

“El libro *¿Presidir o Liderar?* ha sido una de las herramientas más útiles en mi carrera como regulador, y lo considero como una lectura obligatoria para cualquier persona interesada en la regulación. Los amplios conocimientos de Hempling en la materia, y la forma como ha escrito el libro, permiten entender los conceptos fundamentales de la regulación de forma clara y amena”.

Carlos Colom, Presidente de la Comisión Nacional de Energía Eléctrica, Guatemala (2007-2012) y Vicepresidente de ARIAE (2007-2012)



“Scott Hempling nos ofrece una obra maestra que todo regulador interesado en ampliar sus horizontes de conocimiento y de experiencia debería estudiar. Con mucha claridad y de una forma muy amena nos enseña sobre los aspectos de tipo endógeno y exógeno que forjan a los mejores reguladores. La lectura de *¿Presidir o Liderar?* es una fuente de sabiduría que sin duda puede contribuir a mejorar la función regulatoria.”

Giovanni Hernández, Secretario Ejecutivo de la Comisión Regional de Interconexión Eléctrica



“En *¿Presidir o Liderar?*, Scott Hempling ha demostrado una vez más su capacidad única para desmitificar asuntos complejos que los reguladores enfrentan día a día y lo hace de una manera eminentemente agradable para el lector, sea regulador o no.”

Jeremy Martin, Director, Programa de Energía, Institute of the Americas



“Hempling captura y comunica de manera tan clara, sucinta y precisa lo que a mí me ha tomado más de 25 años en las trincheras darme cuenta y entender sobre las relaciones regulatorias. Les recomiendo enfáticamente la lectura de este libro a los estudiantes de derecho administrativo, a los ejecutivos de las industrias reguladas, a los profesionales en la materia y a los comisionados.”

Nicholas A. (Nick) Brown, Presidente y CEO de Southwest Power Pool, Inc.



Scott Hempling ■ *¿Presidir o Liderar?* Los atributos y acciones de los reguladores efectivos

Scott Hempling

¿Presidir o Liderar?

Los atributos y acciones
de los reguladores efectivos

“Ninguno de nosotros le ha dedicado más reflexión, o ha reflexionado de forma más clara acerca de cada aspecto que involucra la regulación de empresas prestadoras de servicios públicos que Scott Hempling.”

POWER Magazine

Prólogo por Francisco Xavier Salazar Diez de Sollano,
Comisionado Presidente de la Comisión Reguladora de Energía, México

¿Presidir o Liderar?

**Los atributos y acciones
de los reguladores efectivos**



Scott Hempling

**¿Presidir
o
Liderar?**

**Los atributos y acciones
de los reguladores efectivos**

Título original: *Preside or Lead? The Attributes and Actions of Effective Regulators*
Publicado en inglés, en 2010 por National Regulatory Research Institute;
en 2013 (segunda edición) por Scott Hempling

Traducción de Lorenzo Meyer Falcón

Diseño de cubierta e interiores por Gratzner Graphics LLC

Copyright © 2014 Scott Hempling

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser usada, reproducida o transmitida por cualquier forma o medios sin la autorización escrita del editor, excepto en los casos de citas breves para artículos o reseñas. Las solicitudes de permiso deben ser obtenidas contactando a Scott Hempling en shempling@scotthemplinglaw.com o a través de correo postal a Scott Hempling, Attorney at Law LLC, 417 St. Lawrence Drive, Silver Spring, MD 20901.

ISBN-13: 978-0-9893277-2-5

ISBN-10: 0-9893-2772-8

ÍNDICE

AGRADECIMIENTOSix
PRÓLOGOxiii
PRÓLOGO DEL TRADUCTORxvii
PREFACIO Y DEDICATORIAxix
PRIMERA PARTE—Los atributos de un regulador efectivo	1
1. Decidido	3
2. Preparado	7
3. Decisivo	13
4. Independiente	17
5. Disciplinado	21
6. Sintético	27
7. Creativo	31
8. Respetuoso	35
9. Ético	39
10. Una carta para los gobernantes y legisladores: Sobre la designación de reguladores de excelencia	45
SEGUNDA PARTE—Las acciones de un regulador efectivo	51
11. Las comisiones no son tribunales ni los reguladores jueces	53
12. La misión de la regulación: ¿“Balanceamos” los intereses privados o los alineamos con el interés público?	59
13. Lluvia de ideas regulatorias: ¿Cuándo y dónde?	63
14. Las multitareas regulatorias: ¿Provocan daños de largo plazo?	67
15. La alfabetización regulatoria: Una autoevaluación estacional	71
16. Los gastos en “Redes Inteligentes”: La respuesta perfecta de una comisión a los siete errores de la empresa que presta el servicio público eléctrico	77
17. Alfred Kahn, “Profeta de la Regulación”	83

TERCERA PARTE—Presiones políticas	87
18. “Política”: Las versiones pública y privada	89
19. “Política”: ¿Cómo pueden responder los reguladores?	93
20. ¿Es real la “captura regulatoria”?	97
21. “Captura regulatoria”: ¿Cuáles son las señales de alerta?	101
22. “Captura regulatoria”: Evitándola y escapando	107
23. Competencia “versus” Regulación: ¿Hemos alcanzado la claridad en esta conversación? (primera parte)	113
24. Competencia “versus” Regulación: ¿Hemos alcanzado la claridad en esta conversación? (segunda parte)	119
25. ¿Aprender a regular es como aprender a cocinar?	125
CUARTA PARTE—Coraje regulatorio	129
26. Servicio público “asequible”: ¿Cuál es el papel de la regulación?	131
27. Tarifas bajas, tarifas altas, tarifas equivocadas, tarifas correctas	135
28. Proteger al consumidor, pero ¿de qué?	141
29. Separando los mandatos de políticas públicas de las consecuencias de los costos: ¿Perderá el público la confianza?	145
30. Promoviendo la diversidad y prohibiendo la discriminación: ¿Existe una obligación regulatoria hacia la sociedad?	151
31. “Hacer todo” no constituye una política energética nacional	157
32. Simpatizante, al igual que crítico: Un papel ampliado para los reguladores profesionales	161
QUINTA PARTE—Jurisdicción: El poder es un medio, no un fin	165
33. Legislativo y comisiones: ¿Qué tan bien trabajan juntos?	167
34. Es abril: ¿Sabe dónde están sus legisladores?	171
35. Más sobre las relaciones legislativo-regulatorias: Capas, protecciones y costo-efectividad	175
36. Las relaciones jurisdiccionales entre la federación y los estados: Escoja su metáfora	179
37. Regulación coordinada o lucha jurisdiccional: ¿Cuál producirá un mejor desempeño de la industria?	183
38. La paz jurisdiccional requiere de propósitos conjuntos	187
39. Relaciones federación-estados: Una súplica por el alfabetismo constitucional	191
40. Relaciones intra-regionales: ¿Pueden las semejanzas entre los estados ser más fuertes que sus diferencias?	195

SEXTA PARTE—Práctica y procesos	201
41. “Enmarcar”: ¿Desvía la atención regulatoria?	203
42. Decisiones predeterminadas: ¿La regulación las está abordando al revés?	209
43. El desempeño de la empresa prestadora de servicios públicos: ¿Lo reconoceremos cuando lo veamos?	213
44. “Prudencia”: ¿Quién está cuidando la tienda?	219
45. El <i>timing</i> para la revisión tarifaria: ¿Hay que estar alerta o en piloto automático?	225
46. Animosidad de la interconexión: ¿Los procesos regulatorios llevan a la “Tragedia de los Comunes”?	229
47. Animosidad de la interconexión: Los lectores reaccionan	235
48. “Arreglos” regulatorios: ¿En qué casos los acuerdos privados favorecen al interés público?	241
49. ¿Por qué es tan rara la competencia por el monopolio?	247
SÉPTIMA PARTE—Organizaciones regulatorias	253
50. Recursos regulatorios: ¿El diferencial marca una diferencia? (primera parte)	255
51. Recursos regulatorios: ¿El diferencial marca una diferencia? (segunda parte)	261
52. Conforme aumenta la brecha de recursos ¿cuáles son los deberes de las comisiones?	265
53. La efectividad de la comisión: ¿Cómo la podemos medir?	269
54. Presupuestos de la comisión: ¿Cómo sabemos —y explicamos— “que valemos la pena”?	275
55. Posicionando a la comisión: Cinco acciones para influir	279
56. Posicionando a la comisión: ¿Puede la “visión” evitar el “demasiado grande para caer”?	283
57. Posicionar la “marca” de la comisión: ¿Puede ayudar al desempeño de las empresas prestadoras de servicios públicos?	287
58. Farmacias y conferencias regulatorias: ¿Tienen algo en común?	291
OCTAVA PARTE—Conclusiones	295
59. Algo esencial para la efectividad: La aceptación de la misión regulatoria por parte de la comunidad	297
60. Acción de Gracias regulatoria	301
SOBRE EL AUTOR	305



AGRADECIMIENTOS

Dentro de las muchas influencias que tuve para estos ensayos, destaco dos categorías.

Hay cinco personas a las que conozco personalmente, gente cuyo liderazgo intelectual en la regulación de empresas que prestan servicios públicos, personifican los temas de visión de propósito regulatorio de estos ensayos: George Spiegel, Dan Guttman, Harry Trebing, David Penn y Peter Bradford.

Y luego hay otras cuatro a las que solamente he conocido por medio de sus textos, escritores y escritos cuya sabiduría y claridad solo puedo soñar en imitar: Peter Drucker (*El ejecutivo eficaz*), Edward Tufte (*El despliegue visual de la información cuantitativa; visualizando información; Explicaciones visuales: imágenes y cantidades, evidencia y narrativa; y evidencia hermosa*); Garry Willis (*Lincoln en Gettysburg: Las palabras que rehicieron a América; Trompetas certeras: la naturaleza del liderazgo*); Deborah Tannen (*La cultura del debate*); y Rabbi Marc Rosenstein (*Los diarios de Galilea*).

* * *

Quiero agradecer a Lorenzo Meyer Falcón por su traducción experta y también a Diana Lucía Rodríguez y Francisco Xavier Salazar Diez de Sollano por su ayuda adicional con esa tarea.



“...La Comisión asegura ser el representante del interés público. Su papel no le permite actuar como un árbitro que decide cantar suavemente bolas y strikes de adversarios que se presenten a él; el derecho del público debe recibir una protección activa y certera por parte de la Comisión”.

Scenic Hudson Preservation Conference v. Federal Power Commission, 354 F.2d 608, 620 (2d Cir. 1965)

“El libro se titula ‘Dominar el arte de la cocina francesa’ y no ‘Cómo cocinar comida francesa’, ‘Cocina francesa sencilla’ o ‘Cocina francesa para tontos’, sino ‘Dominar el arte de’. En otras palabras, cocinar ese omelet es parte de una disciplina exigente y eminente que no debe ser tomada a la ligera o con frivolidad. Pero al mismo tiempo: Tú lo puedes hacer, es cuestión de técnica, habilidad y práctica”.

A. O. Scott, “Two for the Stove,” (“Dos a la estufa”), *The New York Times* (7 de agosto del 2009) (refiriéndose al clásico de Julia Child)

“La efectividad se puede aprender”.

Peter Drucker, *The Effective Executive* (El ejecutivo eficaz)



PRÓLOGO

No hay una carrera universitaria que otorgue el título de regulador. Como señala Scott, en una institución reguladora existen profesionistas de diversa índole: economistas, ingenieros, abogados, contadores y financieros, entre otros. Ninguno de ellos es a priori regulador. Los economistas entienden de estructuras de mercados y esquemas tarifarios; los ingenieros de procesos productivos e infraestructura; los abogados del marco legal y los litigios; los contadores de catálogos de cuentas y seguimiento de costos, y los financieros de los mecanismos necesarios para obtener recursos y sufragar los gastos.

En lo que toca a los posgrados y la extensión académica, existen maestrías en regulación cuyo énfasis es fundamentalmente microeconómico. Hay diplomados enfocados en el marco legal que aplica a los distintos sectores regulados. Después hay seminarios que tratan sobre la regulación de alguna industria en específico. También son comunes los cursos sobre construcción de tarifas. Recientemente abundan los talleres en materia de regulación de energías limpias, y así podemos seguir enumerando programas en materias específicas. Lo que no abunda son cursos cuyo propósito sea preparar reguladores.

Quienes trabajan en una institución regulatoria se van forjando como reguladores poco a poco. El trabajo interdisciplinario y los años de experiencia transforman profesionistas con una especialidad en profesionales con una visión más completa e integral de la industria que regulan. Desafortunadamente, en el caso de quienes están al frente de las comisiones, frecuentemente el tiempo no es suficiente para que este proceso culmine y madure. En muchos países, justo cuando se va comprendiendo el espíritu de la regulación el plazo del mandato se acaba.

El presente libro puede ayudar a que la curva de aprendizaje de quienes están en los órganos de decisión de las comisiones sea menos larga. Ciertamente, su lectura es conveniente para cualquier funcionario de una institución regulatoria. Sin embargo, en el caso de los comisionados, consejeros o directores —como sea que se les llame— su lectura debería ser obligatoria. La especialización técnica puede tardar un poco, la visión no. Tomar decisiones correctas depende más de una adecuada concepción del propósito de la regulación que de un conocimiento técnico especializado.

Podríamos decir que el libro es un tratado de la filosofía de la regulación. Es de los pocos libros que ayudan a tener una visión integral de la teoría y práctica de la regulación. Pero además de eso, funciona como un manual y libro de cabecera para la toma de decisiones regulatorias. A lo largo de su mandato, quienes tienen a su cargo el destino de los órganos reguladores se enfrentarán a casos que no son sencillos de decidir porque, como bien señala Scott, con frecuencia se presentan bajo una lógica de suma cero. Todo cambia cuando el punto de partida es el interés público, que bien puede estar muy alejado de una dinámica en la que la solución parece centrarse en encontrar el “equilibrio” o “balance” entre los intereses de las partes en disputa.

El libro resulta además muy útil cuando lo anterior se aplica a los nuevos desafíos que enfrentan los reguladores. Tiene razón Scott cuando dice que el cúmulo de nuevas responsabilidades que tienen las comisiones las hace irreconocibles a un viajero del tiempo que viniera de un pasado tan reciente como el de finales de la década pasada. Lo interesante es que la lectura del libro nos lleva a la conclusión que la manera adecuada de enfrentar estos retos es partiendo de la misma lógica que aplica a las tareas históricas de un regulador: de lo que se trata no es de balancear los intereses entre las partes sino de alinear estos intereses con el interés público.

No obstante todo lo valioso de lo anterior, lo más importante del libro es su invitación a no convertirse en actores pasivos, sino en promotores activos del interés público. Como lo dice el título del libro: se trata de liderar, no de presidir. Naturalmente, lo primero que se necesita en esta tarea es una definición del interés público, lo que los clásicos llamaban el bien común, pero puesto en el contexto de los sectores regulados. Yo coincido con la definición de Scott: el interés público aplicado a la regulación se alcanza al implementar la eficiencia económica con una lógica de gradualismo compasivo y en un esquema de rendición de cuentas.

Pero la visión no es suficiente. Se requiere cultivar y desarrollar ciertos atributos: decisión, independencia, disciplina, preparación, capacidad de síntesis, creatividad, respeto y ética. Estos atributos se deben reflejar en las acciones cotidianas del regulador. Solo así se podrá enfrentar las inevitables presiones políticas y tener el coraje y determinación regulatoria para tomar las decisiones difíciles pero correctas. Solo así se podrá liderar y convencer a los actores políticos, principalmente a los legisladores y a quienes hacen la política energética, de la necesidad de estas decisiones o bien de que se requiere cambiar el marco jurídico.

Puede ser que el lector hispano-parlante piense que muchos de estos ensayos, al estar referidos a la realidad norteamericana, no tengan nada que ver con

su realidad cotidiana. Me parece que no es así. ¿O qué acaso no podemos ver que la dinámica de diferencias regulatorias en el cono sur se parecen a las que ocurren entre las entidades federativas de los Estados Unidos? ¿Y qué decir de las complicaciones que ha habido —y que afortunadamente parecen irse superando— en el desarrollo del mercado eléctrico centroamericano? Además, la realidad de un regulador federal en convivencia con reguladores estatales también está presente en al menos un par de los países de la región.

Conocí a Scott leyendo varios de los que eventualmente llegarían a ser los capítulos contenidos en este libro. En ese entonces él estaba al frente del Instituto Nacional de Investigación Regulatoria (NRRRI) y cada mes escribía un ensayo que era distribuido por correo electrónico a quienes participamos en la Asociación de Reguladores de Norteamérica (Naruc). Inmediatamente me sorprendió su lucidez. Era capaz de articular todas aquellas intuiciones que muchas veces tenemos pero que no sabemos estructurar. Después de escucharlo en varias conferencias regulatorias me quedé convencido que es uno de los mejores exponentes de lo que debe ser la regulación del siglo XXI, un verdadero “profeta” de la regulación, usando el calificativo que usó Thomas McCraw para referirse a Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis y Alfred E. Kahn.

Cuando Scott compiló sus ensayos y los estructuró en la primera edición del libro le hizo un gran favor a la comunidad regulatoria. Ahora que ha decidido publicar una versión en español del libro, el favor se agranda: sus enseñanzas podrán diseminarse más rápido en nuestros países, algo que en la Asociación Iberoamericana de Entidades Regulatorias de la Energía (Ariae) agradecemos y promoveremos.

Francisco Xavier Salazar Diez de Sollano
Comisionado Presidente de la Comisión Reguladora de Energía (México)
Presidente de Ariae



PRÓLOGO DEL TRADUCTOR

Todos los que nos dedicamos a esta noble tarea de la regulación, ya sea desde la parte privada, pública o académica, como el Premio Nobel de Economía 2014, sabemos que esta actividad es un arte que se compone de muchas ciencias. Y la traducción de textos regulatorios también lo es, pues no solo hay que lidiar con términos técnicos de las muchas disciplinas que la integran, sino transmitir las ideas fundamentales que el autor pretende comunicarle a la comunidad regulatoria de habla hispana. Además, conforme uno traduce, relee lo escrito, y vuelve a verificar, siempre surgen observaciones de forma y fondo que me permiten discutir e interactuar con Scott, lo que vuelve mi tarea doblemente interesante y retadora, pues obliga a traducir, interpretar y dialogar con uno de los grandes de la regulación contemporánea.

Traducir a Scott requiere de un proceso hermenéutico, complejo y tardado, pero sumamente enriquecedor e incluso divertido. Para comprender este libro, hay que ir más allá de la simple lectura, pues es necesario establecer un diálogo con el autor. Así, los invito a que como yo, estén de acuerdo, discrepen y comenten con Scott sus puntos de vista y experiencias personales, pues él siempre está más que interesado y abierto al diálogo con su audiencia. Además, este libro es solo un avance, pues Scott publica ensayos regulares que todos debemos consultar para seguir siendo efectivos en nuestro quehacer regulatorio cotidiano. Es por esto que los invito a visitar www.scotthemplinglaw.com para estar al tanto de su trabajo y dialogar directamente con él. Así, más que una traducción de sus ensayos, este libro pretende ser una introducción a su obra continua y creciente.

Este libro sobre la filosofía de la regulación va más allá del mundo anglosajón, pues el autor conoce bien y ha trabajado no solo en América Latina, sino en Asia y en Europa, y los problemas que aborda nos conciernen a todos los que somos parte del mundo regulatorio. Los objetivos fundamentales de liderar y no solo presidir, de buscar siempre identificar al interés público y alinear a él los intereses privados, así como de los obstáculos que enfrentamos, son ideas y realidades atemporales y globales, de ahí su relevancia general para todos los que nos dedicamos a este arte, independientemente de dónde nos encontremos.

En las siguientes páginas nuestros lectores encontrarán un texto muy cuidado y revisado por varios pares de ojos expertos en muchas de sus disciplinas, lo que me permite asegurarles que están ante una interpretación fidedigna. Pero cualquier error de traducción, es responsabilidad únicamente mía.

Ciudad de México, a 13 de octubre de 2014.

Lorenzo Meyer Falcón

PREFACIO Y DEDICATORIA

Desde los límites de velocidad hasta las reglas sobre la calidad del agua, toda regulación tiene un propósito común: alinear el comportamiento privado con el interés público.

