias con monopolios naturales, es demasiado complicada y que debemos adoptar un sistema más simple. Este sistema simple se llama ‘precios históricos’, y obliga a las empresas a usar el precio que usaron en una cierta fecha, el 15 de agosto por ejemplo, corregido por inflación. Suena familiar, ¿no? Es el sistema que usamos durante la Segunda Guerra Mundial en un esfuerzo por controlar los precios en toda la economía. Si un gobierno quiere controlar todos los precios, lo que a veces es necesario como en la Segunda Guerra Mundial, éste es el único sistema que funcionará, al menos por un período. Obviamente con el paso del tiempo el sistema de correcciones por inflación resulta más y más débil, porque los precios y costos relativos cambian de área en área. Pensando en la economía completa, sería un milagro que en todos los sectores la inflación fuera un buen indicador de los cambios de costos en la producción de camisas, así como en los micrófonos, los anteojos y los plátanos. Por supuesto que no es así. Mientras más tiempo pasa, mayores son las diferencias en las variaciones de los costos y demanda entre las diferentes industrias.

Entonces empezamos a complicar el sistema incluyendo factores que habrían incidido en el aumento de los costos o en el cambio de la

demanda de los diferentes productos: un factor específico para camisas porque reconocemos que las camisas son diferentes; luego reconocemos un factor especial para los anteojos, para el lino, y poco a poco hemos vuelto al sistema original en que el precio de cada producto se fija individualmente.

Si no hiciéramos eso, la discrepancia en un sector específico entre el precio y su costo de producción llegaría a ser tremenda, hasta que descubriéramos que como los costos en algún sector han bajado tanto mientras que los precios han seguido subiendo, hemos creado el monopolio que justamente queríamos evitar. Al mismo tiempo, en los sectores en que los costos subieron mientras hemos mantenido los precios bajos, vamos a tener escasez. Durante la Segunda Guerra Mundial también fue necesario hacer modificaciones. En aquel entonces el profesor Galbraith, un muy buen economista y persona extremadamente graciosa, era el encargado de una parte del Consejo de Administración de Precios. Cuando le preguntaron cómo fijaba los precios, contestó: “Tomo el producto, lo miro bien, lo toco, lo huelo...” A lo mejor este sistema simplificado podría funcionar en el tiempo para la industria de electricidad, a lo mejor el factor usado para ajustar el precio logre captar las variaciones en los costos de la industria, pero soy más bien escéptico. Cada día de la semana ocurren cambios en los costos relativos, como también cambios en la demanda relativa, y si es así, nuestro sistema simple se convertirá, a fin de cuentas, en nuestro viejo amigo: el sistema complicado. Nuestro sistema complicado tiene exactamente la misma ventaja y desventaja que cualquier sistema complicado: es un poco más preciso y mucho más complicado. Recuerden entonces que hay diferentes sistemas y que tienen sus tendencias.

Finalmente, *mi cuarta advertencia* es algo que una vez me dijo Fred Kahn, especialista en la economía de regulación y autor de dos tomos clásicos sobre el tema que hoy son tan actuales como hace cuarenta años, cuando recién se publicaron². Él me dijo lo siguiente: “Nunca olvides que un sistema de regulación reemplaza el mercado por la decisión de un ser humano”. Y es cierto, lo he visto durante las audiencias públicas para las líneas aéreas y en cualquier otra industria regulada que he investigado. Eso es bueno y malo al mismo tiempo. Bueno, porque una de las mejores características del ser humano es que respondemos directamente a los sentimientos de otra gente. La gente de la línea aérea PanAm nos dijo que la

² Alfred E. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* (Cambridge Mass.: MIT Press, 1988).

empresa quebraría como consecuencia de esas audiencias públicas para desregular la industria, lo que no era cierto porque cuando después quebraron no fue por esa razón. Sin embargo, era una compañía grande, con muchos empleados y proveedores. Había ciudades en que parte de su población dependía de ella, había clientes que dependían de ella, por lo cual ningún ser humano podía no responder emotivamente ante la situación crítica de todas estas personas. Lo bueno de eso, por supuesto, es que se trata de una reacción humana normal y sería terrible que fuéramos diferentes. Lo malo es que desde el punto de vista económico lo mejor era que la empresa desapareciera. Eso es duro. El mercado hace desaparecer a una empresa que es ineficiente, que produce cosas que la gente no quiere, o que cobra precios demasiado altos que, aun cuando son necesarios para la sobrevivencia de la empresa, le impiden viajar a la señora de Boston. El mercado es inhumano, no responde a las súplicas de PanAm sino que lo tira al basurero de la historia.