Mientras que los principios de estos ensayos aplican a toda la regulación, me he enfocado en mi área de desempeño profesional: la regulación de las empresas que prestan servicios públicos. Estos proveedores de electricidad, gas, telecomunicaciones y agua son el soporte de nuestra economía local, regional, nacional e internacional. Nuestras vidas dependen de su desempeño. Definir y exigirles estándares de desempeño es el trabajo de los reguladores. Los reguladores establecen estándares, compensan el desempeño eficiente y penalizan al ineficiente. Estos estándares, compensaciones y penalizaciones alinean al comportamiento privado con el interés público.

Estas acciones regulatorias las toman personas reales. A lo largo de 30 años he trabajado en docenas de procesos formales con cientos de reguladores, ya sea como asesor: estructurando procesos, interrogando a testigos, elaborando opiniones y defendiendo a comisiones ante las cortes; como abogado litigante: preparando a testigos, realizando interrogatorios, redactando informes y recurriendo decisiones en las cortes; y como testigo experto: testificando con respecto a los principios de la regulación efectiva.

En esta experiencia de primera mano, siempre me ha impresionado el poder de los atributos personales. Las batallas públicas las protagonizan las partes, sus expertos contratados y sus abogados. Pero cuando se cierra el informe judicial y empiezan las deliberaciones, el foco de atención pasa a los comisionados. Los resultados de los casos son determinados no solo por los hechos, las leyes y la política pública, sino también por los atributos de los comisionados: atributos como una visión de propósito, actuar de forma decidida, independencia, creatividad, ética y coraje. Estos atributos, o la ausencia de ellos, influyen en las acciones de los reguladores; como, por ejemplo, si “balancean” y “presiden”, o si establecen estándares y lideran. Y aún aquellos reguladores con la mayor visión de propósito, educación, decisión e independencia regulatoria —aquellos que toman las decisiones difíciles y las acciones correctas— enfrentan obstáculos: las fuerzas del interés personal y el provincialismo que pueden socavar el elevado propósito de la regulación.

Con el fin de explorar las conexiones entre atributos, acciones y obstáculos, así como para entender cuáles son los ingredientes para la efectividad, en el 2007 empecé a publicar una serie de ensayos mensuales. Cada uno de mil palabras que en 5 minutos lo lee un tomador de decisiones o un profesional ocupado. Los primeros 32 los escribí siendo el Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Investigaciones Regulatorias (NRRI), y fueron publicados por el Instituto en el 2010. Gentilmente, el NRRI me permitió adquirir los derechos de autor de los textos que escribí mientras estuve ahí, lo que me permite publicar una segunda edición con 60 ensayos elaborados entre 2007 y 2012. Organizados bajo nuevos capítulos, en los ensayos abordo acontecimientos recientes en las relaciones entre el legislativo y las comisiones, entre la federación y los estados, y con respecto a la estructura de mercados. La serie mensual de ensayos continúa en mi sitio web www.scotthemplinglaw.com donde los lectores pueden dejar sus comentarios.

Mientras que estos ensayos se enfocan en las empresas que prestan servicios públicos, sus lecciones con respecto a los atributos, acciones y obstáculos, son aplicables a la regulación y a la política pública en general. Este libro lo he organizado bajo ocho secciones:

- *Primera Parte* Los atributos de un regulador efectivo
- *Segunda Parte* Las acciones de un regulador efectivo
- *Tercera Parte* Presiones políticas
- *Cuarta Parte* Coraje regulatorio
- *Quinta Parte* Jurisdicción: El poder es un medio, no un fin
- *Sexta Parte* Práctica y procesos
- *Séptima Parte* Organizaciones regulatorias
- *Octava Parte* Conclusiones

Quienes me inspiraron para escribir estos ensayos fueron los mismos reguladores. Estos tomadores de decisiones que involucran miles de millones de dólares son diversos: designados o electos; rangos de edad que van de los 25 a los 75 años; algunos están a la mitad de su carrera y escalando, mientras que otros están terminado sus carreras profesionales después de contribuir por décadas en el servicio privado. En cualquier momento dado, la gran mayoría de los reguladores son nuevos en este campo: maestros de música, físicos, químicos, publicistas, mineros de carbón, alcaldes, funcionarios municipales, financieros de Wall Street o tenderos.

Pero sus diversidades palidecen frente a sus aspectos en común: la realidad angustiante de darse cuenta de que para cumplir con sus obligaciones —establecer y hacer valer estándares de desempeño en industrias críticas— requerirán del empleo de cada onza disponible de su intelecto, audacia, humildad, empuje y coraje. A estos individuos, y a sus aspiraciones de ser efectivos, dedico este libro.

Scott Hempling

PRIMERA PARTE

Los atributos de un regulador efectivo

Todos esperamos que quienes toman las decisiones en nuestro gobierno sean, cuando menos, honestos, diligentes, sensatos, objetivos, humildes y competentes. Quienes destacan en la regulación tienen atributos adicionales: Una visión de propósito, preparación, decisión e independencia. Cómo utilizan ellos estos atributos es el tema que abordaré en estos primeros cuatro ensayos.

El regulador con una visión de propósito define y articula al interés público, luego lo promueve al inducir a un cierto desempeño: alineando al comportamiento privado de la empresa prestadora de servicios públicos regulados con el interés público. El regulador educado estudia las seis áreas de la regulación, sus seis fuentes legales, sus cinco profesiones, sus tres procesos y sus muchos hechos locales. El regulador decidido actúa: dónde y cuándo el interés público así lo requiere, sin importar la incomodidad que esto le provoque a sí mismo o a las partes. El regulador independiente reconoce que en una democracia siempre existirán fuerzas de las que ningún funcionario público puede ser independiente, pero se mantiene alerta y se resiste ante aquellas que socavan al propósito de la regulación.

Five Minds for the Future de Howard Gardner (2007) ofrece atributos adicionales. La mente disciplinada reconoce que la regulación es una profesión y se esfuerza continuamente para dominarla. La mente sintetizadora integra a los hechos regulatorios con sus profesiones (ingeniería, economía, contabilidad, finanzas y derecho), para luego tomar decisiones en favor del interés público. La mente creativa se libera de las prácticas del pasado a fin de descubrir nuevas soluciones. La mente respetuosa mantiene una actitud abierta, curiosa y humilde como antídotos a las posiciones divisivas; honra al conocimiento y a los logros sin importar de dónde vengan. La mente ética trasciende al interés propio simplemente haciendo lo correcto. Reconoce que “[una] persona que está

decidida a hacer algo constructivo con su vida necesita aceptar el hecho de que no le va a caer bien a todos”¹.

Para sintetizar estos nueve atributos, en la Primera Parte cierro con una carta abierta a los gobernadores y a los legisladores sobre “Designación de los Reguladores Excelentes”.

¹ Daniel Barenboim y Edward Said, *Paralelos y paradojas: Exploraciones en la música y en la sociedad* (2002), p. 6, 10, 11 (citado en Gardner p. 122).

1

Decidido

El erizo es un ser pensante, un líder “que relaciona todo a una visión ... a un principio único, universal y organizador”... en tanto que un zorro “persigue varios fines, los cuales frecuentemente no están relacionados entre sí, y en ocasiones, incluso son contradictorios.”... En este sentido, Abraham Lincoln puede ser considerado como uno de los erizos más sobresalientes en la historia de los Estados Unidos.

James M. McPherson, “El Erizo y los Zorros”, en *Abraham Lincoln y la segunda revolución americana*, (1991), pp. 113.114, cita el ensayo del filósofo británico Isaiah Berlin sobre Leo Tolstoy, en el cual, a su vez, toma esta frase del poeta griego Archilochus “El zorro sabe de muchas cosas, pero el erizo sabe de una grande”.

La **visión de** propósito del regulador articula su intención. Por lo general, los estatutos regulatorios obligan a este a tomar decisiones que sean “consistentes con el interés público”. Estos parten del supuesto de que si el comportamiento de los agentes privados no es regulado, este irá en contra del interés público. Un regulador con una visión de propósito busca alinear al comportamiento privado con el interés público; para lograrlo, debe (1) definir en qué consiste el interés público, (2) identificar los intereses privados, (3) articular cómo es que cada uno de estos, de no estar regulados, puede divergir del interés público, y (4) diseñar los mecanismos necesarios para lograr su alineación.

¿En qué consiste el interés público? El término tiene significados múltiples, por lo que esta amplitud le da una flexibilidad que requiere de una rendición de cuentas. A su vez, esta necesita de una articulación, por lo que un regulador

efectivo —aquel que cuenta con una visión de propósito o intencionalidad clara— elabora su propia definición y la articula públicamente.

Mi definición de “interés público”, que sin duda es una de muchas posibles, es la mezcla de eficiencia económica, gradualismo compasivo y rendición de cuentas políticas.

- *Eficiencia económica* es lograr lo más con lo menos, esto es, conseguir la mejor relación costo-beneficio posible. La teoría económica indica que cuando un resultado es ineficiente, algún actor ha dejado de percibir un beneficio que hubiera sido posible sin que este implicara un costo adicional para terceros, por lo que este resultado no beneficia al interés público.
- *Gradualismo compasivo*. Este concepto está relacionado con las consecuencias negativas de corto plazo que trae consigo la Eficiencia Económica. Los cálculos estrictos de costo-beneficio no toman en cuenta a la realidad actual de los ciudadanos, por lo que el gradualismo compasivo implica considerarlos y aminorar las consecuencias negativas de corto plazo de la aplicación regulatoria, esto a fin de lograr y preservar su aceptación entre los ciudadanos, y así lograr los beneficios de largo plazo.
- *La rendición de cuentas políticas* implica que el regulador debe propiciar un ambiente de aceptación con respecto a sus decisiones, las cuales persiguen tanto la eficiencia económica como el gradualismo compasivo. Esto no implica de ninguna manera ceder ante grupos de interés, sino educar y explicar, así como ajustar y aclarar el ángulo de cambio, pero sin comprometer la dirección del mismo.

A partir de estos tres elementos, se puede establecer que el interés público es el resultado de un avenimiento, no entre intereses particulares, sino entre los elementos referidos del interés público. Entender esta diferencia crucial, es un prerequisite indispensable para alcanzar una regulación con visión de propósito.

Advertencia: Es importante mencionar que el atender un asunto particular de interés público no necesariamente conlleva a resolver todos los problemas de interés público, pues las acciones de un regulador están circunscritas a un propósito concreto.

Dos ejemplos concretos de esta limitación se encuentran claramente establecidos en la legislación de los Estados Unidos, lo cual se puede ver en el alcance disímulo que se le da al término “interés público” en los casos *Gulf States Utilities Company v. Federal Power Commission*, 411 U.S. 747 (1973) (en este, el término “interés público” es utilizado de la misma forma en el estipulado en la Sección 204 del Federal Power Act, el cual obliga a la Comisión a tomar en

consideración las políticas anti monopolio). En contraste está el caso de *NAACP v. Federal Power Commission* 425 U.S. 662 (1976) (en el cual se decidió que el término “interés público” no le autoriza a la Comisión a prohibir la práctica de discriminación racial a las empresas que prestan servicios públicos).

¿Cómo es que los intereses privados divergen del interés público? Una vez que el regulador define en qué consiste el interés público, este debe determinar cómo es que las acciones y objetivos de los intereses privados pueden divergir de ese interés público. Por lo tanto, un regulador debe considerar los siguientes intereses privados:

1. La empresa que provee servicios públicos busca siempre maximizar sus ganancias, incrementar su participación de mercado y alcanzar una reputación sólida.
2. Los accionistas pretenden incrementar el valor de la compañía, el precio de las acciones, asegurar su sustentabilidad financiera y obtener dividendos.
3. Su CEO busca, por encima de todo, incrementar sus ingresos, así como avanzar su carrera y satisfacción laboral.
4. Los competidores que no proveen servicios públicos procuran lograr penetración de mercado, incrementar su participación en el mismo y acceso a los cuellos de botella.
5. Los consumidores pretenden precios bajos, servicios confiables y una relación receptiva con su proveedor.
6. Y los tenedores de bonos, asegurar el flujo de efectivo, el pago de intereses y evitar que la empresa caiga en suspensión de pagos.

El interés público puede darle cabida a todos los intereses privados legítimos. Ningún consumidor espera, legítimamente, tener poder gratuitamente, como tampoco ningún CEO pretendería compensaciones superiores a las de sus pares. Pero los intereses privados pueden perseguir fines ilegítimos, como por ejemplo, que los consumidores busquen precios por debajo de los costos y con una confiabilidad del servicio por encima del promedio; que un inversionista pretenda rendimientos por encima de los del mercado con riesgos por debajo de este, o la administración dominar el mercado. Es por esto que un regulador con visión de propósito o intencionalidad debe establecer límites con el fin de alinear estos intereses privados con el interés público. Un regulador así debe estar pendiente de que los intereses privados se muevan siempre dentro del límite de velocidad establecido por el interés público.

Entonces, ¿cómo es que el “interés público” se relaciona con la intencionalidad regulatoria? Un regulador con visión de propósito nunca busca lograr una “concesión” o “balance” entre los intereses privados que se le presentan, sino establecer una fuerza centrífuga, la cual discipline y doblegue a las expectativas privadas. Esta fuerza centrífuga es el interés público.

Recomendaciones para los reguladores

Para buscar la eficiencia, se deben plantear las siguientes preguntas:

1. ¿Cuento con una definición de “interés público”? ¿La he comunicado de forma transparente a mis compañeros comisionados y a las partes involucradas? y ¿Es mi definición consistente con la de mis compañeros comisionados?
2. ¿He identificado cuáles son los intereses privados que conciernen a mi Comisión? ¿Entiendo, de forma analítica y no judicial, cómo es que estos intereses privados pueden divergir del interés público ahora y en el futuro?
3. ¿Le he comunicado a estos intereses privados la necesidad de alinearse con el interés público?
4. ¿He determinado si los mecanismos regulatorios son lo suficientes, y estrictamente lo suficientes para lograr esta alineación? (Hay que recordar que la regulación innecesaria es tan problemática como la insuficiente).

2

Preparado

El objetivo primordial de la educación no es el conocimiento, sino la acción.

David Spencer

Una persona educada es aquella que ha aprendido que la información casi siempre resulta ser, en el mejor de los casos, incompleta; y muchas veces falsa, engañosa, ficticia, mendaz, o incluso completamente equivocada.

Russell Baker

Estaba decidido a saber sobre frijoles.

Henry David Thoreau (de Walden)

Aún sigo aprendiendo.

Miguel Ángel

Un regulador con visión de propósito empieza por definir el interés público, y luego ajusta su regulación con el fin de alinear el comportamiento privado con este. Esta intencionalidad resulta inefectiva sin educación. Un regulador preparado conoce las seis áreas temáticas, las seis fuentes legales, las cinco profesiones y los tres procesos de la regulación.

Las seis áreas temáticas de la regulación:

¿Qué es lo que regulamos?

La regulación se enfoca en sustantivos y verbos: Regulamos compañías reguladas que realizan actividades reguladas. El estatuto regulatorio identifica a ambas: tanto a las acciones (verbos) que requieren ser reguladas, como a los actores (sustantivos) cuyas acciones serán reguladas. Estos verbos y sustantivos interactúan dentro de seis áreas temáticas.

Estructura de mercado: ¿Los consumidores maximizan sus beneficios en términos de eficiencia, innovación y confiabilidad bajo un mercado competitivo o de monopolio? En algunos casos, la regulación empieza por definir la estructura de mercado, y luego guía el comportamiento de este. En cuanto a los mercados monopólicos, la regulación establece estándares con respecto a los precios, calidad, cantidad, infraestructura física, financiamiento y estructuras corporativas. Y para los competitivos, emite licencias para la entrada, permite el acceso a instalaciones que presentan cuellos de botella, condiciona medidas que provoquen una concentración de mercado (como fusiones y adquisiciones de activos) y monitorea el comportamiento de precios para asegurarse de que estos se encuentren dentro de parámetros razonables.

Precios: La regulación efectiva vincula los precios con los rendimientos. La primera disyuntiva que se presenta entre precios regulados y de mercado es: ¿los reguladores determinarán las tarifas, o es la competencia lo suficientemente vigorosa como para establecer precios sin necesidad de fijarle límites regulatorios? A esta decisión le siguen otras de mayor complejidad: Con respecto a los precios regulados, ¿estos deben estar basados en costos promedio (de tal forma que puedan recuperar el “requerimiento de ingresos”) o en costos marginales (con el fin de inducir a un consumo y producción eficientes)? Y en cuanto a los precios de mercado, ¿debemos establecer prerequisites para incentivar la competencia antes de que los actores empiecen a operar (con el fin de proteger a los consumidores de “monopolios no regulados”)? Existen muchas posibles elaboraciones a partir de estas preguntas.

Calidad en el servicio: La regulación establece estándares de desempeño y, a partir de ellos, crea métricas para contabilizar cuestiones tales como llamadas caídas, la frecuencia y duración de los apagones, quejas atendidas, sostenimiento de la estructura de capital e innovación implementada.

Sobre las condiciones de la infraestructura física: Las compañías basadas en la infraestructura física necesitan contar con los activos necesarios. La regulación identifica los pre-requerimientos de infraestructura adecuados y, a partir de estos, evalúa si la empresa que provee servicios públicos cuenta con la capacidad necesaria para ofrecer el servicio de forma continua.

Estructura financiera: La regulación establece expectativas que el regulado debe cumplir para asegurar su viabilidad, entre ellas la combinación adecuada de calidad y costo de su deuda.

Estructura corporativa: Las fusiones, adquisiciones, desinversiones, diversificación del producto, expansión territorial y transacciones relacionadas afectan a la estructura del mercado, así como a los precios, calidad y a su estructura financiera. La regulación busca alinear las actividades corporativas con su obligación básica: la de servir.

Para cada uno de estos cinco temas, el regulador preparado se informa con respecto a los hechos específicos de cada industria y región. Algunas de las preguntas clave son: ¿Cuáles son las compañías que existen en el sector, qué servicios proveen y a qué precio, bajo qué estructura corporativa y con qué porcentaje de mercado, cuáles son las métricas relevantes y, a partir de ellas, cómo resultan clasificadas las empresas que proveen servicios públicos, cuál es la infraestructura existente y cuál es su capacidad, cuáles son las condiciones financieras de cada compañía y las de la industria en general, y finalmente, cuáles agencias tienen jurisdicción sobre qué actores y actividades?

Las seis fuentes legales de la regulación: ¿Qué autoridad tienen los reguladores?

La legislación sobre regulación responde a tres preguntas principales: ¿Cuáles son las facultades de los reguladores cuando las ejercen?, ¿qué procesos debe seguir? y ¿cuáles son los derechos y obligaciones de los reguladores? Las respuestas a estas provienen de seis fuentes legales: de las leyes sustantivas y administrativas, tanto federales como estatales (aquí ya van cuatro), y de las disposiciones constitucionales, tanto federal como estatales.

Legislación sustantiva: Esta establece (1) las facultades y obligaciones de los reguladores, (2) las obligaciones, derechos y facultades tanto de los oferentes como de los demandantes, y (3) los recursos de cada uno de los actores con respecto a los otros participantes. La legislación administrativa dicta los procesos a seguir para emitir regulación y para resolver controversias.

Cinco características del *derecho constitucional federal* protegen a los actores relacionados, limitando los poderes del regulador. La Cláusula de Comercio “latente” restringe el poder de los estados para regular y discriminar en contra del comercio interestatal. La Cláusula Contractual limita la facultad de los estados para intervenir en perjuicio de contratos existentes. La Cláusula de Apropiación le prohíbe al gobierno regular con la intención de “apropiarse” de la propiedad privada sin compensación justa. En el caso de la regulación dirigida a empresas que proveen servicios públicos, estos principios le prohíben

a los reguladores interferir con “inversiones legítimas basadas en expectativas” sin otorgar una compensación justa para los inversionistas. La Cláusula de Supremacía le antepone a los estados la prohibición de establecer o ejercer legislaciones estatales que entren en conflicto con las intenciones del Congreso Federal. La Cláusula del debido proceso obliga a la equidad procesal.

Estas seis fuentes legales emanan de al menos seis foros: legislaturas estatales, el Congreso Federal, agencias estatales y federales, así como de cortes estatales y federales. Y además existen otras agencias reguladoras: sobre el uso de suelo, medioambientales, laborales, fiscales y financieras; y todas estas se intersectan con la regulación de empresas que proveen servicios públicos.

Las cinco profesiones de la regulación: ¿En qué profesionales recae la regulación?

Los *abogados* asesoran al regulador con respecto a su jurisdicción sustantiva, deberes y autoridad, así como sobre derechos y deberes de oferentes y consumidores, y sobre los procesos necesarios para emitir decisiones apegadas a derecho.