Por eso Kahn me dijo: “No olvides lo que pasa cuando hay un regulador. En vez del mercado impersonal, despiadado, vas a tener una persona que responderá en forma natural. Entonces ten cuidado de tus buenas intenciones”. Nuestras buenas intenciones podrían significar que esta mujer no pueda viajar en avión. Y uno no se debe engañar pensando que se puede diseñar un sistema regulatorio que no esté dirigido por personas, o que esas personas no van a responder. Porque sí lo van a hacer. Van a responder a la situación humana con que se encuentren y así reemplazamos el mercado impersonal por el dictado de un ser humano que puede causar tantas dificultades económicas cuando es simpático como cuando no lo es. Éstas son las cuatro consideraciones que les quería ofrecer.

Para ponerles al día, quiero por último señalar que en este momento los cambios en los Estados Unidos son enormes. Mi especialidad, que es la regulación económica clásica, ha disminuido en importancia por cambios técnicos en la producción, incluso en las industrias tradicionalmente monopolísticas. Hemos desregulado la mayoría de los medios de transporte y la telefonía de larga distancia. Hoy se discute si la telefonía local podría soportar la competencia. Recién adoptamos una ley que dispone competencia hasta en el servicio telefónico local. La Comisión Federal de Comunicaciones y otras comisiones están encargadas de que esta ley se cumpla. Ahora, ¿cómo y hasta qué punto podrá cumplirse? Su ejecución de hecho presenta muchos problemas interesantes, algunos de los cuales han llegado a nuestra Corte. En el sector de la energía eléctrica, los cambios tecnológicos han hecho que hoy se produzca más y más en turbinas pequeñas impul-

sadas por gas, y ya no en gigantescas plantas nucleares. Esas turbinas son tales que diferentes compañías pueden tener varias y pueden competir entre ellas. Todavía existe un monopolio natural debido a los cables que transportan la electricidad, por lo cual los reguladores y políticos ahora están tratando de desarrollar sistemas que permitirían la competencia entre los productores de electricidad a través de cables que podrían estar en manos de una empresa regulada. En el caso del gas natural, hace ya tiempo que desregulamos el precio en los pozos, y aunque todavía están regulados los gasoductos y la distribución local, la importancia del sector regulado ha disminuido progresivamente.

DIÁLOGO CON EL PÚBLICO

Enrique Barros (moderador): *Agradecemos al juez Breyer su excelente mirada desde arriba, que resulta inusual en nuestra cultura jurídica y que por ello es muy refrescante. Muchos de los temas que el juez Breyer ha tratado en materia de mercados regulados son muy actuales en Chile y nos plantean una serie de preguntas, no sólo en el terreno de por qué regular, que es el ámbito en que hemos escuchado sus interesantes palabras, sino también desde el punto de vista de cuál es el papel que les corresponde a los jueces respecto a los procesos regulatorios, que hoy es una pregunta candente en Chile porque se han suscitado dificultades en torno a los últimos procesos de fijación de tarifas en electricidad y en telefonía. En general, no hay sector regulado en Chile cuyo proceso regulatorio hoy día no haya generado conflictos.*

Antes de ofrecer la palabra al público, quisiera entonces preguntarle si en los Estados Unidos el proceso administrativo de regulación se somete a algo parecido a la cláusula constitucional que determina que nadie puede ser privado de su vida, libertad o propiedad sin 'un debido proceso'. ¿Existe un control jurídico de las audiencias públicas en que las empresas deben ser escuchadas?

—La respuesta es 'sí', hay leyes que datan de fines del siglo XIX y que en realidad fueron copiadas de leyes británicas diseñadas en la mitad del siglo diecinueve para regular las tarifas de los ferrocarriles. Esas leyes normalmente adoptaban un sistema único que ofrecía a los reguladores, al gobierno por tanto, el poder de investigar y cambiar las tarifas, pero sólo después de una audiencia pública. El regulador debía organizar audiencias en las que el ferrocarril presentaba sus pruebas ante un juez administrativo, cuyas conclusiones normalmente eran sometidas a una comisión. Así, había

siempre una oportunidad para presentar pruebas y argumentos, por escrito pero también oralmente, frente a quien decidía.

Normalmente la ley indicaba que la empresa regulada no podía cambiar sus tarifas sin permiso del regulador. La empresa regulada debía presentar una petición, se determinaba la fecha de la audiencia y luego se llevaba a cabo. Los elementos del debido proceso siempre estaban presentes en esas leyes. El objetivo era que todos tuvieran una oportunidad real de oír los argumentos y de constatar que el juez realmente los hubiera escuchado. El juez Holmes escribió una opinión famosa en los inicios del siglo veinte sobre impuestos a la vivienda, diciendo que si el gobierno impone un tributo por características individuales y no en base a una regla general aplicable a mucha gente, se requiere de algún tipo de audiencia pública para cumplir con el requisito del debido proceso.

Aparte de los requisitos procesales hay una regla constitucional sustantiva que también se dictó en la década de 1920, y que dice que las tarifas deben ser tales que no confisquen la propiedad de la empresa. Eso viene de una época en que el movimiento popular a favor de la regulación produjo tarifas que a veces llevaron a las empresas a la quiebra. En los años cincuenta este peligro pertenecía al pasado y la fijación de tarifas de los servicios de utilidad pública no era un asunto de importancia nacional. La Corte Suprema escribió una famosa opinión en *Hope Natural Gas*³ diciendo que es virtualmente imposible decir cuándo es confiscatoria una tarifa y cuándo no. El resultado es lo que importa, y el resultado está bien mientras la empresa no sea llevada a la quiebra.

Desde entonces la gente cree que no hay una regla sustantiva y que básicamente los reguladores pueden hacer lo que crean razonable aun cuando estén equivocados. Sin embargo, siempre digo a mis alumnos que esas decisiones antiguas nunca han sido anuladas y que, por consiguiente, todavía existen. Curiosamente, en el derecho y particularmente en el derecho constitucional, los principios tienen su manera de sumergirse cuando el asunto no es materia de debate actual. Pero no desaparecen. Se esconden como rocas bajo el agua. Una decisión que no haya sido expresamente revocada podría en el futuro volver a aplicarse.

Donde por ejemplo podrían resurgir, como ya lo han descubierto algunos estados de Estados Unidos, es en el área de la energía nuclear. Hay empresas que construyeron plantas nucleares conforme a las instrucciones del regulador y después se les dijo que no las podían abrir. Miles de millones de dólares fueron invertidos en dichas plantas y la pregunta es si

³ *Federal Power Commission v. Hope Natural Gas Co.* 320 U.S. 591 (1944).

las empresas pueden recuperar su inversión. Ésta y otras son preguntas importantes en la industria de electricidad y en su mayor parte han sido tratadas con representantes de grupos de consumidores, con comisiones regulatorias, etc. Sin embargo, el principio constitucional de que la regulación no puede ser confiscatoria espera como una roca bajo el agua y podría reaparecer.

—*Me gustaría preguntar al juez Breyer acerca de los criterios que él conoce para fijar los salarios de los reguladores. Me parece que es un punto muy importante para evitar la captura de la agencia regulatoria. En Chile se ha dicho, por ejemplo, que los funcionarios del Ministerio de Obras Públicas y de otras instituciones, que tienen grandes responsabilidades por enormes sumas de dinero, ganan sueldos muy bajos y pueden ser entonces fácilmente corrompidos.*