Los *contadores* lidian con el dinero. Son los responsables de darle seguimiento a los costos y evaluar los gastos. Al seguir los gastos, detectan subsidios cruzados y auxilian a los economistas en su tarea de asignar costos a los centros de costo respectivos. Las evaluaciones de gastos protegen contra imprudencias.

Los *expertos financieros* estudian los requerimientos de capital de las empresas proveedoras de servicios públicos, emiten recomendaciones con respecto a cuál es la combinación adecuada entre deuda y capital, evalúan los riesgos financieros y aplican análisis costo-beneficio a las inversiones de corto y largo plazo.

El objetivo de los *economistas* es lograr la eficiencia económica al asignar los costos a los causantes de estos. Sugieren diseños tarifarios y evalúan la prudencia de las inversiones. Cuando los reguladores recurren a las fuerzas del mercado para disciplinar el comportamiento del oferente, los economistas miden y monitorean la competitividad.

Los *ingenieros* explican cómo funcionan las cosas. Son los responsables de evaluar el desempeño de las empresas que proveen servicios públicos, identificando la mejor tecnología disponible, así como evaluando qué tan adecuada y fiable es la infraestructura.

Los tres procesos del regulador: ¿Qué es lo que hacen los reguladores?

La regulación implica tres procesos fundamentales: recopilación de la información, toma de decisiones y la aplicación de estas. Cada uno de estos procesos presenta variaciones en cuanto a sus formalidades y finalidad. ¿Quiénes inician estos procesos?: los reguladores, los legisladores, las entidades reguladas, los consumidores y los ciudadanos.

Recomendaciones para reguladores preparados

El regulador preparado se debe preguntar a sí mismo si sabe todo lo que se planteó en este ensayo. En caso contrario se debe preguntar lo siguiente:

1. ¿He desarrollado un currículum personal?
2. ¿Cómo empiezo a aprender lo básico, y a partir de ahí, cómo voy añadiendo las capas de complejidad y sofisticación necesarias?
3. ¿Le estoy dedicando el tiempo suficiente a mis necesidades educativas?
4. ¿En quién y en qué fuentes debo confiar mi educación? ¿De las opciones existentes, quiénes son objetivos y quiénes se podrán aprovechar mi falta de experiencia?
5. ¿Cómo puedo evaluar la calidad de la educación que estoy recibiendo? ¿Es esta simplista o sofisticada? Utilizando la analogía de aprendizaje de un lenguaje a través de casetes, ¿esta me lleva únicamente del aeropuerto al hotel, o me faculta para participar de forma integral en sociedad?
6. ¿Tanto mi agencia como mi comunidad se hacen responsables en educarme en todos estos temas, o es esto algo que debo hacer por mi cuenta? ¿Me resulta satisfactoria esta situación?



3

Decisivo

Siempre ha existido un estereotipo en la sabiduría popular política con respecto a que un burócrata está permanentemente listo para ejercer su autoridad arbitrariamente. Sin embargo, existe el peligro mucho mayor de que frecuentemente una personalidad de segunda e insegura, que frecuentemente encuentra su camino dentro de la burocracia, no tendrá el carácter necesario para ejercer su autoridad y buscará ansiosamente satisfacer a la mayor cantidad de intereses posibles. Este temor a ofender, junto con la disposición a ser complaciente y a escuchar para ser “justo” y “razonable”, entumecerán los músculos de su voluntad, y lo que empezó como amabilidad, puede terminar en corrupción.

L. Jaffe, “El escándalo con respecto a las concesiones de televisión”, copyright 1957, en *Harper’s Magazine, Inc.* Citado por A. Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, Vol. II en 88 n.122 (1988 ed.)

El regulador que actúa decididamente tomará decisiones (1) que requiere el interés público, (2) cuando el interés público lo requiere, (3) sin importar la incomodidad que provoquen y, (4) con base en un método lógico y un enfoque activo.

“*Que requiere el interés público*”: En las actividades regulatorias actuales predominan las que se sustentan en los precedentes y las que se sustentan en la opinión de los actores involucrados: ajustes tarifarios, inversiones de capital, fusiones, certificaciones, licencias y emplazamientos. Pero prestar atención

únicamente a las peticiones privadas relega al interés público. Así, el regulador que actúa de forma decidida no se pregunta qué medidas pretenden estos actores, sino qué decisiones se requieren tomar en favor del interés público. Este regulador identifica las preguntas que ninguna de las partes interesadas ha planteado, y es así como transforma las peticiones privadas en actividades cotidianas en favor del interés público, esto es, en investigaciones, consultas y reglamentaciones.

“Cuando el interés público lo requiere”: Quienes eluden la responsabilidad de tomar decisiones, disfrazan su reticencia con argumentos aparentemente astutos: “Debemos ser precavidos... Debemos evitar encajonarnos... No hay que adelantarnos a otros estados”. Estos dichos carecen de sustancia. En mi experiencia, cuando le pregunto a los comisionados por qué carecen de una política con respecto a fusiones, recibo una de estas dos respuestas: “No hay ninguna fusión pendiente, por lo que no es un tema que nos interesa” o “Tenemos una fusión pendiente, por lo tanto no nos es posible hablar al respecto”. Veintitrés años y tres docenas de fusiones después, la “precaución” regulatoria ha traído por consecuencia más fusiones oportunistas que estructuras de mercado competitivas.

Al igual que los sedimentos geológicos, los procesos regulatorios actuales están formados por capas sobre capas de hábitos históricos. Un regulador que actúa de forma decisiva se cuestiona el statu quo, se pregunta continuamente “¿Por qué hacemos las cosas en la forma en que las hacemos?” y “¿Por qué no lo intentamos de otra manera?” Las acciones decididas no implican impulsividad, no obligan a tomar medidas inmediatas, sino a cuestionarse asuntos como “Han pasado 10 años desde que alguien revisó la combinación adecuada entre competencia y regulación, cuando esto es algo que se debería hacer de forma continua, así que empecemos de una vez”. Pero hay que terminar lo que uno empieza, pues como dice Mark Twain en *Inocentes en el Extranjero* “Debo tener una buena cantidad de mente prodigiosa, pues a veces me llega a tomar hasta una semana para ponerla en orden”.

“Sin importar las incomodidades que provoque”: Recuerdo cuando en 1999 un grupo de interés le solicitó a una legislatura estatal reemplazar a un monopolio eléctrico por una estructura de mercado minorista, a lo que el líder legislativo contestó con la siguiente queja “Pedirle a una legislatura recién iniciada abordar un tema tan complicado es injusto”. ¿Pero injusto para quién? La inexperiencia no justifica una postura vacilante. Tener una actitud decidida es un requerimiento que viene desde la toma el juramento del cargo.

La sensación de incomodidad que implica tomar una actitud decidida tiene un origen honesto. La mayor parte de los reguladores nuevos carecen de experiencia en su materia, e incluso los más experimentados deben enfrentar retos sin precedentes. Para los reguladores concienzudos, la inexperiencia lleva a la

humildad, la cual a su vez implica precaución, pero esta última, de carecer de una guía, provoca indecisión. Y en un ambiente donde impera la cotidianeidad burocrática, la indecisión lleva a una actividad reactiva. Así, la formulación de políticas resulta de la suma de aprobaciones y rechazos a las propuestas de los intereses privados, lo que no conlleva a resultados a favor del interés público.

Entonces, ¿qué es lo que hace el regulador inexperimentado en estos casos? Decidir únicamente con respecto a lo que es competente, colocando a los demás asuntos dentro de un calendario programado para el futuro. Así, en vez de la respuesta trivial de “ahora no es el momento” es preferible contestar “conoceremos del asunto a fin de dominarlo y lo resolveremos en abril”.

“*Utilizar un método lógico y un enfoque activo*”: Un regulador con actitud decidida toma las determinaciones correctas en el momento adecuado. Para esto, utiliza los cinco pasos secuenciales del *método lógico*: (1) Determinar cuál es la estructura de la industria que mejor puede alinear al comportamiento privado con el interés público; (2) establecer estándares de desempeño para productores y consumidores; (3) establecer consecuencias financieras para el desempeño que cumpla, supere o esté por debajo de los estándares de servicio fijados; (4) crear procesos para evaluar el desempeño así como las consecuencias de este; y (5) crear procesos para re-examinar periódicamente los cuatro pasos previos. El regulador con actitud decidida organiza su esquema laboral para completar esta secuencia.

En cuanto a la *actitud activa*, sugiero referirse a la jerarquía regulatoria basada en el deporte del boxeo propuesta por el legendario regulador Peter Bradford: Rocky, Rope-a-Hope, and Canvasback². Al carecer de las virtudes metafóricas de Bradford, llamaré a este estilo de proceso de toma de decisiones como activo, reactivo y pasivo. El tomador de decisiones activo guía a las partes hacia las preguntas de la comisión, las cuales se organizan de acuerdo a los cinco pasos secuenciales descritos. Este enfoque transforma a las solicitudes formuladas por los intereses privados en investigaciones encaminadas a procurar el interés público. Este enfoque obliga a que las solicitudes remitidas respondan a las consecuencias futuras. Bajo este esquema se toma una postura crítica con respecto a las prácticas actuales de los productores, consumidores y reguladores para realinearlas con el interés público.

El regulador *reactivo* responde a los cuestionamientos de las partes involucradas, pero omite formular sus propias preguntas. La toma de decisiones reactiva implica cierta consideración, pero se circunscribe a las peticiones de las partes. Los cinco pasos para lograr una regulación efectiva están ausentes. Volvamos a considerar el caso de las fusiones, en las cuales el regulador reactivo se pregunta ¿provocan

² Peter Bradford, “Gorillas in the Mist: Electric Utility Mergers in Light of State Restructuring Goals” (Gorilas en la niebla: Las fusiones de las empresas eléctricas que proveen servicios públicos en el contexto de las metas de las reestructuraciones estatales), *NRRI Quarterly Bulletin*, Vol. 18, No. 1 (1997).

algún daño?, en tanto que el regulador activo se pregunta ¿cuál es la estructura de la industria que más favorece la alineación del comportamiento privado con el interés público? y ¿es esta fusión consistente con esa estructura de la industria?

El regulador *pasivo* acepta las peticiones de las partes involucradas sin una sola idea independiente. Este puede transitar con una actitud pasiva, con respuestas genéricas tales como “Consideramos que las especulaciones de quienes se oponen no satisfacen el requerimiento de la carga de la prueba”. Sin embargo, la verdadera carga de promover el interés público recae en el regulador, y no en quienes se oponen a una medida.

¿Por qué es tan frecuente que el regulador tenga una actitud “pasiva” en vez de “activa”? Por lo general, el marco jurídico le permite al solicitante privado responder a las preguntas que se le formulan dentro de un plazo de tiempo determinado. Las comisiones, a su vez, destinan los recursos escasos a estos procesos con fecha límite (actitud reactiva), dejando recursos insuficientes a las iniciativas pendientes de la comisión (actitud activa). Estas presiones socavan la visión de propósito. Un comisionado que llega a trabajar sin una intencionalidad propia encontrará que su día se llenará con las intencionalidades de otros.

Recomendaciones para reguladores

Para aquellos que buscan un enfoque activo, el parafrasear el discurso inaugural de John F. Kennedy sigue siendo una guía razonable. El regulador activo le dice a las partes involucradas: No te preguntes cómo es que la regulación puede avanzar tus intereses privados; sino más bien, cómo tus intereses privados pueden servir al interés público. Es necesario obligar a los intereses privados a responder a preguntas que atiendan el interés público estableciendo expectativas previas en todas las áreas sustantivas. Ejemplos:

1. Para solicitar un aumento en la tarifa, se le debe requerir al prestador de servicios públicos que demuestre consistencia con las prácticas óptimas en todas las áreas relevantes de su negocio.
2. Para solicitar una reducción de tarifas, se le debe requerir a los defensores de los consumidores presentar un programa por medio del cual se asegure que estos utilizaran los servicios de forma eficiente.
3. Para solicitar un permiso de fusión, requerirle a los prestadores de servicios públicos que demuestren que (a) ya han logrado todas las economías de escala y alcance que tienen disponible siendo entidades separadas; (b) el propósito y resultado de la fusión es el de mejorar la eficiencia y la calidad del servicio; y (3) la fusión no reducirá el acceso de la competencia a las instalaciones que presentan “cuellos de botella”.

4

Independiente

Independencia... significa lealtad a lo mejor de uno mismo y a sus principios, lo que por lo general implica ser desleal a los ídolos y a los fetiches de la mayoría.

Mark Twain

El cuarto atributo de un regulador efectivo es ser independiente. Pero, ¿ser independiente de qué?, ¿con qué propósito? Si este concepto se aborda de forma casual, no es posible apreciar su poder. Es por esto que estableceré la diferencia entre la independencia literal (inalcanzable e indeseable) con respecto a la independencia efectiva (esencial, pero difícil de lograr).

Independencia literal

La independencia literal es inalcanzable. Las apelaciones judiciales, las anulaciones legislativas, los mercados financieros y la ira pública son cuatro factores de presión que limitan la independencia, pero que a su vez generan un proceso de rendición de cuentas.

Apelaciones judiciales: Con el fin de evitar revoces judiciales, los reguladores deben respetar tanto a las disposiciones estatutarias como procedimentales y, por tanto, basar sus decisiones en el historial, razonar de forma clara y lógica, así como explicar las divergencias con respecto a los precedentes.

Anulaciones legislativas: La comisión es producto de un acto de delegación del legislativo, por lo que nunca será completamente independiente de él. La amplitud de este poder delegado, esto es, el grado de discrecionalidad de la comisión, depende de la confianza legislativa: confianza en que los juicios, experiencia y prontitud necesarios para alcanzar las resoluciones regulatorias son mejores estando en manos del regulador que del legislador.

Mercados financieros: Las empresas que prestan servicios públicos son intensivas en capital, lo que implica dependencia de este. Los mercados de deuda y capital no siempre actúan de forma racional, paciente, con visión de largo plazo o con solidaridad hacia a los intereses públicos, por lo que su confianza en la comisión resulta fundamental para que la empresa prestadora de servicios públicos sobreviva. Esta realidad no puede ni debe ser ignorada por el regulador.

La ira pública: El ideal regulatorio de objetividad, méritos, hechos concretos y lógica, coexisten con un público impaciente. En el ensayo relativo a la *visión de propósito* (Ensayo 1, *Decidido*) señalé que el interés público está formado por varios componentes. Estos pueden ser: salud, seguridad, supervivencia económica, medio ambiente e intereses de corto y largo plazo. El regulador debe buscar la mejor resolución posible de estos objetivos divergentes a un costo razonable. Una vez tomada una decisión, debe estar preparado para defenderla frente a un público cuya irritabilidad supera su conocimiento en la materia. Aun cuando el regulador está obligado a liderar al público, los líderes requieren de seguidores que compartan sus metas. Ver Garry Wills, *Certain Trumpets: The Nature of Leadership* (Trompetas certeras: la naturaleza del liderazgo) (2007). Con el fin de atraer a estos seguidores, el regulador debe hacer concesiones, pues este no es independiente del público al que debe servir.

La independencia literal es inalcanzable dado a que el regulador es uno de muchos actores involucrados. Las cortes revierten decisiones, las legislaturas cambian el marco legal (como por ejemplo, reemplazar el término “justo y razonable” por el de “las tarifas se mantendrán fijas por cinco años”), los prestamistas reducen la calificación crediticia de la deuda (cuando, por ejemplo, una comisión no permite contemplar costos imprudentes al momento de fijar una tarifa), los grandes consumidores entran a esquemas de autogeneración (como respuesta a tarifas altas, lo que resulta en tarifas aún más altas para los demás). Estas fuerzas son las que hacen que la democracia funcione y que la economía camine, por lo que la regulación efectiva les debe rendir cuentas.

Independencia efectiva

La independencia efectiva significa ser independiente de las fuerzas que socavan la intención del regulador. ¿Cuáles son estas fuerzas que impiden la alineación entre el comportamiento privado y los intereses públicos? Como mínimo, un regulador debe contar con independencia financiera y con respecto a la contratación de su personal. Pero además las decisiones del regulador deben estar libres de todos aquellos argumentos que no sean verificables (como aquel que argumenta que “autorizar un retorno sobre el capital menor al 14% nos debilitaría”) o de los que resultan legalmente irrelevantes (por ejemplo “queremos de esta fusión para seguir siendo competitivos”). El regulador debe

mantenerse independiente de los adjetivos, adverbios y frases que apelan más a emociones que al intelecto (como son “efecto paralizante”, “shock tarifario” o “ayuda tarifaria”). Para abundar con respecto a los adjetivos, consideremos el comentario de Mark Twain “Dios solo hace notar sus rayos y truenos a intervalos, por lo que siempre llaman la atención. Estos son los adjetivos de Dios, pero si los arrojas demasiado seguido, poco a poco la gente deja de esconderse bajo la cama”. Carta a Orion Clemens, 23/3/1878.

Un regulador independiente se mantiene alerta frente a las mismas fuerzas que buscan socavar su independencia. En alguna ocasión un colega me dio el siguiente consejo “mantén a tus amigos cerca, pero a tus enemigos aún más cerca”. El estar atento a esta circunstancia no implica dejarse cooptar, sino más bien estudiar y monitorear las motivaciones de las partes con el fin de detectar y explotar las oportunidades que se presenten a fin de alinear estas motivaciones con las intenciones del regulador.

Independencia no significa liberarse de nuestras propias visiones preexistentes. Una intuición no significa parcialidad, pues por parcialidad se entiende una incapacidad o una falta de voluntad para examinar a los hechos y razones de una forma objetiva, en tanto que una intuición es una conclusión tentativa que se alcanza con base en educación, observación y experiencia. Nadie quiere un regulador que tenga la mente en blanco. La mente de un regulador está llena de experiencias previas derivadas de sus lecturas y de la recopilación y ordenamiento minucioso de hechos aislados y adquiridos casualmente; todo ello en conjunto genera intuición. Las intuiciones son tanto inevitables como útiles, siempre y cuando el regulador establezca un método sistemático y objetivo para comprobarlas de forma transparente.

Resulta más fácil describir que adquirir la independencia efectiva. Las decisiones regulatorias más difíciles implican, cuando menos, cinco tensiones tradicionales: técnica (de ingeniería, financiera, económica y legal) vs. política (¿tolerará la economía tarifas más altas?); de corto plazo vs. las de largo plazo (¿un congelamiento tarifario hoy detendrá la expansión de infraestructura futura?); rural vs. urbano (¿optar por tarifas uniformes o correlacionadas con la distancia?); consumidores grandes vs. pequeños (¿favorecer el desarrollo industrial o proteger a los consumidores de bajos recursos?); y finalmente, inversionista vs. consumidor (¿buscar la confianza del mercado de capital o la satisfacción del usuario?). Contrario al álgebra, en la regulación no existe una frontera clara entre correcto e incorrecto. Frases como “justo y razonable” permiten incurrir en una gran cantidad de pecados. El rango de discreción demanda independencia, pero a su vez permite que las presiones se cuelen e influyan.

Preguntas para reguladores

1. ¿Has identificado a las fuerzas concretas y abstractas que socavan la independencia de tu comisión?
2. ¿Eres capaz de discernir cuando la posición de una parte involucrada cruza la línea entre la persuasión a favor de una política determinada, y la manipulación de las emociones?
3. ¿Estás preparado para hacer que una parte involucrada cambie su presentación orientada a aspectos económicos y se enfoque a favor del interés público?
4. ¿Tienes clara la diferencia entre avenir y ceder? Avenir implica que un líder concede ciertas cosas con el objetivo de conseguir seguidores, en tanto que ceder significa rendirse ante presiones que socavan al propósito regulatorio.

5

Disciplinado

La gente que es incapaz de pensar disciplinadamente puede vestir a la moda y utilizar un argot al día, [pero] están esencialmente estancados en el mismo sitio intelectual que los bárbaros.

Howard Gardner, *Five Minds for the Future* (2007), p. 36

El papel del regulador: Treinta años de cambio y más por venir

Hacia finales de la década de 1970, las empresas que prestan servicios públicos se dedicaban a construir infraestructura, atender a sus clientes y a formular peticiones de revisiones tarifarias; en tanto que las comisiones aprobaban proyectos y fijaban tarifas. Un regulador podía describir su papel en una sola frase: “Nosotros protegemos a los consumidores de los abusos monopólicos, de su ineficiencia, lentitud, sobrecostos y tarifas excesivas”. Los consumidores eran pasivos, individuos en riesgo que carecían de opciones y necesitaban de protección.