—¡No hay otro tema que a los funcionarios públicos, incluidos los jueces, les guste discutir tanto, normalmente entre ellos, que sus propios salarios! El problema al que usted se refiere existe también en Estados Unidos, aunque con menos urgencia que en América Latina. Un sudamericano se reiría si le digo que en mi país hay problemas con el nivel salarial de los funcionarios públicos. Obviamente nosotros estamos muy bien pagados, y el salario de un regulador es más o menos igual al de un juez federal. Los funcionarios en la cúspide del escalafón ganan alrededor de US\$ 130.000 al año menos impuestos. A un sudamericano le va a parecer más que suficiente, y a un norteamericano también. La psicología humana es tal que siempre pensamos que alguien que gana dos veces más que nosotros es una persona rica, y si gana tres veces más es un multimillonario. Resulta entonces muy difícil decirle a una persona en los Estados Unidos, que lucha por un sueldo promedio anual de US\$ 40.000 o US\$ 50.000, que un juez, un regulador o cualquier otro servidor público debería ganar cuatro o cinco veces más que él, aun cuando un abogado promedio gana veinte o cincuenta veces más y un empresario en el pináculo gana cien veces más.

Que yo sepa, hasta ahora eso no ha causado corrupción. Por supuesto tenemos sistemas diseñados para evitar la corrupción. El más importante, en mi opinión, es que yo y todos los altos servidores públicos debemos declarar anualmente cada dólar que nosotros, nuestras esposas o esposos e hijos menores hemos ganado, cada posesión, todos los ingresos por honorarios, cualquier regalo de más de 250 dólares, todo. Todo eso se declara, y en el caso de los jueces de la Corte Suprema los periodistas leen esas declaraciones y las publican. Eso afecta la privacidad y es imposible desmentir que causa gran molestia, sin embargo es absolutamente necesario

que la prensa tenga acceso a esta información. El otro día dije esto mismo a otra audiencia, lo irritante pero importante que es la prensa, y una persona señaló que estaba completamente de acuerdo conmigo en que la prensa era sumamente irritante. Sin embargo, ¿no era precisamente eso lo que yo quería decir!

En su pregunta alude usted a la teoría de profesor Stigler sobre la captura del regulador por la industria. De hecho, una de las razones por las que apoyé la desregulación de las líneas aéreas fue haberle escuchado decir al profesor Stigler, en una conferencia, que la desregulación de las líneas aéreas sería imposible porque la gente que se favorecería con ella eran consumidores comunes y corrientes cuyo interés individual en la desregulación era pequeño, mientras que la gente en la industria a quien dicha desregulación perjudicaría era poca pero muy interesada. Y yo pensé: eso es interesante, ¡veamos si podemos desregular! Y pudimos.

Esas teorías no siempre explican todo lo que pasa porque, en mi experiencia por lo menos, el interés público tiene un papel mucho más importante en cómo actúan los servidores públicos que el que algunos economistas están dispuestos a admitir. Cuando la gente empezó a entender que desregular serviría el interés público y significaría precios más bajos, los servidores públicos actuaron y ocasionaron una baja en los precios. Siempre he creído en la teoría del interés público aunque estoy consciente de que no explica todo. Sin embargo, vale la pena actuar como si dicho interés existiera, porque así se pueden lograr resultados muy buenos.

Pero volvamos a su pregunta. Uno de los problemas relacionados con la corrupción y la influencia es el que se conoce como la ‘puerta giratoria’: un funcionario que trabaja por un tiempo en el gobierno y que después sale y gana cuatro veces más en el sector privado. Esto se convierte en un problema que se agrava aún más cuando el gobierno es poco profesional. La pregunta es, ¿cuán profesional se quiere que sea el gobierno? Cuando es demasiado profesional y no hay ninguna influencia desde afuera, no tiene contacto con el público, y si no tiene contacto con el público está fuera del mundo real y no puede entender los problemas de la industria. A la inversa, si está demasiado conectado con la industria o con otras partes del público corre el riesgo de tener prejuicios. Por eso tenemos en nuestras escuelas de derecho en Estados Unidos ese curso tan interesante de derecho administrativo y regulación, en que se estudia cómo combinar ambos principios, siempre tratando de encontrar un equilibrio sensato.

—¿Cómo se decide en los Estados Unidos si la fijación de una tarifa resulta confiscatoria o no?