Hoy día, el papel del regulador como defensor del consumidor es tan solo una estrella en una galaxia en expansión de responsabilidades. Los reguladores crean mercados, planean infraestructura, agregan y administran fondos de inversión, incuban energías renovables, evalúan fusiones, promueven la banda ancha, diseñan programas de eficiencia energética, ayudan a las familias de bajos recursos e incluso dirigen subastas. Son anfitriones de reuniones de grupos de interés, resuelven diferencias entre accionistas e incluso actúan como escudos para ejecutivos y legisladores paralizados por esta realidad tan compleja.

Para darle seguimiento a estos papeles, y ya no digamos para destacar en ellos, requerimos de cada una de las cinco mentes del Dr. Gardner³. Empecemos por la disciplinada.

*“Tanto los indisciplinados como aquellos que carecen de un sentido de disciplina, estarán ya sea desempleados, o trabajarán para alguien que sí la tenga”*⁴. El éxito regulatorio requiere tanto del dominio de la disciplina, como de ser disciplinado. ¿Pero qué significan estos conceptos?

Dominando la disciplina

*“Ni los maestros, alumnos, diseñadores e implementadores de políticas públicas, ni los ciudadanos aprecian suficientemente las diferencias entre la materia en cuestión y la disciplina”*⁵. ¿Cuál es la “disciplina” de la regulación? ¿Qué la distingue de una serie de hechos sobre ingeniería, economía, contabilidad, finanzas, derecho y administración de las materias de electricidad, gas, telecomunicaciones y agua?

Cada una de estas materias es su propia disciplina, contribuyendo con sus ideas a la tarea de la toma de decisiones regulatorias. Pero la disciplina de la regulación no se limita a la suma de estas disciplinas. La regulación tiene un propósito distintivo: inducir a un desempeño de alta calidad de entidades que, en ausencia de esta, tendrían un desempeño subóptimo. La disciplina de la regulación requiere de una plena comprensión y dominio de las motivaciones y fuerzas que hacen que el comportamiento privado se desvíe del interés público. Estas desviaciones llevan a que exista la regulación, pero también a que esta defina sus propios límites, pues cuando el comportamiento privado se alinea con los bienes públicos, no se necesita de un regulador.

Por lo tanto, el regulador disciplinado se enfoca en aquellas fuerzas que socavan a la optimalidad, convirtiéndose en un maestro de aquellos temas en donde lo que una parte gana la otra lo puede perder. Las ventas pueden tanto incrementar las utilidades como causar costos medioambientales. Las adquisiciones incrementar las economías de escala, y a su vez, debilitar a los mercados competitivos. La tecnología provocar innovación, pero también distraernos de lo mundano (la banda ancha y las *Redes Inteligentes* son emocionantes, pero mucha gente aún depende de los cables). La propiedad dispersa puede incrementar la diversidad, pero también disminuir la capacidad de rendición de cuentas (¿si reemplazamos a la empresa prestadora de servicios públicos verticalmente integrada con

³ Howard Gardner, *Five Minds for the Future*, (Boston: Harvard Business Review Press, 2007). [Publicado en español: *Las cinco mentes del futuro*, trad. de Ferran Meler Ortí, (Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica, S.A., 2008).]

⁴ *Ibíd.*, p. xx.

⁵ *Ibíd.*, p. 27.

generadores, proveedores de eficiencia, transmisores y operadores de “cables”, todos estos separados, a quién demandamos cuando se vaya la luz?).

Al tomar en cuenta estas fuerzas, el regulador disciplinado aprecia y se anticipa a los papeles cambiantes de los consumidores y de las empresas que prestan servicios públicos. Los consumidores ya no son meros entes a los que hay que proteger, son actores: Demandan calidad y opciones de servicio; pero también incurrir en comportamientos que, de no ser regulados, le pueden causar problemas a otros, como el sobreconsumo, el cual hace que los hijos paguen por la contaminación que causan sus padres. El definir el propósito regulatorio como “defensor de los consumidores” insulta tanto su inteligencia, como ignora el daño que puede causar.

Las empresas que prestan servicios públicos también actúan bajo nuevas reglas. Antes controlaban a los mercados que atendían, pero ahora sus consumidores de telefonía y gas, (y en algunos estados, los de electricidad) van y vienen, generan por su cuenta, reducen su consumo o abandonan por completo al sistema, todo esto mientras insisten en mantener su derecho a regresar sin penalizaciones. Con respecto a los activos, aún cuando las industrias reguladas siguen siendo básicamente industrias de red, los activos de la red son propiedad, están controlados y utilizados por múltiples entidades.

Las empresas prestadoras de servicios públicos enfrentan esta inestabilidad de diferentes formas: algunas utilizando a su base de consumidores cautivos para adquirir nuevos territorios o financiar proyectos, otros deshaciéndose de los activos y servicios menos rentables a favor de nuevos productos; hay quienes buscan la protección para su mercado mediante el proceso político y también están los inertes, que como alguna vez lo escribiera el novelista John Dos Passos “La apatía es una de las respuestas características de cualquier organismo viviente cuando este está sujeto a estímulos tan intensos o complicados que no le permiten lidiar con ellos. La cura a la apatía es la comprensión”.

Así, la disciplina de la regulación requiere de ir más allá del estar consiente de estos hechos. Esta requiere de un propósito: el de alinear los comportamientos y desempeños de los actores y de los bienes con la obligación de servir al interés público. Para dominar la disciplina regulatoria debemos formularnos las preguntas correctas, y estas no son “¿Estás a favor o en contra de la desagregación?”, “¿Cuál es tu posición con respecto a las redes inteligentes?” o “¿Deberíamos aprobar esta fusión?”. Las preguntas correctas son: “¿Qué acciones debe tomar la empresa prestadora de servicios públicos para servir con excelencia a un costo razonable?” y “¿Qué medidas deben tomar los reguladores para inducir estas acciones y compensarlas apropiadamente?”

Ser disciplinado

“Un individuo es disciplinado hasta el punto en que haya adquirido los hábitos que le permitan lograr un progreso de manera constante y esencialmente permanente para el dominio de una habilidad, oficio o cuerpo de conocimiento”⁶. Para el caso concreto de la regulación, ¿qué es lo que hace el regulador disciplinado? Algunas sugerencias:

1. Para evitar la excesiva dependencia en los debates de los grupos de interés, *se deben buscar fuentes objetivas*. Hay que saber a quién consultar con respecto al diseño tarifario, eficiencia energética, retornos sobre el capital, medidas de desempeño, opciones de cobertura del gas, penetración de banda ancha, opciones para la conservación del agua y los riesgos que implica la construcción de grandes obras.
2. Para evitar baches intelectuales y errores de repetición, *se deben identificar cuáles son las lagunas de conocimiento que uno tiene* con respecto a la tecnología, los acontecimientos legales, las fronteras jurisdiccionales, las motivaciones corporativas, y sobre el comportamiento de los usuarios. Las palabras claves en este punto son humildad (el estado en el que uno comprende que se sabe menos de lo que se debería) y curiosidad (el estado de querer saber más de lo que uno sabe).
3. Para salvaguardar la capacidad de pensar de forma independiente, *evite las distracciones*, como un viaje más a otra conferencia dominada por las partes interesadas, y en cambio dedique ese tiempo a espacios diarios para la lectura y el estudio.
4. No puede haber disciplina sin *autocrítica* y no puede haber autocrítica sin humildad y confianza en uno mismo. Estos dos conceptos en aparente conflicto se refuerzan mutuamente. La confianza proviene, en un proceso circular, del experimentar la mejoría personal que proviene de la autocrítica, la cual depende de la humildad.

Los reguladores más experimentados son humildes frente a la vorágine de estatutos, el derecho casuístico, los límites de la ingeniería y la innovación. Así, imaginémos la reacción de los reguladores más novatos (que siempre son la gran mayoría de los tomadores de decisiones públicas) ante una hoja de cálculo con los requerimientos de ingresos en cuyas celdas hay diez dígitos. La autocrítica proviene —esperemos— a partir de experimentar un sobrecosto de miles de millones de dólares en la primera era de una planta nuclear, así como de los costos de miles de millones de dólares que ahora enfrentamos para limpiar la contaminación provocada por nuestra dependencia de los combustibles fósiles.

⁶ *Ibid.*, p. 40.

En estos dos casos, la autocrítica debe ser tan institucional como personal, pues casi el 100% de los individuos responsables por estos errores dejaron sus puestos hace décadas. Dadas estas experiencias, la sobre confianza en los procesos de decisiones debe ser muy escasa y reemplazada por la confianza en que tendremos la capacidad para responder con escepticismo a quienes nos ofrecen respuestas sencillas. Esta suspicacia resulta esencial para la independencia, pues como dice Gardner⁷, aquellos que carecen de la capacidad para pensar de forma disciplinada “son completamente dependientes de otros cuando deben tomar decisiones sobre su propia salud y bienestar, o votar sobre asuntos que en su momento son importantes”.

⁷ *Ibíd.*, p. 27.



6

Sintético

Yo he pasado por este exprimidor. Sintetizar cantidades masivas de datos, inteligencia, ángulos, opciones y tácticas, y siempre tratando de mantener un panorama estratégico, fue un reto. Sientes como todo esto va subiendo a tu cabeza como un frío que entumece, al cual tienes que asimilar, aguantar estoicamente y seguir adelante. [Es] retador sin duda, pero si lo practicas, contarás con un buen instrumento para tu caja de herramientas de liderazgo.

Richard Severs, Capitán de la Armada, citado en Howard Gardner, *Five Minds for the Future* (pp. 46-47).

Cada día, semana, mes y año, el regulador entra una y otra vez a un exprimidor similar. Múltiples industrias (electricidad, gas, telecomunicaciones, agua, transbordadores en Hawái, taxis en Maryland, elevadores de granos en Dakota del Sur); cientos de casos (cada uno armando un montón tan alto que permitiría practicar el salto con pértiga); siete disciplinas profesionales (ingeniería, derecho, economía, finanzas, contabilidad, administración y política); metas de políticas en conflicto (confiabilidad, costo-efectividad, responsabilidad medioambiental y asequibilidad); y múltiples grupos de presión (accionistas, tenedores de bonos, consumidores, empleados y legisladores estatales y federales), y todos presionan por atraer tu atención. Al igual que el Capitán Severs, los reguladores tienen que “asimilar, aguantar estoicamente y seguir adelante”.

En la regulación, la síntesis es supervivencia

*“Las fuentes de información son vastas y dispersas, y los individuos ansían coherencia e integración”*⁸. Los reguladores deben sintetizar no solo para satisfacer un ansia, sino para asegurar su supervivencia. El universo regulatorio tiene átomos y galaxias, tanto casos particulares como propósitos estatutarios amplios. Para dominarlo todo, un regulador necesita tanto de un microscopio como de un telescopio, así como de la capacidad de sintetizar para darle sentido al conjunto.

La vida dentro de una revisión tarifaria pareciera microscópica: hojas de cálculo con miles de celdas sobre requerimientos de retornos. Pero estos no son solo números; sino cientos de juicios sobre la prudencia, estructura de capital, compensaciones para los altos directivos, señales de precios, mezcla de combustibles, efectos económicos de corto plazo, estrategias de inversión de largo plazo, desempeño interno e influencias externas; todo esto relacionado por dos preguntas centrales: ¿Cuál es la visión que tiene el regulador con respecto al propósito y desempeño de esta compañía? y ¿Cómo puede este moldear su decisión para que su visión sea de la compañía? Para esto, debe saber cómo es que los átomos forman a las galaxias.

Así, el regulador debe pasar del microscopio al telescopio. El papel de cada comisión, desde su presidente hasta el del contador recién llegado, requiere de su propio ejercicio de síntesis: definir la misión de la agencia; establecer los estándares de desempeño de las empresas que prestan servicios públicos; comunicarlos (así como la intención de la comisión de hacerlos valer) a lo largo de todas las industrias reguladas y de la comunidad de profesionistas que las ejerce; entre los compañeros comisionados y su personal, así como a los estados vecinos; contratar gente con la pericia necesaria para llevar a cabo la misión, para luego moldear las relaciones interdisciplinarias a fin de producir los resultados requeridos.

*“Probablemente la forma más ambiciosa de síntesis ocurre en el trabajo multidisciplinario”*⁹. La síntesis multidisciplinaria debe ocurrir tanto en los profesionales como en las organizaciones. ¿Quién tiene la mayor influencia en la regulación? Son los abogados que discuten estructuras de capital con los economistas, los economistas que hablan sobre transmisión con los ingenieros, los analistas financieros que escriben con la claridad de Ernest Hemingway, los presidentes de las comisiones que pueden diseñar una tarifa hoy y persuadir a un comité legislativo mañana. Estos líderes moldean el “multiperspectivismo” (un término admitidamente extraño de Gardner) para estas organizaciones, las cuales, a su vez, deben replicar esta fluidez transcultural. Las mejores disposiciones

⁸ *Ibíd.*, p. 46.

⁹ *Ibíd.*, p. 47.

regulatorias no son el resultado de engrapar todos los reportes de las distintas áreas para formar uno solo, sino del intercambio profesional íntimo que resulta de cuando las distintas disciplinas conviven en los dormitorios de las otras.

¿Por qué es difícil sintetizar?

“*Como especie, estamos predispuestos a aprender habilidades en ciertos contextos y a resistir —o al menos ver como un reto— su generalización y aplicación amplia*”¹⁰. Sintetizar no es algo que nos venga de forma natural, pues la mente de un adulto es inherentemente conservadora. Gardner hace eco de estas ideas al afirmar: “Como especie, evolucionamos para sobrevivir en nichos ecológicos específicos; no para elaborar teorías correctas, para dominar disciplinas o para transferir lecciones que encontramos en un contexto a otras personas de forma adecuada”¹¹.

Este es el mensaje para los reguladores: La capacidad de síntesis requiere de un pensamiento activo, pero ¿el de quién? El caso típico que se le presenta a un regulador refleja el pensamiento activo de *quien lo somete*. Por lo tanto, el regulador debe (1) crear y articular su propia visión, para luego (2) elaborar una estrategia que alinee el interés de la parte que somete a consideración de la Comisión con esa visión. Encontrar el espacio mental y temporal necesario para llevar a cabo este arduo trabajo requiere de aún más síntesis: la síntesis para organizar el día, mes y año a fin de asegurarse que nuestras prioridades prevalezcan por encima del flujo de las demandas de otros. (Sobre este tema, recomiendo el capítulo “Conoce tu tiempo” de Peter Drucker en su clásico *El ejecutivo eficaz*).

La “obligación de servir” le impone a los estados un papel de síntesis único

A pesar de toda la preocupación en el ámbito estatal con respecto a la creciente huella federal, la característica dominante de la regulación de las empresas prestadoras de servicios públicos es la obligación de servir. Esta es una construcción legal exclusiva de los estados, pues la definen, diseñan e implementan las comisiones locales. Estos tres verbos —definir, diseñar e implementar— requieren de un esfuerzo de síntesis especial, pues los reguladores federales están insertando preocupaciones nacionales, muchas veces sin sintetizar, a los contextos estatales.

Cuando un responsable de elaborar políticas públicas federales identifica escasez de transmisión, crea o ejerce nuevos poderes federales para estimularla. Otro

¹⁰ *Ibíd.*

¹¹ *Ibíd.*, p. 65.

detecta una falta de banda ancha, por lo que envía recursos a los estados para estimular su penetración. Un tercero se preocupa por la calidad del agua, por lo que la Agencia para la Protección del Ambiente establece nuevos estándares. Cada ejemplo le genera demandas a la mente sintetizadora en los estados.

Consideremos lo siguiente: para que la construcción de la transmisión sea costo-efectiva y aceptable políticamente, los comisionados estatales deben enfatizar las políticas de sus estados con respecto a la preservación del territorio, protección del medio ambiente, estética y costo-efectividad (a la luz de múltiples opciones de transmisión, generación y para influir en la demanda); y deben mitigar tensiones políticas por medio de compensaciones de consolación para los ofendidos. Para hacer uso efectivo de los recursos federales para la banda ancha, los tomadores de decisiones estatales deben tener en cuenta la infraestructura física, evaluar la sofisticación de los ciudadanos y determinar la cantidad y calidad que tiene los oferentes entrantes, todo esto en tanto deciden cuál es la agencia estatal más adecuada para ejecutar la estrategia de penetración. El cambio en los estándares de calidad del agua requerirá de una evaluación de la capacidad gerencial de la compañía que provee el servicio, de la estructura y estratos tarifarios y de la disponibilidad de la infraestructura.

Estos ejemplos demuestran lo particular que resulta la síntesis en el terreno estatal. Las empresas prestadoras de servicios públicos federales no están obligadas a servir, pues este deber está contenido en el marco legal. Para hacer efectiva esta obligación, las comisiones estatales deben satisfacer múltiples objetivos: costo razonable, compatibilidad medioambiental, la salud financiera de la empresa regulada, la infraestructura adecuada, la estabilidad física minuto a minuto, un servicio al cliente expedito y una administración integral de los apagones, por no mencionar la educación necesaria del consumidor para asegurar que las expectativas de los ciudadanos sean realistas. A su vez, cada uno de estos objetivos demandan insumos de la multiplicidad de disciplinas profesionales que habitan en las agencias regulatorias.

Este vínculo entre “la obligación de servir” que tienen las empresas prestadoras de servicios públicos y la “obligación de las comisiones estatales para sintetizar” nos regresa al propósito de la regulación: *asegurar el desempeño óptimo de la empresa que presta servicios públicos*. Los reguladores estatales deben integrar las decisiones federales dispersas en una serie de expectativas coherentes con respecto al desempeño, así como en una serie de señales regulatorias coherentes que induzcan a este desempeño. Este reto es lo que hace que a la regulación estatal de empresas prestadoras de servicios públicos sea algo único y que requiera una mente con tanta capacidad de síntesis.

7

Creativo

La creatividad nunca es simplemente el resultado de un logro individual o incluso de un pequeño grupo. Más bien, es consecuencia ocasional de la interacción entre tres elementos autónomos: (1) El *individuo* que ha dominado alguna disciplina o práctica que lo lleva a generar variaciones continuas en ese campo... (2) El *dominio* cultural en el que un individuo se desempeña con sus modelos, prescripciones y proscripciones... (3) El campo *social* —esos individuos e instituciones que proveen acceso a experiencias educativas relevantes, así como a oportunidades para el desempeño.

Howard Gardner, *Five Minds for the Future*, pp. 80-81 (citando el trabajo del psicólogo Mihaly Csikszentmihalyi) (se puso énfasis sobre el texto original)

Los retos que hoy día enfrenta el regulador no pueden ya ser abordados con recetas de cajón. En materia energética enfrentamos el consumo excesivo y sus emisiones consecuentes, la necesidad de integrar a las nuevas fuentes de renovables con las unidades tradicionales que consumen combustibles fósiles, así como el integrar la competencia mayorista con los monopolios minoristas. En telecomunicaciones aún batallamos para encontrar las mezclas apropiadas entre competencia y regulación, en tanto que definimos el concepto de servicio universal para acomodar la dependencia que tiene la sociedad con respecto al internet. En cuanto al agua, buscamos una avenencia estable entre la administración local y las economías de escala regionales, entre nuestra necesidad de mejorar la infraestructura y las preocupaciones de nuestros consumidores sobre a aumentos de precios.

Un siglo de experiencia nos ha dejado una gran cantidad de principios, cuya aplicación requiere de creatividad. Revisemos los tres requerimientos que propone Gardner:

“El individuo que ha dominado alguna disciplina o práctica y está generando variaciones continuas en ese campo...” El Ensayo 5 hablaba de dominar la disciplina de la regulación. Al darle un vistazo a nuestras organizaciones: ¿Podemos identificar gente que “está generando variaciones en su disciplina”? ¿Hay quienes “están perennemente insatisfechos con el trabajo actual, con los estándares, con las actuales preguntas y respuestas”¹²? ¿Existe gente que busca “extender el conocimiento, sacudir los contornos de los demás, guiar a una serie de prácticas por un nuevo camino con direcciones no anticipadas hasta ahora”¹³? ¿Personas “motivadas por la incertidumbre, la sorpresa, los retos continuos y el desequilibrio”¹⁴? Como organización, ¿atraemos, reconocemos y alentamos a estos individuos?

La regulación norteamericana tiene un porcentaje alto y consistente de comisionados nuevos tanto en el cargo como en este campo. Esta novedad puede ser una debilidad o una fortaleza. Muchos de ellos tienen tanto la habilidad como la urgencia de crear, pero admiten que su novatez invita a que otros asfixien esta urgencia al advertirles que “no puedes hacer eso, nunca hemos hecho eso, o no quisieras ponerte al frente”. Así, la novatez es una debilidad si desarmamos su potencial creativo disuadiendo sus ideas o haciéndoles innecesariamente difícil el dominio de los temas. En cambio, esta condición se vuelve una fortaleza si (a) vemos al recién llegado como alguien que no está limitado por viejos hábitos, como una persona que ya tiene la “disciplina” relativa a las cosas importantes (como la de establecer misiones claras, invitar a la apertura y vivir con gradualismo); para luego (b) conectar a esa persona con aquellos que ya han dominado la regulación pero que también ansían creatividad. El juntar creatividad y maestría puede producir la “generación de variaciones continuas” que describe Gardner.

“El dominio cultural en el que labora un individuo, con sus modelos, prescripciones y proscripciones...” El “dominio regulatorio” tiene características que al mismo tiempo inspiran e impiden la creatividad. Entre los inspiradores se encuentran desafíos que, aunque están fuera del ámbito regulatorio tradicional, inevitablemente se relacionan con él: la diseminación de la banda ancha, responder al cambio climático, la asequibilidad de los servicios en épocas de recesión económica o introducir el regionalismo a un sistema basado en regulaciones estatales. A diferencia de las tasas de retorno, depreciación y

¹² *Ibíd.*, p. 83.

¹³ *Ibíd.*, pp. 98-99.

¹⁴ *Ibíd.*, p. 99.

prudencia, estos retos no tienen precedentes y obligan al regulador a recurrir a soluciones novedosas. La cultura regulatoria también incentiva la creatividad a través de su flexibilidad procedimental, al permitirle a las comisiones enmarcar preguntas, reunir expertos y buscar ideas.

Al menos cinco factores pueden impedir la creatividad. (1) Si las voces dominantes en los procesos regulatorios no son las de expertos objetivos sino los intereses en competencia, resulta difícil mantener una mentalidad clara, un balance sin presiones, necesaria para la creatividad. (2) Si la proporción de trabajo a trabajadores y de plazos a días disponibles es desfavorable, la creatividad es más un lujo que una necesidad. (3) La asimetría de conocimientos y pericia entre el regulador y el regulado puede provocar que las comisiones favorezcan lo que les es familiar, evitando opciones con consecuencias poco claras. (4) La flexibilidad de las reglas del servicio civil pueden retrasar los esfuerzos para realinear las habilidades del personal con los nuevos retos regulatorios. (5) Finalmente, la creatividad frecuentemente termina en fracasos¹⁵. ¿Nuestra cultura regulatoria da cabida a experimentos y fracasos o el riesgo de reveses judiciales y legislativos lleva a las comisiones a evitar la creatividad?

“El campo social —aquellos individuos e instituciones que dan acceso a experiencias educativas relevantes, así como a oportunidades para desarrollarlas”. Gardner asegura que estos proveedores de acceso deberían verse a sí mismos como incubadores de creatividad, responsables de atraer y exponer nuevas ideas; así como de cederle los reflectores a quienes toman riesgos. Hace poco un comisionado me preguntó por expositores sobre “algo así como la tecnología más novedosa que existe”. Este es un comisionado que busca estimular la creatividad.

A continuación unas ideas sobre cómo reproducir el enfoque de este comisionado:

1. *Busque a la gente con el mayor conocimiento; estas no siempre son las personas más prominentes.* El operador del cuarto de control que supervisa diariamente la planta de generación eléctrica a partir de energía eólica, aquel que ve cómo esta se enciende y se apaga conforme arrecia o disminuye el viento, puede explicarnos mejor los retos que representa la intermitencia que el vocero de la empresa que presta servicios públicos, cuya posición es la oposición a este tipo de energías.
2. *Busque a personas que no estén relacionadas con las entidades que tienen que ver con la comisión.* De los mejores expositores que he visto son los profesores, los empleados de los laboratorios nacionales financiados por el Departamento de Energía y a los investigadores de

¹⁵ *Ibid.*, p. 83.

firmas de consultoría con una base de clientes tan diversa que hace que su independencia sea incuestionable.

Dado que el tiempo aire es limitado, estos esfuerzos por procurar diversidad pueden producir descontento. El Instituto Nacional de Investigaciones Regulatorias (NRRRI por sus siglas en inglés) alguna vez fue sede de un teleseminario sobre la “expansión del universo” de la autoridad de las comisiones regulatorias. Durante las primeras 48 horas del programa recibimos dos críticas: Un funcionario de una comisión del medio oeste se quejó de que el programa solamente nos enfocábamos en “el interés público y en el del consumidor”, y de que no teníamos a ningún representante de los “intereses del prestador de servicios públicos”. Y un defensor de los consumidores nos criticó por no tener representantes de su gremio.

¿Habíamos cometido dos errores o ninguno? El tema a abordar no era el de empresas prestadoras de servicios públicos vs. consumidores, sino sobre la expansión de la autoridad regulatoria y los cambios institucionales necesarios para administrar adecuadamente esta expansión. Los expositores eran un estudiante de derecho y su profesor, coautores de un estudio; la presidenta de una comisión cuya larga experiencia como legisladora y reguladora la hacían una ponente inmejorable; y finalmente un funcionario de una red de transmisión regional responsable de hacer convergir a las comisiones de múltiples estados con respecto a un plan regional, un esfuerzo que requiere la reinterpretación de estatutos con más de un siglo de existencia. Nuestra selección de oradores fue con base en su experiencia relevante en el tema, no con un criterio de representatividad de grupos de interés.

* * *

Gardner describe tres requisitos para la creatividad: individuos disciplinados con una urgencia de variar, un ambiente cultural que le dé espacio a esas variaciones, y un campo social que invite y recompense esos esfuerzos en tanto que tolere fracasos. En la profesión regulatoria actual existen estos tres elementos. ¿Podemos hacer que estos pasen de estar presentes a ser prominentes?

8

Respetuoso

Las claves que nos brinda la socio-biología y la psicología evolutiva son genuinas. No cabe duda de que los seres humanos tenemos inclinaciones profundamente arraigadas para delinear grupos, identificarnos con y valorar a miembros de su propio grupo, así como de adoptar una actitud cautelosa, si no es que un tono antagónico con respecto a otros grupos comparables, a pesar de lo definidos y constituidos que estén. Pero estas explicaciones biológicamente acentuadas tienen limitaciones... Aún si las bases biológicas pueden explicar la dicotomía, los estereotipos o los prejuicios, los seres humanos en todas las generaciones debemos tratar de lidiar con estas proclividades y, en la medida de lo posible, de mutar o sobreponernos a ellas.

Howard Gardner, *Five Minds for the Future*, p. 105

En estos ensayos he propuesto y urgido a encontrar alternativas para terminar con las divisiones, el provincialismo y los esquemas de suma cero. En ellos enfatizo la responsabilidad del regulador de tener al interés público como su estrella polar, como una fuerza centrífuga que lleve a los intereses privados hacia el bien común.

En este esfuerzo, ¿cuál es el papel del regulador respetuoso? La pregunta no estriba en cómo mostrar respeto, pues no conozco a reguladores que no lo hagan; sino sobre cómo lograr que los intereses económicos opuestos lo tengan hacia ellos mismos y al propósito regulatorio. En este caso, por “respeto” no

me refiero a etiquetas sociales, sino a apreciar el valor que “los otros” traen a la regulación. ¿Cuáles son los beneficios que conlleva este respeto, qué perdemos cuando no se da y cómo puede el regulador fomentarlo y mantenerlo?

La falta de respeto regulatorio: A lo largo de las industrias y de las décadas

He sido testigo de la falta de respeto entre las partes desde mis primeros días en la regulación, y no es una escena agradable. A los opositores a la energía nuclear en las décadas de 1970 y 1980 se les llamaba “abraza árboles”, “enemigos del crecimiento” o “enemigos del empleo”. En las décadas de 1980 y 1990 los cogeneradores independientes eran desdeñados como “los vuela de noche”¹⁶ y “máquinas *PURPA*”¹⁷, pues seguramente dejarían de generar a la primera señal de que venían vientos fuertes. Desde muchas décadas antes de la histórica resolución 888 de la FERC (1996), aquellos que buscaban acceso abierto a la transmisión —sobre todo pequeñas empresas municipales que prestan el servicio público— eran catalogados de oportunistas insensibles que buscaban descremar al mercado.

Y qué tal las salas de audiencia, las cuales sacan al adversario que todos llevamos dentro: los abogados que menosprecian a sus oponentes, los testigos que hablan con un aire de superioridad frente al personal de la comisión, el CEO que le dijo a un comisionado que se apurara con sus preguntas, pues “yo tengo una compañía a la que dirigir” y el cabildero que logró que el gobernador emitiera un comunicado de prensa que menospreciaba el testimonio del personal regulatorio y de paso, amenazaba su estabilidad laboral.

Y luego está el caso Hush-a-Phone. En un pasaje titulado “Vínculos Extraterrestres” Alfred Kahn hace un recuento de la oposición de la Compañía Bell a este dispositivo en forma de copa, el cual le daba al usuario privacidad y reducía el ruido exterior. El Hush-a-Phone tipificó lo que Bell llamó en 1955 “una extensión externa que es comercializada por personas irresponsables con la calidad del teléfono y que solo están interesadas en explotar sus productos” (La Comisión Federal de Comunicaciones [FCC] aceptó la solicitud de Bell de prohibir los Hush-a-Phone por “perjudicar el servicio telefónico” pues “la persona a la que le llama el usuario del Hush-a-Phone escucha un sonido más bajo y distorsionado”¹⁸).

¹⁶ N. T. “*fly-by-nighter*” es una expresión para referirse a un negocio efímero.

¹⁷ N. T. *PURPA* es un acrónimo de *Public Utility Regulatory Policies Act*, una ley de 1978 que, entre otras cosas, obligaba a que los excedentes de las centrales de cogeneración fueran adquiridos por las empresas públicas de electricidad al costo evitado por dicha adquisición.

¹⁸ Ver a Alfred Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions* (La economía de la regulación: principios e instituciones), vol. II, pp. 140-141.

La falta de respeto es bidireccional: los opositores critican a las empresas establecidas que prestan servicios públicos como monopolizadores, flojos y faltos de innovación, afirmaciones fuera de lugar para quienes lograron la electrificación, descritas por expertos como el logro de ingeniería más importante del siglo XX¹⁹.

En estas situaciones, la falta de respeto recae en la satanización: una técnica que comprende la sobre simplificación, la exageración y la hipérbola, cargando de significado moral las diferencias sobre las distintas políticas públicas. El objetivo no es simplemente el de ganar sino el de derrotar al oponente, el de persuadir a los tomadores de decisiones que el ganador es el único dueño de la verdad, que al negarle al oponente su existencia, el mundo será un mejor lugar. Esta práctica endurece posiciones y aumenta el costo de reconocer que la otra parte puede tener algo de razón.

El antídoto a la falta de respeto: Una mente abierta, conocimiento y logros

El estar expuesto por años a este tipo de comportamientos puede llevar a estereotipar a quienes estereotipan. Pero las empresas son más complicadas. Si uno ve más allá de los estrategas, satanizadores y vencedores de oponentes, uno encuentra algo diferente: los responsables de la planeación de la generación, gerentes de sistemas para las oficinas administrativas, expertos en tecnologías de la información, operadores de las plantas de generación y del cuarto de control e inspectores de gasoductos, es decir, la gente que hace que las cosas funcionen. Ellos operan bajo un esquema de jerarquía que no tiene sus raíces en el poder económico o político, sino en el desempeño. Esta diferencia nos ayuda a definir el “respeto”: respeto con base en el mérito.

Hace poco el NRRI entrevistó a dos candidatos para dos posiciones de alto rango. Ambos habían pasado por los conflictos tradicionales: energía nuclear, acceso a redes de transmisión, revisiones tarifarias de cientos de millones de dólares, mercados mayoristas, planeación de escasez y diseño de mercados eléctricos estándar; comparabilidad de interconexiones, sistemas de soporte operativo, compensaciones a interportadores de telecomunicaciones. Ambos mostraban seguridad, eran articulados, cultos y excelentes escritores. En resumen, candidatos bien redondeados y en su mejor momento. Pero ¿eran “respetuosos”? Dos elementos aportaban evidencias a favor.

En primer lugar, cada uno había trabajado en y para varios actores de la industria —entrantes, nuevos competidores, en comisiones y para consumidores— en todos los cuales recibieron elogios por ser directos,

¹⁹ Ver a la Academia Nacional de Ingeniería, “Los logros de ingeniería más destacados del siglo XX”, disponible en <http://www.greatachievements.org>.

meticulosos, apegados a los hechos, lógicos y respetuosos de las ideas de los demás. Sus referencias mostraban a personas con una confianza basada en una mentalidad abierta, objetivas, curiosas, productivas y humildes. En segundo lugar, estos candidatos, a pesar de su alto rango en la industria, abordaban al personal de menor rango del NRRI en conversaciones que mostraban deferencia a la experiencia de los segundos, lo que reflejaba respeto a sus conocimientos más que el fijarse en el estatus.

Son estas características de mentalidad abierta y humildad las que evitan divisiones, las que definen al “respeto” como el honrar el conocimiento y los logros, sin importar la fuente.

Los resultados del respeto: mejores políticas regulatorias

“Acepta las diferencias, aprende a vivir con ellas y valora a aquellos que están del lado de los otros”²⁰. ¿Cómo pueden los responsables de las políticas públicas reflejar estos valores en ellas? Estos esfuerzos los estamos viendo en tiempo real: las medidas del Departamento de Energía de los Estados Unidos para diversificar la base de generación eléctrica; la FCC y las comisiones estatales están repensando formas para acomodar a múltiples competidores en una red central, en tanto diseñan nuevos canales para fundear un servicio universal. La FERC está requiriendo a las organizaciones de transmisión regional que le den un trato “comparable” a la demanda y a los recursos de generación; estados requiriendo que sus empresas prestadoras de servicios públicos compren electricidad proveniente de energías renovables. Estas acciones generan un círculo virtuoso, donde el respeto por las ideas nuevas genera políticas que rompen barreras, lo que a su vez permite que nuevas entidades desempeñen y ganen respeto, lo que lleva a más políticas de este tipo.

Los psicólogos describen al “efecto espejo” como aquel en el que dos personas en conversación reflejan mutuamente las expresiones faciales y tonos de voz: fruncir el ceño produce una reacción semejante, y las sonrisas llevan a sonrisas. Lo mismo ocurre en la regulación, donde el respeto mutuo atraerá las mejores habilidades de los actores diversos y, en consecuencia, producirá ganancias; en cambio, la falta de respeto mutua le niega el valor a los demás, lo que nos lleva de regreso a un esquema de suma cero. El “regulador respetuoso” es aquel que persuade a las partes a que el respeto trae consigo ganancias para todos.

²⁰ Gardner, p. 107.

9

Ético

Así pues, tres hurras por una carrera
Cuando esta es una carrera como las de
Shakespeare o Pasteur,
Newton o Tolstoy

...

¿Por qué les aventaron lodo?
El talento habla por sí mismo, sin importar los cargos.
Aquellos que lanzaron maldiciones son olvidados,
Pero recordamos a los que fueron maldecidos,
A todos aquellos que buscaron llegar a la estratósfera,
los doctores que murieron de cólera,
ellos estaban siguiendo carreras!
¡Yo tomo sus carreras como ejemplo!

Yo creo en su creencia sagrada,
y su creencia me infunde coraje.
Seguiré mi carrera de tal manera,
que no la esté siguiendo.

Extracto del poema "Carrera" por Yevgeny Yevtushenko (1933-).

La definición ética: ¿Amplia y estrecha?

En la regulación, normalmente consideramos que la “ética” consiste en evitar acciones indebidas: sobornos, contactos *ex parte*, favoritismos y conflictos de interés en general. Gardner define a la ética de forma más amplia: Actuar éticamente consiste en “pensar más allá de nuestros intereses personales y hacer lo correcto bajo las circunstancias dadas”²¹. Un trabajador ético “pasa la prueba de la hipocresía: Se atiene a los principios aún cuando —o especialmente cuando— van en contra de su interés personal”²².

Paradójicamente, podemos definir a la ética, de forma amplia, en términos del interés personal. Gardner pregunta: “¿En qué mundo nos gustaría vivir si no supiéramos nuestra posición o nuestros recursos de antemano?” Su respuesta personal fue: “a mí me gustaría vivir en un mundo que se caracterizara por ‘buen trabajo’: trabajo de excelencia, ético e interesante”²³.

¿Estas ideas nos pueden ayudar a resolver problemas regulatorios? Un sin número de retos en este campo implican tensiones entre los intereses personales estrechos y la ética general. El interés personal tiene múltiples visiones: mi compañía, mi sindicato, mi estado, mi tecnología, mi agencia, mis clientes, mis unidades. Al abordar estas tensiones siempre podemos comportarnos éticamente en el sentido estrecho, al evitar sobornos, contactos *ex parte* y conflictos de interés. Pero ¿qué se requiere para tener una visión ética más amplia? A esto le siguen dos retos comunes.

¿Qué pasa si “Este asunto no es de mi incumbencia”?

En el estudio de Eric Filipink titulado “Sirviendo el ‘interés público’: la regulación tradicional vs. la expansiva de empresas prestadoras de servicios públicos”, NRRI, 2009, el autor explica cómo es que las responsabilidades del regulador con respecto al “interés público” se están expandiendo. Al papel tradicional de vigilar a los poderes monopólicos, los legisladores le han añadido nuevas metas, papeles y criterios de decisión. La naturaleza misma de las “empresas que prestan un servicio público” está cambiando: El público espera que el regulador no solo obligue a las empresas prestadoras de servicios públicos a actuar conforme a estándares de desempeño altos, sino también a que el servicio sea asequible, ecológicamente neutral y proactivo en términos del empleo.

¿Qué ocurre si las nuevas demandas del público caen fuera de la autoridad estatutaria del regulador? Hablando en un panel organizado por reguladores canadienses, tomé la pregunta de un defensor elocuente de los intereses de los

²¹ *Ibíd.*, p. xiv.

²² *Ibíd.*, p. 136.

²³ *Ibíd.*, p. 127.

consumidores de bajos recursos. (La Asociación de Reguladores Canadienses mantiene un fondo, pagado por las empresas que prestan servicios públicos, que financia la participación en conferencias de grupos de interés público). Esta persona urgía a los reguladores a atender el problema de los precios altos. Mi respuesta inadecuada fue la siguiente:

Es doloroso decirle esto a alguien que dedica su carrera a una causa en la que creo. Pero no es el trabajo de un regulador el hacer que el servicio sea asequible. Su obligación es establecer los precios correctos: ni bajos ni altos, sino en un punto óptimo. Si el precio correcto afecta a los pobres, este es un problema del legislativo. Los legisladores no deben trasladarle al regulador sus obligaciones con respecto al interés público.

Quien formuló la pregunta agradeció mi “sinceridad”, pero quedó claro que yo había cometido el error de “este asunto no es de mi incumbencia”. Sigo sosteniendo, como un integrante de la profesión regulatoria, que los reguladores económicos deben enfocarse en el desempeño de las empresas prestadoras de servicios públicos y en el tema de la suficiencia en infraestructura, no en la redistribución de la riqueza. El regulador no debe reducir los precios por debajo de los parámetros de eficiencia económica, pero como lo dice Gardner “el ser reconocido como un miembro de una profesión no es igual a actuar como un profesional”²⁴. Una mejor respuesta —una respuesta más ética— hubiera sido:

Los reguladores son quienes están en la mejor posición para saber si un aumento de precios es inminente y doloroso para los pobres. Ellos deberían entonces usar esta pericia para hacérselo saber a los órganos de gobierno correspondientes para argumentar que la credibilidad de la regulación a empresas que prestan servicios públicos está ligada a la de toda la acción de gobierno. Un gobierno que le falla a sus pobres —o que elige soluciones de corto plazo, como reducir artificialmente los precios— no beneficia a nadie.

La respuesta ética no consiste en esconderse detrás de las fronteras profesionales, sino en usar su conocimiento profesional para cruzar estas fronteras e incentivar soluciones. Un ejemplo prominente actual: los muchos comisionados estatales que, aún careciendo de autoridad estatutaria con respecto a la banda ancha, están usando su conocimiento y estatus para liderar esfuerzos con el objeto de lograr su accesibilidad.

¿Y si el ayudar a mi estado lastima a tu estado?