—El problema de la confiscación se ha presentado más que nada en situaciones en que la regulación intenta forzar a un propietario a usar su propiedad de una manera determinada. El ejemplo clásico es el siguiente. Una persona es dueña de una mina de carbón. El gobierno le obliga a no extraer carbón en cierta parte de la mina para proteger la fundación de una ciudad que está en la superficie. Como hemos visto, nuestra Constitución declara que una persona no puede ser privada de su vida, libertad y propiedad sin un ‘debido proceso’. Además, la Constitución dice que la propiedad privada no puede ser expropiada para usos públicos sin compensación. La pregunta es la siguiente: ¿debe el gobierno compensar al dueño de la mina por el carbón que no le permite extraer? No importa la respuesta en este caso específico, lo que importa es la regla que señaló la Corte. Si la regulación del gobierno es una regla que se aplica a muchas personas, el gobierno no tiene obligación de pagar. Pero si se trata de una confiscación de propiedad de una persona individualizada, el gobierno sí debería pagar. ¡Pero qué tipo de respuesta es ésa! ¿Cuándo la regulación no es realmente una regulación sino una confiscación? Más tarde el juez Holmes, nuestro mejor juez, opinó que la regulación no puede ‘excederse’. ¡Muchas gracias! Y aquí estamos entonces, ésa es la ley.

A partir de esta opinión del juez Holmes se ha generado toda una industria de profesores de derecho que han hecho sus carreras tratando de explicar esas palabras: ‘la regulación no puede excederse’. A pesar de los numerosos esfuerzos de interpretación realizados por la Corte Suprema y otros, no puedo decirles mucho más. A mí me gusta lo que recién escribió Jed Rubenfeld, profesor de Yale, tratando de elucidar dichas palabras. Sin embargo, se entiende la idea intuitiva: si la regulación es general y tiene un objetivo regulatorio, está bien. Si es muy específica y trata de expropiar la propiedad de una persona, se excedió y no es una regulación sino una confiscación. Ésta no es una respuesta concreta a su pregunta, pero lamentablemente no tengo una respuesta mejor.

—*Como usted explicó, el objetivo del requisito constitucional del ‘debido proceso’ es proteger a la empresa del gobierno. ¿Los consumidores tienen algún acceso a este procedimiento? ¿Y cómo se relaciona la posición de los consumidores con el hecho de que el regulador muchas veces es elegido?*

—Ésta es una pregunta muy importante. Las leyes de regulación económica vienen del siglo pasado, y como ya he dicho se basaron en las leyes regulatorias de la época de la Reina Victoria en Inglaterra. Si uno lee esas leyes ve que sólo las empresas tenían derecho a una audiencia pública y no se menciona a los consumidores. Mis alumnos me dicen: ¡Pero eso es

horroroso! ¿Por qué ofrecerle a la industria el derecho a una audiencia y no al público general? La respuesta es que en aquel entonces nadie hubiera pensado que los consumidores deberían tener derecho a una audiencia pública, porque el regulador los representaba. El regulador representaba el interés público, y si había alguien que necesitaba protección ése era el ferrocarril. El objetivo de las audiencias era ser justo con el único interés privado que podía ser perjudicado, el de la industria.

Sin embargo, después de 1968, esa manera de pensar sobre los asuntos regulatorios cambió, en parte por una creciente desconfianza en el gobierno. Y se hizo natural pensar que como no se podía confiar ni en el gobierno ni en el regulador para la protección del interés de los consumidores, era mejor confiar en los procedimientos y en otros representantes. Los tribunales empezaron a estudiar las leyes y a desarrollar métodos para representar a los consumidores. Luego se presentó el problema de quién representa al consumidor. En fin, esa dificultad ha sido más o menos resuelta. Hoy en día participan en las audiencias representantes de los consumidores; se suele permitir que cualquier persona que satisfaga algunos criterios intervenga, por lo cual las audiencias son más complejas. Esto ha significado una revolución en el derecho administrativo desde un mundo en que el gobierno estaba a un lado y la industria al otro, hacia un mundo en que el gobierno se ha convertido en la instancia que decide o a veces media entre diferentes grupos, uno de los cuales es la industria.

Respecto de los funcionarios elegidos, en el Oeste de Estados Unidos, particularmente en el siglo diecinueve, hubo un fuerte movimiento populista que abogaba para que casi todos los funcionarios públicos fueran elegidos. Los jueces en el Oeste son elegidos, como lo son los jueces en los tribunales estatales en casi todo el país. Los reguladores son elegidos. Hasta hace poco eso funcionó bastante bien. Sin embargo, el aumento de las contribuciones financieras a las campañas electorales ha suscitado preocupación, por ejemplo respecto de la elección de jueces. Ha habido casos en que se han pagado enormes cantidades de dinero por parte de un grupo u otro para financiar las campañas de jueces. Como se comprende, eso no es muy deseable. En este momento el Colegio de Abogados y otros organismos están concentrándose en el tema.

—*¿Hasta qué punto es legítimo que el legislador delegue su poder legislativo al Ejecutivo?*

—La mayoría de este tipo de interesantes preguntas surgieron en los Estados Unidos en el contexto de la regulación de los ferrocarriles. Permítame una pequeña digresión. Siempre encuentro interesante mirar los edificios porque hablan mucho de la historia local. Quien esté interesado por la

regulación en los Estados Unidos debería visitar el edificio de la Comisión Interestatal de Comercio. La Comisión no tiene ahora ninguna importancia, pero ocupa un edificio monumental que refleja el esplendor del siglo diecinueve. Los comisionados se sientan en grandes sillas de cuero y la arquitectura es clásica romana, celebrando la magnificencia de la democracia. Entonces uno se da cuenta de que algo muy importante pasó allí. Y así fue. Los ferrocarriles crearon los Estados Unidos. Esas compañías enormes crecieron a través del país y fueron milagros de ingeniería. Sin embargo, tenían el poder de disponer sobre la suerte de comunidades enteras. Si bajaban el precio del transporte a Spokane, Washington, significaba que Spokane recibía el negocio. Por el contrario, si subían el precio, Spokane desaparecería. Este poder era tal que generó una demanda por intervención del gobierno. Y éste hizo un noble esfuerzo, aunque a lo mejor hoy día preferiríamos que no lo hiciera más en esa forma, por someter a este inmenso poder privado al control de los representantes del pueblo. Nadie sabía si podrían hacerlo o no.

Una de las primeras preguntas que se suscitó fue la siguiente. La Constitución atribuye el Poder Legislativo al Congreso, el Poder Ejecutivo al Presidente y el Poder Judicial a los jueces. Pues bien, ¿dónde está la Comisión Interestatal de Comercio? Fijar tarifas, como lo hacía esta Comisión, es un trabajo muy importante. Es técnico, pero también es general. La única instrucción que la ley daba a la Comisión era que debía fijar una tarifa ‘justa y razonable’. La Comisión tenía entonces el poder de legislar porque su regulación iba a ser aplicada a muchas compañías. La Constitución no dice en ninguna parte que una comisión federal, que es parte del Poder Ejecutivo, puede hacer leyes. Luego, atribuirle dichas potestades a la Comisión sería contrario a la Constitución. Ahora, ¿qué habría dicho la Corte Suprema si hubiera conocido el derecho actual? Creo que habría dicho que la Comisión no dictaba una ley sino una regla. Pero ¿cuál es la diferencia? La diferencia es que un administrador es parte del Ejecutivo y nombrado por el Presidente. Puede tomar decisiones específicas y hacer reglas, pero no leyes. Entonces, cuando un administrador hace una regla es parte de su trabajo de ejecutar la ley, y cuando un legislador hace una regla eso es parte de su trabajo de legislar. Gracias a este juego de palabras el ejecutor y el legislador pueden hacer precisamente lo mismo pero con distinto nombre.