“Todos debemos mantenernos unidos, o sin duda a todos nos colgarán por separado”. (Benjamín Franklin al momento de firmar la Declaración de

²⁴ *Ibid.*, p. 129.

Independencia). A lo largo de 250 años, los 50 estados de la Unión Americana han logrado mantenerse juntos por el bien de la nación. Pero esto no ha sido fácil. Ya sea por asignarte costos de transmisión a ti, y para mí los beneficios de la generación hidroeléctrica, generando ingresos para mi economía local mientras contamina tus lagos, o favorecer a los recursos renovables de mi estado por encima de los bajos costos locales del tuyo, las relaciones interestatales son parte de amigos y parte de enemigos. Como dice Gardner “Los seres humanos tenemos inclinaciones fuertemente arraigadas para delinear grupos, identificarnos con y valorar a miembros de su propio grupo, así como de adoptar una actitud cautelosa, si no es que un tono francamente antagónico, con respecto a otros grupos comparables, a pesar de lo definidos y constituidos que estén”²⁵.

La forma ética de abordar el problema es buscando un denominador común, el propósito común cuyos logros beneficien a todos, y luego protegerle de interferencias. Al hacer esto, se alinea el interés particular con el interés público. Recuerde la frase de Gardner ya mencionada: ¿Qué mundo escogeríamos si no supiéramos de antemano si nuestro estado es rico en hidro, pobre en solar, de altos o bajos ingresos? Escogeríamos uno en el que el beneficio nacional de largo plazo prevalece por encima del provincialismo corto placista, pues en él todas las partes trabajarían para mejorar lo común, y los beneficios producto de ese trabajo llegarían a todos. Esa opción en beneficio particular también sería una opción ética. La ética no requiere de sacrificios. Para algunos, las raíces de la ética están en la religión, pues dispersa bondad. Para otros es darwiniana porque asegura la supervivencia de nuestra especie. De cualquier manera, produce los mejores resultados para todos.

Los pros y los contras

“Una persona que está decidida a hacer algo constructivo con su vida, necesita aceptar el hecho de que no a todos les va a caer bien”. Daniel Barenboim y Edward Said, “Paralelos y Paradojas: Exploraciones en Música y en Sociedad (2002) pp. 6, 10 y 11 (citado en Gardner p. 122). (Barenboim es un pianista y conductor judío; Said es un escritor Palestino-Norteamericano. Ambos crearon el Diván de Trabajo Oeste-Este, una orquesta de músicos jóvenes israelíes y palestinos que se dedican a hacer música todos los días, para luego discutir sobre política y cultura todas las tardes).

Los reguladores éticamente orientados se arriesgan a ser caricaturizados como predicadores y pedantes, como no jugadores ingenuos y marginados. Pero no necesitan terminar como quien toca el bajo en una orquesta, que se dice a sí mismo, “Es como mojar tu smoking, tienes una sensación cálida pero nadie se da cuenta”. La ética amplia no ignora o menosprecia al interés propio ni busca su sacrificio. Esta pretende construir un consenso de asuntos comunes.

²⁵ *Ibíd.*, p. 105.

Así, la suma de intereses particulares, orientados éticamente, favorece la agenda de todos. Como concluye Gardner, la “orientación ética” es una “convicción que nuestra comunidad debería poseer ciertas características de las cuales uno esté orgulloso y personalmente comprometido para trabajar a favor de la realización de esta comunidad virtuosa”²⁶.

²⁶ *Ibíd.*, p. 129.



10

Una carta para los gobernantes y legisladores: Sobre la designación de reguladores de excelencia

El hombre de carácter, sensible al significado de lo que está haciendo, sabrá cómo encontrar los caminos éticos en el laberinto de los comportamientos posibles.

Earl Warren, *The Christian Science Monitor* (21 de mayo de 1964)

Estimados Gobernantes y Legisladores,

Felicidades por su (re-)elección. Una de sus muchas tareas será la de designar y confirmar a comisionados reguladores de empresas que prestan servicios públicos. Ellos son los responsables de inducir un desempeño de alta calidad por parte de los prestadores de servicios eléctricos, de gas, agua y telecomunicaciones. Las decisiones que tomen sus designados afectarán a millones de consumidores; a miles de millones de dólares en inversiones; a las economías locales, regionales y a la nacional; así como a nuestro aire, tierra y agua. A continuación ocho ideas sobre cómo lograr resultados de excelencia.

1. Designaciones basadas en principios: La “regulación” no es un sparring político, algo contra el cual hacer campaña. Tampoco es un espectro unidimensional donde “más” siempre es mejor que “menos”. Los reguladores serios no debaten simplificaciones excesivas como regulación de “comando y control” vs. “a la ligera”. (Alguna vez la leyenda regulatoria Peter Bradford señaló que “he escuchado de regulación a la ligera, de su aplicación a la ligera y regulación infraganti; pero poco de regulación con mano blanda”). La regulación

se basa en el desempeño, alineando el comportamiento de las empresas prestadoras de servicios públicos con las necesidades públicas. Los reguladores basados en principios se hacen cinco preguntas: (1) ¿Qué resultados pretendemos lograr? (2) ¿Qué comportamientos específicos, e incurridos por quiénes, llevarán a estos resultados? (3) ¿Qué comportamientos se darán de forma natural, sin necesidad de regulación, dado que estos se alinean con el interés particular del actor? (4) En contraste, ¿qué comportamientos se darán únicamente con la intervención de la regulación? y (5) ¿Qué recompensas y sanciones específicas debe la regulación establecer para lograr los comportamientos deseados?

2. Un trabajo de diez dimensiones: La regulación a empresas que prestan servicios públicos solía ser directa. Estas construían infraestructura, vendían productos y servicios y proponían aumentos tarifarios. Las comisiones aprobaban proyectos y establecían tarifas. Su objetivo central era el de proteger a los consumidores de los abusos del monopolio —tales como inversiones imprudentes, operaciones ineficientes y discriminación indebida hacia consumidores que no tenían otras opciones— en tanto que establecían tarifas que le daban a los inversionistas una oportunidad justa de lograr retornos razonables.

Actualmente los reguladores hacen mucho más: Crean mercados, diseñan programas, administran fondos de inversión, incuban a industrias de energías renovables, diseminan banda ancha, promueven eficiencia energética, protegen infraestructura crítica y resuelven diferencias entre partes interesadas. Incluso actúan como escudos políticos para gobernadores y legisladores paralizados por la complejidad de todo esto.

Considerando todas estas demandas, ¿qué se requiere para sobresalir en la regulación? En el ámbito personal, ¿qué deben ser y hacer los reguladores para ser efectivos? A continuación algunas ideas sobre sus atributos, experiencias, visión, ideologías y habilidades políticas. Finalizaré con una alerta sobre la asimetría.

3. Atributos personales: Un regulador efectivo tiene un sentido de propósito, es decidido e independiente. Un regulador con propósito define el interés público articulando una visión (ver la característica #5). Un regulador con decisión actúa para alinear los comportamientos privados, tanto de los proveedores de servicios públicos como de los consumidores, con esta visión. Un regulador independiente acepta las presiones de políticas de interés público (la necesidad de hacer concesiones entre metas meritorias pero en conflicto) aunque evade las distorsiones de las políticas de intereses privados (las presiones de algunas fuerzas que buscan su propio beneficio). Reconociendo que las comisiones no son tribunales y que los reguladores no son jueces, el regulador efectivo no solo preside, sino que lidera.

Este rechaza la retórica bipolar de “mercados vs. regulación” pues entiende que, como lo dice el Dr. Alfred Kahn, “su responsabilidad continua y central” es “encontrar la mejor mezcla posible entre la regulación inevitablemente imperfecta y la competencia inevitablemente imperfecta”. Prefiere hechos y lógica a adjetivos y adverbios.

4. *Experiencia profesional:* La regulación es un autobús que va a 130 kilómetros por hora, por lo que alguien en la parte delantera necesita saber cómo funciona y a dónde debería ir. Por esto es importante designar al menos a un comisionado que cuente con una experiencia regulatoria profunda. El promover a alguien del personal tiene un efecto doble, pues estimula la moral de la comisión, en tanto que asegura la experiencia necesaria. Adicionen a alguien que haya trabajado en alguna de las industrias reguladas —no a alguien que hable, sino que haga— a una persona que haya planeado, financiado, construido u operado infraestructura, o que haya hecho conexión con los clientes. Los acusarán con el argumento de la “puerta giratoria”, pero se asegurarán de contar con alguien que sabe lo que se siente estar regulado.

5. *Visión:* La visión es más que una declaración de misión de dos frases. Esta debe reflejar el propósito. El regulador con visión es capaz de describir la estructura óptima de la industria (en la cual las motivaciones, el comportamiento y el desempeño estén alineados con el interés público), sus características microeconómicas (la diversidad del producto, las experiencias de los clientes y la rentabilidad de los oferentes), y macroeconómicas (el desempeño general de la industria, su contribución a la economía estatal y regional, y sus consecuencias medioambientales). Un regulador efectivo pone a prueba esta visión al contrastarla con los hechos presentes, realiza ajustes, diseña y establece una secuencia regulatoria para lograrla.

6. *Bagaje ideológico:* En la regulación, las dicotomías trasnochadas son dicotomías falsas. No hay una forma Republicana o Demócrata para regular. Ámbito federal vs. ámbito estatal, mercado vs. regulación, urbano vs. rural, generación eléctrica vs. eficiencia energética, establecido vs. entrante, de propiedad pública vs. de privada, o cotizado en bolsa vs. de pertenencia cerrada. Todos estos “versus” llevan a un esquema de suma cero, que por lo general terminan resumiéndose en mío vs. tuyo. Las mejores ideas no vienen de la ideología, la esperanza o las promesas de “buena fe”; sino de hechos, lógica y extrapolación derivada de la experiencia.

7. *Habilidades políticas:* Hace veinticinco años las políticas de la regulación eran fáciles de seguir: Los inversionistas buscaban retornos sólidos y los clientes tarifas razonables. Las posiciones eran predecibles y el debate era acerca de dólares. Hoy día, los intereses se han multiplicado tanto en número como en

diversidad. La comunidad inversionista ya no se limita a los accionistas o a los tenedores de bonos; ahora tenemos a inversionistas privados, fondos de cobertura, vendedores en corto, holdings de Escocia, Gran Bretaña, Australia, Alemania y Francia. La comunidad consumidora también está fragmentada, pues el tercio tradicional de residenciales, comerciales e industriales ha evolucionado para convertirse en unas Naciones Unidas integrada por agricultores de riego, manufactureros de equipos de sistemas, bases militares, casinos, minas de oro y estaciones de esquiar. Cada tecnología tiene sus propios intereses, desde productores de turbinas de viento hasta quienes instalan componentes de las Redes Inteligentes. Hay ambientalistas, sindicatos, defensores del derecho a la privacidad y consultores sobre terrorismo.

Muchos de estos actores entrantes desconocen el propósito regulatorio. Algunos ven a la comisión como una agencia de gobierno más, como un “centro de recursos públicos”, que por lo tanto está obligada a otorgarle beneficios a todo aquél que los solicite. Otros buscan protección de precios altos y de opciones complicadas.

Para lidiar con esta diversidad, se requiere de habilidad política. La opción es entre canalizar estas perspectivas hacia una visión de largo plazo sobre la estructura y desempeño de la industria, o generar una serie de “concesiones” que solo producen una paz momentánea.

8. Asimetría de recursos: Con raras excepciones, los ejecutivos de las empresas que prestan servicios públicos saben más que sus reguladores. Esta asimetría está presente en cada categoría relevante de conocimiento: costos (incluyendo las oportunidades para su reducción); operaciones (por ejemplo, la capacidad, disponibilidad y vulnerabilidad de las instalaciones físicas); consumidores (patrones de consumo, preferencias de producto e historiales de pago); valor de mercado y oportunidades de financiamiento; las capacidades del personal de la empresa regulada y del potencial tecnológico.

Hacerle frente a esta asimetría resulta clave para la credibilidad de la regulación. Para inducir a que la prestadora de servicios públicos ofrezca un servicio excelente a un costo razonable, el regulador debe establecer estándares y luego compensar a la empresa conforme le vaya dando cumplimento a estos. Para hacer lo anterior de manera creíble y eficiente, el regulador, literalmente, tiene que saber lo que está haciendo, por lo que su pericia debe ser equivalente a la que tiene la regulada. Una comisión con recursos e información insuficiente corre el riesgo de: (a) establecer estándares de desempeño demasiado bajos o tarifas excesivamente altas, lo que provoca que los clientes cautivos paguen de más o que reciban un servicio de baja calidad; o (b) a establecer estándares de desempeño demasiado altos o tarifas muy bajas, lo que debilita a la empresa y

provoca que los inversionistas pierdan confianza en ella. La asimetría socaba la credibilidad del regulador.

Los gobernadores que quieren tener reguladores independientes deben asegurarles los recursos humanos que esta condición exige: personal con credenciales —y remuneraciones— a la par de las que tienen las reguladas. Los contribuyentes ya pagan por el personal de estas empresas, por lo que no les importará pagar también por empleados objetivos que puedan, desde la comisión, juzgar el desempeño de la prestadora de servicios públicos. La forma más directa de solucionar la asimetría es permitirle a las comisiones financiar sus operaciones a través de las mismas tarifas que cubren al personal de las empresas reguladas.

Conclusión

Pareciera que es mucho pedir el encontrar a mujeres y hombres con los atributos personales, experiencia, visión, objetividad y habilidades políticas que demanda este trabajo de diez dimensiones. Pero sí existen y tienen éxito. Si pueden encontrarlos y designarlos, sus ciudadanos se los agradecerán. Buena suerte.



SEGUNDA PARTE

Las acciones de un regulador efectivo

Los reguladores efectivos utilizan sus atributos para actuar. Reconocen que las comisiones no son tribunales y que los reguladores no son jueces. Ellos no “balancean” los intereses privados y “presiden” sobre los procesos; sino que lideran, alineando esos intereses privados con el interés público. Los reguladores efectivos unen estas acciones externas con una vida mental interna disciplinada. Crean espacios para lluvias de ideas con colegas, pero están conscientes de que estas también pueden provenir de la reflexión solitaria. Para proteger su tiempo a solas, evitan las multitareas, un hábito que de acuerdo a un Profesor de Stanford, hace que quienes las practican “estén embobados por la irrelevancia”. Estos se autoevalúan constantemente utilizando parámetros de alfabetismo regulatorio.

La ejemplificación de estas acciones y los atributos descritos en la Primera Parte se encuentran en una resolución emitida por la Comisión de Servicios Públicos de Maryland con respecto a los gastos en “Redes Inteligentes”. La empresa prestadora de servicios públicos regulados pretendía imponer costos sin prometer beneficios. Sin limitarse por las presiones políticas, la resolución primero revirtió la lógica, condicionando así la recuperación de costos con base en la demostración de beneficios.

En la segunda parte cierro con un tributo a Alfred Kahn, el “Profeta de la Regulación”. En su más grande tratado, *La economía de la regulación: principios e instituciones* (1970, 1988), el autor argumentaba a favor de la eficiencia y advertía contra las debilidades. Kahn escribió que “la responsabilidad central y continua de los legisladores y de las comisiones regulatorias [es] la de encontrar la mejor combinación posible entre la regulación inevitablemente imperfecta y la competencia inevitablemente imperfecta”.



11

Las comisiones no son tribunales ni los reguladores jueces

... La Comisión argumenta ser la representante del interés público. Este papel no le permite actuar como un árbitro que le marca bolas o strikes a ciegas a las partes que comparecen ante ella; los derechos del público deben estar protegidos de manera activa y asertiva por parte de la Comisión.

Scenic Hudson Preservation Conference v. FPC, 354 F.2d 608, 620 (2d Cir. 1965) (en referencia a la Comisión Federal de Energía), cert. denied sub nom., *Consolidated Edison Co. v. Scenic Hudson Preservation Conference*, 384 U.S. 941 (1966).

Los novatos que llegan al mundo de la regulación no lo son con respecto al gobierno. Ellos entienden lo que son las ramas “ejecutiva”, “legislativa” y “judicial”, pero se preguntan “¿exactamente qué es lo que somos nosotros”? Algunos responden imitando lo que les es familiar: los jueces se sientan en su estrado en espera de que les remitan las disputas entre las partes, y utilizando un proceso de confrontación entre ellos, extraen los hechos para luego aplicarles la ley. Este proceso parece claro y sencillo; así que hagamos como jueces a los reguladores.

Sin embargo, el ver a la Comisión como un tribunal —esto es, “presidir” en vez de liderar— socava su efectividad. Esto se debe a lo siguiente:

¿En qué se diferencian las comisiones de los tribunales?

El propósito de una comisión deriva de sus orígenes. El Poder Legislativo recibe su facultad de legislar de la constitución del estado. A partir de esta condición, el

Legislativo crea la Comisión, a la cual le delega una parte sustancial de sus poderes legislativos. Esta delegación consiste de una combinación de mandatos y estándares como, por ejemplo, establecer tarifas justas y razonables, asegurar un servicio confiable o autorizar fusiones que resulten consistentes con el interés público²⁷. Estos mandatos y estándares tienen un solo propósito legislativo en común: dentro de un espacio definido (como pueden ser las actividades que proveen un servicio público eléctrico, de gas, telecomunicaciones o de agua), elaborar e implementar una política para el público, y esto no es lo que hace un tribunal.

Existen elementos en común entre las comisiones y los tribunales. Ambos emiten resoluciones vinculantes, basan sus decisiones en comprobar evidencias a partir de las pruebas presentadas por las partes en conflicto, y ejercen su poder circunscritos a los lineamientos legislativos establecidos para cada uno. Sin embargo, los tribunales no buscan problemas que resolver, sino que esperan a que las partes en conflicto presenten una denuncia; en contraste, las comisiones están, literalmente, en busca de los problemas. Los tribunales se limitan a actuar a partir de una violación a la ley, en tanto que las comisiones tienen el mandato de procurar el bien público. Aún las decisiones más limitadas de una comisión —como es el aprobar o rechazar un contrato particular entre un prestador de servicios públicos y un consumidor industrial— afectan intereses públicos que van más allá de las partes directamente involucradas: ¿el precio bajo establecido en este contrato trasladará costos a terceros consumidores o debilitará las finanzas del proveedor del servicio público? ¿Los competidores de la parte favorecida buscarán condiciones iguales a las obtenidas por este? ¿Cuáles serán las consecuencias?

Al igual que las comisiones, las decisiones de los tribunales pueden tener atributos de formulación de políticas que inciden en terceros no relacionados. Una demanda colectiva amparada en las leyes sobre derechos civiles o de los mercados de valores, o una demanda antimonopolio presentada contra Microsoft o AT&T, pueden formular políticas públicas que perduren por una generación. Sin embargo, consideren esta diferencia: en el mundo de los tribunales, el poder de acción de los jueces se encuentra circunscrito a los temas presentados por el demandante, mientras que en el mundo de las comisiones, las quejas presentadas por las partes son un detonador y no una limitante. La comisión puede sumar temas, combinar procesos, incluir a otros actores o convertir un conflicto entre dos partes en una reglamentación multipartidista, todo en atención a lo que demande el interés público.

Una comisión “se parece” a los tres poderes: al legislativo cuando promulga reglas; a una agencia del ejecutivo cuando las implementa; y a un tribunal

²⁷ En algunos estados la Comisión es creada por la Constitución estatal, no por el Poder Legislativo, sin embargo, sigue ejerciendo poderes definidos por la legislatura.

cuando decide con respecto a demandas. Pero las comisiones que regulan servicios públicos no “se parecen” a nada, son lo que son: unidades de gobierno creadas con el propósito de ejercer poderes delegados a la legislatura por la Constitución, las cuales son nuevamente delegadas por la legislatura a la comisión. Las comisiones, al igual que las legislaturas que las empoderan, crean políticas públicas.

¿Cómo es que el “actuar como un juez” socava la efectividad del regulador?

Un regulador que actúa como un juez asume que las partes, sus intereses, argumentos y alegatos jurídicos forman todo el universo intelectual que requiere de su atención regulatoria. Este supuesto recae en una o más de las siguientes premisas incorrectas:

1. Que el gráfico de dispersión de intereses privados que se presentan en un proceso judicial mostrará algún patrón, a partir del cual la comisión podrá actuar en favor del interés público;
2. Que el interés público es sinónimo de la satisfacción de los intereses privados;
3. Que las evidencias presentadas por los intereses privados serán suficientes, tanto en relevancia como en objetividad, para, a partir de ellas, discernir cuál es el interés público;
4. Que la posibilidad de acceso formal es igual a la capacidad de acceso real (esto es, que todos los intereses privados cuentan con los recursos suficientes para lograr la atención de la comisión); o
5. Que a partir de la tormenta y el estrés generado por la oposición a los intereses privados, la “verdad” saldrá a la luz.