Quisiera agregar algunas salvedades. Creo que así pasó porque era necesario. Las condiciones de la economía y de la vida en el siglo veinte, y probablemente más en el siglo veintiuno, son tales que las intervenciones del gobierno en la economía son necesarias, sea que se trate de la regula-

ción del medio ambiente o de la fijación de tarifas de los ferrocarriles. Pensando en la situación en los Estados Unidos que acabo de describir, pudo haberse dado una revolución si las tarifas de los ferrocarriles no hubieran sido reguladas. Pero era un problema técnico y el legislador no podía abocarse a realizar ese tipo de cálculos. Si ya para la Comisión Interestatal de Comercio era muy difícil, ¿cómo lo habría hecho una comisión legislativa? Se necesitaba regulación delegada y nuestra Constitución lo permitió, porque pretende ser lo suficientemente flexible como para adaptarse a un mundo que cambia sin cesar.

Segunda salvedad. En nuestro derecho constitucional hay una doctrina que se llama ‘doctrina de la no delegación’. Esa doctrina dice que el legislador no puede delegar ‘demasiado’ poder. ¿Qué significa ‘demasiado’? Significa que al delegar su poder el legislador no estableció un estándar por el cual el administrador deba guiarse. La Corte aprobó la delegación de poder para fijar tarifas ‘justas y razonables’. También aprobó una delegación de poder para entregar licencias de televisión ‘en el interés público’. El único caso significativo en que la Corte anuló una delegación de poder fue *Schechter Poultry*⁴, en que anuló la Ley Nacional de Recuperación de Industria de 1933 que delegaba poder legislativo a comisiones compuestas por representantes del gobierno, la industria y los gremios para negociar tarifas y condiciones laborales en toda la industria. El objetivo de esa ley era crear algo como un estado corporativo y la Corte decidió que la delegación era excesiva y la anuló. De vez en cuando la gente dice que deberíamos resucitar esa doctrina, pero hasta ahora no ha sucedido. La razón, creo yo, es que si ya es difícil para la Administración de Protección del Medio Ambiente encontrar maneras de controlar riesgos o fijar tarifas para la industria que sean adecuadamente sensibles a los problemas de sulfato dióxido y otros, sería más difícil aún si el Congreso tratara de dictar reglas específicas en esas áreas.

—¿Qué mecanismos hay para controlar el poder del regulador y cuál debería ser la contribución de los tribunales?

—Ésa es la pregunta clave del derecho administrativo: *quis ipsos custodia*, o ¿quien regula a los reguladores? Teniendo tres poderes gubernamentales, no es sorprendente que se haya buscado la respuesta en cada poder.

Hay quienes piensan que el legislador debería tener más control, como recién señalábamos. Y quizás funcionaría bien; habría que debatirlo. Otros piensan que el Presidente debería tener más control porque es él

⁴ *Schechter Poultry Corp. v. United States*, 295 U. S. 495 (1935).

quien nombra a los reguladores y es jefe del Ejecutivo. Sin embargo, quien conoce nuestro sistema entiende bien por qué a veces el Presidente se queja de que no tiene poder. Si el asunto es muy técnico, ni el Presidente ni la Casa Blanca tienen oportunidad de intervenir. Uno de los problemas de nuestro gobierno es, al parecer, su ‘balcanización’ en pequeños reinos de poder aquí y allá que funcionan cada uno por su propia cuenta.

La tercera opción es dar más control a los jueces. Esto es materia del derecho administrativo. El derecho administrativo permite a la gente afectada por una decisión del gobierno presentarse ante un tribunal federal y entablar una demanda. Normalmente el juez que preside verá si la ley fue cumplida o no, si hubo o no una violación de la Constitución, si la administración siguió o no sus propias reglas y regulaciones y, finalmente, si actuó o no de manera suficientemente imparcial. Esto último significa que los hechos deben ser determinados en base a pruebas substanciales y a una regla o política que no puede ser decidida en forma arbitraria, caprichosa o que constituya un abuso de poder. Estos tres criterios están mencionados en la Ley Procesal Administrativa y se refieren a ciertos principios básicos del derecho común: la Administración debe usar procedimientos imparciales, debe cumplir sus propias reglas, las que no pueden aplicarse en forma retroactiva ni ser incongruentes entre sí, etc. No es un sistema perfecto, porque los jueces saben muy poco de los problemas técnicos. Pero constituye un esfuerzo por encontrar una forma procesal que asegure que la ley sea cumplida y que la Administración no actúe en forma arbitraria sino con suficiente imparcialidad. ☐