El aceptar cualquiera de las premisas anteriores socava la efectividad del regulador al:

1. Inducir a la pasividad intelectual, ya que los procesos y el historial que se genera a partir de este, se centran en las partes en conflicto y no en el público en general (esto es, “¿qué es lo que buscan las partes? en vez de preguntarse ¿cómo promoveremos el interés público?”);
2. Imponer la visión de temporalidad equivocada (es decir, los deseos cortoplacistas imperan sobre los intereses públicos de largo plazo);

3. Reducir la objetividad del regulador (pues en estos casos este “se entera” de los asuntos a partir de los argumentos de las partes y no de una fuente imparcial).
4. Distorsionar el manejo personal del tiempo con el que cuenta el regulador, pues conforme las partes llenan el registro con diálogos entre ellos —el intercambio de testimonios, interrogatorios e informes intercambiados en cuatro diferentes formas (directos, replicas, respuestas y contra respuestas)— el derecho procesal obliga al regulador a la revisión minuciosa de cada página, lo que le deja tanto un tiempo como un espacio mental insuficientes para leer y pensar por su cuenta; o
5. Sustituir soluciones que beneficien al interés público por acuerdos entre las partes (pues contrario a lo que ocurre en los juicios de divorcio o con los incidentes de tráfico, la regulación debe formular políticas más que resolver disputas).

¿Por qué es que algunos reguladores prefieren adoptar el enfoque judicial?

Facilidad para explicar: En el proceso regulatorio, la sentencia tiene el papel central. La usamos en los “grandes casos”: incrementos tarifarios, fusiones o demandas. Su formalidad impone respeto y su familiaridad define al foro: como utilizamos técnicas judiciales somos “cuasi-judiciales”, pero el prefijo cuasi es lo que debe alertarnos, pues no hay nada “cuasi” cuando se trata de formular políticas para el público. La sentencia es solamente un proceso para discernir y declarar el interés público. La cola procedimental no debe menear el propósito, que es el perro.

Inexperiencia: La mayor parte de los reguladores novatos son generalistas, por lo que al enfrentarse a las complejidades regulatorias, prefiere examinar los argumentos de aquellos que tienen más experiencia que él, en vez de formarse sus propios argumentos.

Exceso de trabajo: Cuando uno está rebasado de trabajo, resulta más fácil presidir que liderar.

Aversión al riesgo: El actuar como juez conlleva riesgos y responsabilidades menores. En política, se castigan menos los errores de omisión que los de comisión (juego de palabras involuntario).

Recomendaciones para reguladores

1. Organice cada paso del proceso regulatorio con base en la premisa “¿cómo puedo promover el interés público?” y no en la que postula “¿qué es lo que las partes quieren que decidamos?”
2. Inicie cada paso del proceso regulatorio con tutoriales neutrales presentados o seleccionados por un ente objetivo.
3. En las áreas de política más importantes, como los estándares de desempeño, fusiones y tarifas, se deben crear políticas sustantivas antes de que se lleve a cabo cada paso del proceso regulatorio, a fin de que las propuestas de las partes involucradas se ciñan a las políticas de la comisión y no al revés.
4. Se deben aprobar los acuerdos entre las partes únicamente si estos procuran el interés público, y no porque con ellos se “comprende la paz” entre las partes en conflicto.



12

La misión de la regulación: ¿“Balanceamos” los intereses privados o los alineamos con el interés público?

En cualquier momento de tomar una decisión, la mejor opción es hacer lo correcto, la segunda mejor opción es hacer lo incorrecto, y la peor opción es no hacer nada.

Theodore Roosevelt

En alguna ocasión la nueva asistente de un comisionado recién nombrado, ambos sin experiencia en la regulación de empresas que proveen servicios públicos, me comentó que le preguntó a un veterano de la Comisión “¿cuál es nuestra misión?” y la respuesta que recibió fue: “Nosotros balanceamos los intereses de los consumidores con aquellos de los inversionistas”. Esta noción de que la regulación consiste en lograr un balance entre intereses privados, tan arraigada en las conversaciones, práctica y mentalidad de la regulación, presenta cinco problemas fundamentales. ¿Podemos reformular la misión regulatoria?

Los cinco problemas: ambigüedad, visión limitada, presunción de conflicto, pasividad y descuido jurídico

Ambigüedad: “Nosotros balanceamos los intereses de los consumidores con aquellos de los inversionistas.” ¿Pero de cuáles *consumidores*: pequeños o grandes, actuales o futuros, los de nuestro estado, región o país? ¿Cuáles *intereses*: los de corto o de largo plazo, los que buscan tarifas bajas o un suministro viable? ¿Cuáles *inversionistas*: los tenedores y vendedores de acciones, los fondos de pensión, los fondos de cobertura, los dueños actuales o futuros, o los acreedores? ¿Cuáles

intereses de los inversionistas: las ganancias de este año o a las que garanticen su viabilidad en la próxima década? ¿Cuál *balance*?, pues este concepto implica equivalencia —esto es, el punto medio preciso entre dos intereses con el mismo peso— y ¿los intereses del consumidor y del inversionista tienen exactamente el mismo peso en todo momento, o esta equivalencia puede variar en un momento dado bajo el supuesto de que estas variaciones se “balancearán” en el largo plazo?

Visión limitada: Si los servicios públicos solamente fueran transacciones entre un proveedor único y un consumidor cautivo, entonces “balancear los intereses de los consumidores con aquellos de los inversionistas” consistiría en una misión lógica (siempre y cuando ya hayamos resuelto la docena de ambigüedades que acabo de plantear). Pero los servicios públicos son más que esto, son la infraestructura en la que está asentada nuestra economía: escuelas, hospitales, alumbrado público o manufacturas. Son un medio para el sostenimiento de la calidad de vida y de la vida misma (pensemos en escasez de agua, apagones, no contar con servicios telefónicos o de alumbrado público, o incluso cines). Los servicios públicos también producen desechos milenarios como consecuencia de las decisiones que se toman el día de hoy: desechos nucleares y emisiones de carbón originados como consecuencia de la generación de electricidad, residuos químicos derivados del tratamiento que requieren los postes telefónicos o las fugas en los ductos de gas. El lente regulatorio debe ser tanto angular como telescópico, y si el objetivo es el de simplemente “balancear” intereses, se pierde este punto.

Presunción de conflicto: Un balance presume la existencia de opuestos (visualice la “balanza de la justicia”). Esta presunción es incorrecta. Los fines legítimos, tanto de los consumidores como de las empresas que prestan servicio público —proveedores viables, consumidores satisfechos, evitar la generación de desechos, no esperar nada gratuito, precios y retornos razonables— son consistentes y se refuerzan mutuamente. Un desempeño de alta calidad y un consumo eficiente benefician a todos: consumidores, accionistas, acreedores, empleados, al medio ambiente y a la infraestructura nacional.

El conflicto entre objetivos opuestos surge solamente cuando hay metas ilegítimas: cuando el causante de costos busca trasladarlos a alguien más, o el accionista que pide retornos excesivos. Si la regulación expusiera regularmente estas metas como impropias, la suposición de opuestos se autocorregiría. Pero en algunos foros regulatorios ocurre lo contrario, al incrustar al concepto de oposición en el corazón del proceso regulatorio cada actor se posiciona en los polos de un tema, argumentando agravios y exigiendo compensación con base en testimonios en los que se exhiben los errores de sus oponentes. A estos le siguen las negociaciones privadas que terminan en un arreglo entre las partes (arreglo que excluye cualquier enmienda por parte de la comisión a riesgo de que se venga abajo), el cual es “aprobado” por una comisión encajonada. (Para

ahondar con respecto a la sobre dependencia de las comisiones en los arreglos entre las partes, ver el Ensayo 48, “*Arreglos regulatorios: ¿En qué casos los acuerdos privados favorecen al interés público?*”). La presunción de conflicto encarnada en la misión de “balancear” puede llevar a concesiones que deriven en acuerdos que protejan intereses privados en vez de procurar el interés público.

Pasividad: Una comisión que se dedica a balancear intereses privados corre el riesgo de presidir en vez de liderar. Los resultados son definidos por los deseos de las partes y no por las necesidades del público en general. En estos casos el foro sirve a las partes y no las partes al foro. El punto medio entre dos intereses privados sigue siendo un interés privado. Esta pasividad regulatoria deja al público desatendido.

Descuido jurídico: Los procesos regulatorios son procedimientos legales limitados por el marco legal y por el derecho constitucional. Estos recursos legales no atienden “intereses” sino que generan derechos y obligaciones. Es por esto que la responsabilidad regulatoria no es la de “balancear” intereses, sino la de (1) definir los derechos y obligaciones, y después (2) honrar los derechos y hacer cumplir las obligaciones. Una misión de “balancear los intereses de los consumidores con aquellos de los inversionistas” desvía a la comisión de sus obligaciones legales (*Advertencia:* Ocasionalmente, el marco legal sí contiene en su preámbulo una frase que involucra el balancear intereses. Limitado a este contexto, mi argumento legal tiene menos fuerza. Pero aún en estas situaciones, los intereses que requieren ser balanceados son los derechos y obligaciones creadas por el marco legal (los cuales deben ser definidos por la comisión), y no los intereses propios que defienden las partes).

Estrategia Regulatoria: Determine cómo es que los intereses privados divergen del interés público, y con base en esto, diseñe las soluciones regulatorias que convierten a las divergencias y las lleven al alineamiento

Un regulador no puede ignorar a los intereses privados, pues el derecho administrativo le da voz a todos los interesados. Por lo tanto, cómo pueden los reguladores utilizar los intereses privados en vez de que ocurra lo contrario.

Empiece con escepticismo. Los intereses privados siempre argumentarán estar velando por el interés público. Tanto un desarrollador de parques eólicos, como el constructor de una planta nuclear, prometen energías “limpias” y “verdes”, pero su interés real son las ganancias que les generará la construcción de la infraestructura eólica y nuclear. El consumidor industrial criticará toda inversión en eficiencia energética al considerarla como impráctica, sin embargo, su interés privado es el de mantener tarifas bajas. Los argumentos privados también minimizan a los

intereses públicos: ¿Discutirá el desarrollador de infraestructura eólica sobre los costos de transmisión? ¿Reconocerá el desarrollador de infraestructura nuclear los apoyos federales destinados a la investigación en la materia, los límites legales a la responsabilidad por accidentes o la falta de respuestas con respecto al manejo los desechos al hablar de “competencia” y “libre mercado”?

Como ejemplo del análisis acerca de los intereses privados está el documento elaborado por Stephen G. Hill, “Adquisiciones de empresas públicas por capitales privados: Las medidas que deben tomar los reguladores” (NRRI 07-11). El autor estudia las motivaciones de cada actor (de los inversionistas adquirentes; las metas de los accionistas, de los tenedores de bonos y de la administración; prestamistas de los adquirentes). En este estudio el autor demuestra las divergencias que estos actores tienen con respecto al interés público, para luego emitir recomendaciones de acciones regulatorias encaminadas a preservar el trigo de los intereses públicos, eliminando la paja de los intereses privados.

Los reguladores pueden pasar de balancear a alinear intereses modificando algunas prácticas tradicionales. Por ejemplo, consideremos la típica reunión previa a llenar una solicitud. Por lo general empiezan de la siguiente manera:

Cabildero: “Estoy aquí para explicarles cómo es que mi propuesta favorecerá el interés público”

Ahora, tratemos de sustituir este inicio por el siguiente:

Regulador: “Empecemos por discutir mi visión de interés público, luego, cómo es que sus intereses privados divergen de este, y por último, analizaremos su propuesta”

Dos reuniones diferentes con dos resultados distintos.

Otro ejemplo: La típica opinión regulatoria empieza con el recital de las posiciones de las partes. El propósito de este preámbulo es el de cumplir con el requisito que piden los tribunales revisores de asegurarse que las partes interesadas han sido “escuchadas”. Sin embargo, la impresión visual que da el proceso es que tiene como fin el de atender los intereses de estas partes. Imaginemos qué tan diferente sería la impresión que se daría, si además de enunciar la lista obligada de los intereses de las partes, esta estuviera acompañada por un análisis sobre cómo cada interés diverge del interés público.

Con el paso del tiempo, estos dos ejemplos de cambios procesales pueden provocar cambios en el comportamiento. Estos inducirían a las partes a educar en vez de abogar, y al mismo tiempo, alentarían al regulador a examinar en vez de presidir. Así, el enfoque se centrará en moldear una política pública encaminada a favorecer el interés público, más que a “balancear” el conflicto entre intereses privados.

13

Lluvia de ideas regulatorias: ¿Cuándo y dónde?

Construir 20 fue un ambiente fantástico. Parecía que se iba a venir abajo. Pero fue extremadamente interactivo. Caminabas por el pasillo, encontrabas gente y sostenías una discusión con ellos.

Noam Chomsky, Profesor de Lingüística que revolucionó su campo de trabajo al tomar elementos de la biología, psicología y ciencias de la computación (aquí se refiere a un edificio en el M. I. T. al cual se asignaban departamentos académicos de forma casi siempre aleatoria)

¿Qué se supone que debo hacer? ¿No decirle que su idea es mala?

Morris Halle, fundador del Departamento de Lingüística del M. I. T.

Estas citas vienen de Jonah Lehrer “Las ideas grupales: El mito de la lluvia de ideas” en *The New Yorker*, 30 de enero de 2012. Este artículo, de lectura obligada, basado en ciencia y anécdotas, tiene una aplicación inmediata a la regulación de empresas que prestan servicios públicos con respecto a dos principios:

1. *Por lo general, la lluvia de ideas en grupo genera menos ideas nuevas que cuando la gente tiene una lluvia de ideas por sí solo.* Desde la década de 1990 los reguladores han introducido la “colaboración” por medio de comités de consulta y grupos de trabajo. Enfocados más en encontrar un terreno común que en abrir nuevos espacios, es más probable que produzcan consensos y arreglos más que premios Nobel. El Internet y el correo electrónico han añadido listas de correo,

salas de chat y el miserable “responder a todos”. Esta permanente conversación — demasiadas veces entre las mismas personas— distrae a muchas mentes buenas del pensamiento profundo y concienzudo necesario para resolver los retos regulatorios.

Esto es lo que Jonah Lehrer descubrió: no obstante que el pensar en grupo es popular, este no “libera el potencial del grupo, sino que más bien hace que cada individuo sea menos creativo”. Cuando la lluvia de ideas grupal tiene éxito, es porque siguió dos principios. En primer lugar, el debate estimula más de lo que inhibe, así que hay que olvidarnos de la regla de “no criticar”. En segundo, hay que incluir gente de afuera, pero no demasiados: Las reuniones regulares a las que asisten solo los miembros del grupo pierden su filo, pero si hay demasiados desconocidos, les será difícil enfocarse. Así, una mezcla de miembros permanentes y nuevos da una estructura familiar de respaldo, pero a la vez, permite ideas nuevas.

2. Pensar de forma aislada también tiene sus limitantes. La regulación de empresas prestadoras de servicios públicos es intensamente interdisciplinaria. Cualquier decisión, ya sea con respecto a tarifas, finanzas, estructura de mercado, fusiones, calidad del servicio, mezcla de productos o servicio universal, requieren de la atención de ingenieros, economistas, financieros, contadores, abogados, administradores, psicólogos del comportamiento y políticos. Como en las ciencias, los problemas complejos exigen especialización, pero esta implica aislamiento. El diferencial en recursos regulatorios (ver los Ensayos 50, 51 y 52) empeora la situación. Dentro de las empresas prestadoras de servicios públicos regulados, los especialistas en litigios, estrategias legislativos y quienes diseñan la comunicación, se mezclan con los especialistas en tarifas y asesores financieros para darle forma y presentar propuestas cuyos efectos bien planeados sobre los consumidores y competidores pueden ser pasados por alto por el regulador que debe apoyar al público, el cual está más aislado y cuenta con menos personal.

Esto es lo que Jonah Lehrer descubrió: Conforme los avances intelectuales se van complicando, los investigadores deben irse especializando, “puesto que hay un límite en la cantidad de información que una mente puede manejar”. *Para que ocurran avances significativos, los especialistas deben colaborar entre sí*, “pues los misterios más interesantes yacen en las intersecciones de las disciplinas”.

Soluciones

Hay formas de resolver los problemas de no tener suficiente “tiempo a solas”, de grupos donde sus miembros no son lo suficientemente diversos y el aislamiento individual. Gracias al trabajo arduo de muchos, ya existen tres posibles soluciones, las cuales, con ajustes mínimos, pueden producir mayor valor.

1. *Reuniones de reguladores*: La jerarquía, la carga de trabajo, la geografía y el presupuesto conspiran para impedir que los profesionales regulatorios convivan entre ellos. Entre más junior sea el personal, mayor la separación. Los Comisionados, al asistir tres veces al año a congresos regulatorios²⁸, son quienes tienen la mayor interconexión entre estados, pero los beneficios se ven truncados por los periodos promedio de desempeño de cuatro años. El personal con mayor rango atiende ocasionalmente las conferencias que se llevan a cabo fuera de su estado, pero las agendas están tan cargadas con presentaciones de quince minutos (normalmente limitadas a las presentaciones sin sentido y unidimensionales de Power Point; ver www.edwardtufte.com para observar la crítica que hace un profesor muy leído de “una maldita diapositiva tras otra”) por lo que hay poco espacio mental y temporal para un análisis profundo y multidisciplinario que lleve a grandes avances. Buscar formas para que el personal permanente pueda asistir a congresos donde los expositores cuenten con el tiempo suficiente y tengan la diversidad y objetividad (en vez de ser gente que defienda una posición) para que haya discusiones profundas permitirá sacar el mayor valor para la comunidad regulatoria.
2. *Organizaciones regionales de transmisión*: Otro foro para la interacción entre estados son las conferencias auspiciadas por las organizaciones regionales de transmisión (RTO). En ellas ocurren algunas interacciones útiles, pero si las agendas son establecidas por las partes interesadas de mayor peso, es decir las que tienen los mayores fondos e importancia política —las prestadoras de servicios públicos regulados y las RTO— la interacción es más reactiva que creativa. La solución está en reorganizar estas reuniones para que las prioridades a discutir sean establecidas por las comisiones y los consumidores —no porque sean “partes interesadas”, sino porque son sus prioridades las que las empresas prestadoras de servicios regulados y las RTO deben honrar.
3. *“Comunidades del conocimiento”*: El Instituto Nacional de Investigaciones Regulatorias ha desarrollado Comunidades de Conocimiento para permitir interacciones flexibles y aleatorias entre estados, disciplinas, burocracias y jerarquías. El esfuerzo chocó contra dos barreras predecibles: El tiempo del personal de las comisiones estaba tan limitado por el ritmo de trabajo, la cantidad y la complejidad de los turnos ingresados por las empresas reguladas, que no tenían el tiempo para interacciones aleatorias. La segunda fue la reticencia de algunos a compartir ideas que pudieran entrar en conflicto con las de sus jefes o comisionados.

²⁸ N. T. En Estados Unidos la Asociación Nacional de Reguladores (NARUC) se reúne tres veces al año.

Los cambios culturales requieren de un liderazgo, en este caso, uno comprometido con la causa de facultar al personal para que establezcan conexiones externas. Le pedí a un grupo de 10 comisionados líderes —un grupo de alto rendimiento comprometido con la excelencia— que cada uno asignara a 10 integrantes de su comisión para que le dedicaran 15 minutos a la semana a plantear preguntas o respuestas cortas a las Comunidades del Conocimiento. Estas cien nuevas interacciones semanales, a un costo mínimo, atraerían a otros a este oasis de investigación de alta calidad. La respuesta de los comisionados fue unánime y negativa. Uno de ellos me dijo “Nosotros no le decimos a los profesionales cómo hacer sus trabajos”.

Este mensaje bien intencionado asumía que el personal tenía discreción sobre el empleo de su tiempo, pero no es así. La mayor parte de este lo dedican a seguir órdenes: órdenes estatutarias para procesar los turnos enviados por las empresas reguladas dentro de un periodo específico. Al cambiar las prioridades (en este caso, durante 15 minutos a la semana) los líderes de las comisiones “no le estarían diciendo a los profesionales cómo hacer su trabajo”, sino que los estarían liberando para que practicasen su profesión: investigar, interactuar, crear y compartir sin estar restringidos a las prioridades de otros.

Proceder de forma interdisciplinaria: Las disciplinas profesionales pueden restringir. Un abogado piensa en cómo evitar un revés judicial, el ingeniero en evitar apagones, el analista financiero desea solvencia, el contador quiere tener los libros balanceados, el economista especializado en estructuras de mercado mide dónde se concentran y cuáles son las barreras de entrada, el economista especializado en diseñar tarifas busca establecer precios que iguallen el costo marginal. Cada profesional tiene sus principios. ¿Esta combinación produce la mejor política, así como las palabras necesarias para persuadir al público? Puede que sí, si creemos en lo que dice Lehrer con respecto a que “los misterios yacen en las intersecciones”. Podemos enfatizar las intersecciones rediseñando los procesos regulatorios. La base de la mayoría de las decisiones regulatorias es la evidencia aportada por los expertos. El enfoque estándar es interrogar a un testigo a la vez, donde cada uno está confinado al testimonio previamente entregado, y este a su vez a las credenciales profesionales del testigo. ¿Y si le solicitamos a cada testigo a que explique cómo es que su posición toma en cuenta factores que conciernen a otras disciplinas profesionales, creando así una obligación testimonial de considerar “a los misterios que yacen en las intersecciones?” Más aún, ¿y si en vez de dispensar a un testigo a la vez, organizamos comparecencias simultáneas de todos los testigos, cuya pericia y posiciones contrastantes, puedan ayudar a resolver el problema?

14

Las multitareas regulatorias: ¿Provocan daños de largo plazo?

Quienes realizan multitareas resultaron ser malos en todo... Yo estaba seguro de que esta gente tenía una habilidad secreta. Pero resulta que quienes la practican están embobados con la irrelevancia.

Clifford I. Nass, Profesor de Comunicación en la Universidad de Stanford y coautor de un estudio sobre personas que realizan multitareas (citado en *The New York Times*, WK-5 (30 de Agosto de 2009)).

Muchos de mis pacientes se cepillan de más, pero se limpian de menos.

Mi dentista

Si eres presidente de una comisión, asesor del gobernador, director administrativo, el contacto con tus legisladores y un especialista ante tu legislatura estatal, todo en el mismo día, tal vez estés sobresaliendo. Pero esto no es así si estás realizando “multitareas.” Desempeñar una multiplicidad de papeles es algo inevitable, pero realizar multitareas no es lo deseable. La atención simultánea lleva a la falta de atención.

La multitarea falla a quienes la practican actualmente, y posiblemente en el largo plazo

Así lo establece un estudio de la Academia Nacional de Ciencias publicado el 24 de Agosto de 2009. Según el resumen elaborado por *The New York Times*, el estudio “examinó a 100 universitarios calificados como altos o bajos ejecutores

de multitareas, para luego monitorear su concentración, memoria y grado de distracción.” Los investigadores quedaron desconcertados con los resultados:

Confusión: “Estuvimos buscando las ventajas de quienes realizan multitareas, pero encontramos solo desventajas. Suponíamos que quienes las realizan tenían bastante control sobre la información, pero resultó que solamente la estaban confundiendo”. Eyal Ophir, investigador de Stanford (del resumen elaborado por *The New York Times*).

Incapacidad para filtrar lo irrelevante: “Cuando los sujetos se encuentran en situaciones en las que reciben información de fuentes múltiples, tanto del mundo externo, como de las que surgen de su memoria, resulta que no son capaces de filtrar aquello que no es relevante para su objetivo actual” declaró [Anthony] Wagner, Profesor Asociado de Psicología de [Stanford]. ‘Esa incapacidad de filtrar implica que la información irrelevante los hace más lentos’²⁹. Pero la situación empeora “No podían evitar pensar en la tarea que no estaban realizando’ agrega el investigador Ophir. ‘Los clasificados como multitareas altos siempre están tomando toda la información que se les presenta, y no pueden mantener las cosas separadas en su mente’³⁰.

¿Daño de largo plazo? “Me preocupan los efectos de corto y largo plazo que tiene la multitarea” declaró el investigador de Stanford Nass (del resumen de *The New York Times*). “Los investigadores siguen estudiando si quienes realizan multitareas de forma crónica nacieron con una habilidad para concentrarse, o están dañando su control cognitivo al realizar voluntariamente demasiadas cosas al mismo tiempo. Pero ellos están convencidos de que las mentes de quienes realizan multitareas no están funcionando tan bien como podrían”³¹.

¿Son inevitables las multitareas regulatorias?

Setenta y tantos generadores de estrés

Con tantos papeles, responsabilidades y cuentas que rendir, resulta fácil que el regulador caiga en la trampa de las multitareas. Considere más de setenta fuentes de estrés agrupadas en siete categorías:

Cuatro industrias: En un día laboral, un regulador puede tener que afrontar retos en cuatro industrias: electricidad, gas, telecomunicaciones y agua, además de taxis (Maryland), transbordadores entre islas (Hawái) y graneros (Dakota del Norte).

²⁹ *Stanford University News*, <http://news.stanford.edu/news/2009/august24/multitask-research-study-082409.html>.

³⁰ <http://www.physorg.com/news170349575.html> (24 de agosto de 2009)

³¹ *Ibíd.*

Seis disciplinas profesionales: Un regulador debe lidiar con asuntos contables, económicos, de ingeniería, financieros, jurídicos y administrativos.

Nueve fuentes de presión política: Llamémosle cortésmente “abogar con orientación a resultados.” Estos esfuerzos provienen de consumidores, ambientalistas, sindicatos, accionistas, administradores de las empresas que prestan servicios públicos, de la competencia de estos, de múltiples legisladores, gobernadores y congresistas. Pocas de estas fuerzas aprecian los procesos y análisis que debe seguir una buena regulación, pues lo que quieren son resultados: aprobación de permisos para plantas, cambios tarifarios, más energías renovables, concreto vertido y salarios protegidos.

Doce tipos de ingresos de expedientes: Hasta los estados más chicos tienen docenas de procesos pendientes. Su diversidad abarca tanto cuestiones procedimentales (averiguaciones informales, investigaciones formales, acciones para hacer cumplir la regulación, reglamentación e impugnaciones), como de fondo (casos tarifarios, fusiones, calidad del servicio, disputas sobre interconexión, certificaciones que acrediten una necesidad, infraestructura prudente y quejas de los consumidores).

Once fuentes de rendición de cuentas: Aunque les llamemos “independientes” a los reguladores, estos no lo son con respecto a las fuerzas democráticas, jurídicas e institucionales. Ellos deben rendirle cuentas al público, a los medios de comunicación, a las cortes estatales y federales, a su gobernador, a la FERC, a los ordenamientos estatales y federales, a la legislatura estatal y al Congreso. Ver el Ensayo 4 que trata sobre la independencia.

Nueve actividades internas: Dentro de las comisiones, los reguladores actúan como tomadores de decisiones, patrones, mentores, líderes de grupos de tareas específicas, elaboran presupuestos, recortan gastos, son defensores y voceros.

Trece tipos de esfuerzos mentales: Lograr con éxito cualquiera de estas actividades requieren que un regulador lea, se reúna, escuche, piense, escriba, revise, debata, analice, investigue, critique, invente, sea curioso y formule preguntas.

Nueve tipos de actividades externas: ¿Quiere viajar? Lo puede hacer semanalmente: conferencias, seminarios, comparecencias ante el congreso, visitar a la FERC y a la FCC, reuniones con reguladores (nacionales y regionales, tanto ceremoniales como sustantivas), y juntas de trabajo con el objetivo de abordar problemas multidisciplinarios (como por ejemplo, el diseño de mercados, sobre la planeación y transportación energética o disposiciones con respecto a las compañías telefónicas).

Soluciones: Propósito, Concentración e Imagen propia

Así, un regulador debe lidiar con docenas de fuentes de estrés. El tener múltiples responsabilidades, papeles que desempeñar y rendiciones de cuentas que atender, resulta inevitable. (Lo mismo ocurre en las expresiones artísticas más elevadas: En *La Bohemia* de Puccini, los papeles del casero Benoit y el lascivo Alcindoro son interpretados por el mismo artista.) Lo que sí se puede evitar es el hábito laboral de hacer cosas diferentes al mismo tiempo, pues el cambiar de papeles demasiado rápido, implica dedicarle un tiempo insuficiente a cada tarea, de tal forma que no podamos apreciar su complejidad: impidiéndole a uno inmiscuirse, absorber y lograr conocer un tema, con la profundidad suficiente como para producir ideas, auto evaluarlas críticamente, y compartirlas con sus colegas. A continuación tres ideas:

Enfatizar el propósito público por encima del interés privado: ¿Para qué regular? Para alinear el comportamiento privado con el interés público. El enfoque debe estar puesto en el desempeño de las empresas reguladas que prestan un servicio público y en los consumidores. (Ver el Ensayo I, *Decidido*). Muchos de las setenta y tantos generadores de estrés provienen del esfuerzo de alguien para desviar al regulador de su propósito público abogando a favor de una intencionalidad privada, lo que termina por minar la misión regulatoria. Al poner por delante al interés público, evitamos confundir la reactividad con productividad, o como diría mi dentista, “cepillar de más y limpiar de menos.”

Establecer periodos de concentración: Como dijo el Dr. Ophir “La gran lección que me llevo de esto es que debo tratar de establecer periodos de concentración, de crear espacios de tiempo en los que pueda concentrarme en una sola cosa”³².

Disociar la realización de multitareas de la imagen propia: Esto puede ser un reto. El artículo de *The New York Times* cita al escritor Robert Leleux, quien se describe a sí mismo como “completamente acobardado por quienes realizan multitareas”. “Vean a la tortuga y a la liebre. Aun cuando la tortuga termina ganando la carrera, ¿quién preferirías ser, una tortuga vieja y arrugada, o una liebre veloz y audaz? Creo que la respuesta es clara”.

³² *Bio-Medicine*, <http://www.bio-medicine.org/medicine-news-1/Chronic-Media-Multi-Tasking-Makes-It-Harder-to-Focus-55193-2/>.

15

La alfabetización regulatoria: Una autoevaluación estacional

Este mandamiento que yo te ordeno hoy no es muy difícil para ti, ni está fuera de tu alcance. No está en el cielo, para que digas: ¿Quién subirá por nosotros al cielo, y nos lo traerá y nos lo hará oír para que lo cumplamos? Ni está al otro lado del mar, para que digas: ¿Quién pasará por nosotros el mar, para que nos lo traiga y nos lo haga oír, a fin de que lo cumplamos? Porque muy cerca de ti está la palabra, en tu boca y en tu corazón, para que la cumplas.

Deuteronomio 30:11-14 Versión Reyna Valera, 1960

En el 2010 impartí cursos a profesionales de la regulación de Arkansas, Hawái, Idaho, Luisiana, Maryland, Montana, Nueva York, Dakota del Norte, Oklahoma, Carolina del Sur y Virginia del Oeste. También de Canadá, India, Jamaica y Nigeria. Una característica común en todas las audiencias, desde los novatos hasta los veteranos, fue la ansiedad por lograr un dominio de su tema. Encontré en ellos una sensación de que este es precario y cada vez más reducido; de que en la autopista del cambio, el tráfico va cada vez más rápido, en tanto que las curvas se van volviendo más pronunciadas y los virajes más frecuentes. Además, están conscientes de que sus decisiones afectan no solo a millones de consumidores y a una cantidad incalculable de dólares de los inversionistas, sino también a valores no financieros —como la privacidad, confiabilidad, el medio ambiente y la salud— e incluso que lo que hacen incide sobre los procesos democráticos.

Abro cada segmento del seminario con una pregunta general, la cual funciona tanto para plantear el tema, como una incitación para averiguar qué tanto sabe

la gente. Muchas veces, aún las preguntas básicas producen silencios incómodos, dando lugar a la timidez y la modestia. Su grado de conocimiento actual deja a pocos tranquilos.

Ya que estamos en la temporada de la auto-evaluación, plantearé 30 preguntas que cualquier profesional de la regulación debería poder contestar. A ver cómo le va a usted. Es más importante tener una respuesta que la respuesta correcta (de esas hay pocas).

Sustancia regulatoria: Sus propósitos y técnicas

1. ¿Cuál es el propósito de la regulación?
2. Al buscar resultados regulatorios, cuándo es mejor: (a) indicarle a la prestadora de servicios públicos qué acciones seguir o (b) establecer una serie de estándares y dejarle a esta escoger las acciones correspondientes.
3. ¿Cuál es el propósito de establecer tarifas? ¿Cuáles son los métodos principales? ¿Cuáles son los mejores métodos para lograr qué propósitos? Por ejemplo, ¿cuáles son los méritos relativos de establecer tarifas con base en los costos vs. con base en el valor de mercado? En cuanto a los costos, ¿qué tal costos integrados (*embedded*) vs. marginales? Y si hablamos de costos marginales ¿a corto o largo plazo?
4. ¿Cuáles son los mecanismos alternativos para hacer que los consumidores asuman los costos de la contaminación causadas por sus patrones de consumo?
5. Para las propuestas de proyectos que requieren de una gran inversión en capital, ¿cuáles son las fuentes clave de incertidumbre y de riesgo? y ¿cuáles son las formas de asignar estos?
6. Con respecto a los contratos de compra de las empresas que prestan servicios públicos, tales como carbón, gas o renovables: ¿cuáles son las alternativas para lograr una mezcla de acuerdos de corto, mediano y largo plazo? ¿cuáles son los méritos de cada una?
7. ¿Cuáles son los pros y los contras de que la empresa de servicios públicos construya directamente en comparación con que adquiera de un tercero?

Responsabilidades de la empresa prestadora de servicios públicos

8. Para cada industria ¿cuáles son los productos y servicios que la prestadora de servicios públicos está obligada a otorgar?

9. ¿Cuál es la obligación de desempeño con la que la empresa prestadora de servicios públicos debe cumplir: promedio, por arriba del promedio o de vanguardia?
10. ¿Cuáles son los mecanismos apropiados para asignarle consecuencias a la empresa prestadora de servicios públicos cuando su desempeño está por debajo del cual está obligada a cumplir?

Mercados: Su propósito y supervisión

11. ¿Qué es un mercado? (En 1988, durante una audiencia de la FERC con respecto a la fusión de PacifiCorp-Utah Power & Light, un abogado muy hábil planteó esta pregunta e hizo que un testigo, doctor en economía, se tambalara de una forma vergonzosa. Vaya al buscador de Lexis e ingrese el término “baffling w/15 annihilating”. Para desgracia del testigo experto, ese fue el día que escogió para llevar a sus hijos para verlo en acción).
12. ¿Cómo pueden los mercados ayudar a la misión regulatoria?
13. ¿Cuáles son las características de un mercado que es eficazmente competitivo?
14. ¿Cuándo debería un regulador confiar más en los mercados que en la regulación?
15. ¿Cuál es la estructura óptima de mercado para electricidad, gas, telecomunicaciones y agua, para suministrar los productos esenciales al público? ¿Qué tipo de información debemos recolectar para responder a esta pregunta?
16. De los componentes esenciales del servicio que requieren los consumidores ¿cuáles son mejor provistos por la empresa prestadora de servicios públicos ya establecida, y cuáles por aquellas que no prestan servicios públicos?

Administración y procesos regulatorios

17. ¿Cuáles son las mejores formas de organizar una audiencia a fin de asegurar que en ella se ventilen los hechos más relevantes?
18. ¿Cuándo es mejor aceptar un arreglo que inducir a un litigio?
19. ¿Cuáles son las contribuciones que las disciplinas profesionales más importantes aportan a la regulación: derecho, ingeniería, finanzas, contabilidad, economía, administración y políticas públicas?

20. ¿Cuáles son las habilidades, experiencias y conocimientos con las que se debe contar dentro de una comisión?
21. ¿Cuáles son los méritos relativos de organizar al personal de la comisión con base en una industria (electricidad, gas, telecomunicaciones y agua) vs. la disciplina profesional?
22. ¿La comisión debería emitir comunicados de prensa o hablar únicamente por medio de las resoluciones que emite? ¿Cuál es el papel y el propósito de la persona encargada de las relaciones públicas de la comisión?
23. ¿Cuándo resulta útil y apropiado comunicarse de manera informal y privada con representantes de las empresas reguladas o con otros intereses relacionados con la comisión?
24. ¿Cuáles son ejemplos de buenas relaciones entre la comisión y el legislativo?

El papel de la tecnología

25. Para cada una de las industrias reguladas, ¿cuáles son las tecnologías existentes en cada etapa de la producción?
26. ¿Qué desarrollo tecnológico cambiará la respuesta a la pregunta anterior?

El papel de la ley

27. ¿Qué restricciones le imponen a los reguladores las cinco cláusulas relevantes de la Constitución de los Estados Unidos: Comercio, Supremacía, Contratos, Debido Proceso y la de Tomas?
28. ¿Cuáles son las obligaciones que le imponen al regulador las frases legales comunes de los estados: “justo y razonable”, “conveniencia y necesidad pública” e “interés público”?

Sobre las relaciones de la comisión con otras entidades de gobierno

29. Para cada industria —electricidad, gas, telecomunicaciones y agua— ¿quién debe hacerse responsable de qué elementos de las políticas públicas: Congreso, legislatura estatal, FCC y la FERC?
30. ¿Qué principios determinan el grado adecuado de prescripción legislativa? Esto es, ¿cuándo resulta más conveniente que una legislatura le otorgue a la comisión poderes discrecionales en vez de prescribirle un resultado?

Y estas son las preguntas sencillas. Un grado más arriba están las técnicas como (a) ¿Cuáles son las fortalezas relativas de las tres formas de estimar el retorno sobre el capital: descontando el flujo de caja, el modelo de valoración de activos de capital y la póliza de riesgo? o (b) ¿Cuáles son los componentes del costo marginal a largo plazo? También están las preguntas centrales pero incontestables, como: (a) al comparar opciones para construir plantas de generación a partir de carbón, gas o nuclear, ¿qué precio debemos asumir para el carbón? o (b) ¿cuál será el costo de ofrecer el servicio de banda ancha a cada ciudadano? El regulador decidido también debe dominar estas preguntas.

Aun cuando solo estamos tocando la superficie regulatoria, estas preguntas son esenciales para lograr la efectividad. ¿Por qué es que tantos de nosotros quedamos estupefactos con ellas? Cada una de las profesiones tradicionales del regulador —derecho, economía, ingeniería, contabilidad y finanzas— requiere de un proceso de certificación (examen de la barra locales, tesis para maestrías, disertaciones doctorales y pruebas para licenciarse). Pero ninguna de estas pruebas hace referencia a las 31 preguntas planteadas aquí, y es que, literalmente, no existe disposición oficial que nos obligue a conocer lo básico. Imagine que su ortopedista no pudiera describir los huesos y sus funciones, que su abogado familiar no fuera capaz de elaborar un testamento, que el piloto no pudiera explicar para qué sirve el instrumental de la aeronave, que el conductor del taxi no supiera cómo llegar del aeropuerto al centro o que las profesoras de la guardería no estuvieran capacitadas para prestar primeros auxilios. En estos casos, cualquiera de ellos perdería su licencia y su trabajo. Nuestra profesión carece de estas medidas para probar maestría.

Como lo dice el libro del Deuteronomio, todo está a nuestro alcance. Al lograr la maestría, mantenemos los atributos únicos de la regulación: pericia y objetividad. Sin ellos, existe el riesgo del que el regulador se convierta en otro de tantos organismos públicos sujetos al cabildeo.



16

Los gastos en “Redes Inteligentes”: La respuesta perfecta de una comisión a los siete errores de la empresa que presta el servicio público eléctrico

La Propuesta le pide a los clientes de BGE que tomen un riesgo financiero y tecnológico significativo y adaptarse a cambios categóricos en el diseño tarifario, todo a cambio de ahorros que son básicamente indirectos, altamente contingentes y que se darían en un futuro distante.

Comisión de Servicios Públicos de Maryland, Caso No. 9208, Resolución No. 83410 (21 de junio de 2010).

Como muchas frases de dos palabras (“mercados competitivos”, “apoyo tarifario”, “integridad fiscal”, “regulación *light*”, “pacto social”, “cláusulas de ajuste” y cualquier par de palabras que contienen “reforma”), “Redes Inteligentes” (smart grid en inglés) tiene un sonido sencillo, pero con significados múltiples. La propuesta de Baltimore Gas & Electric (BGE) de 2010, que implicaba un costo de \$835 millones de dólares, tenía cuatro componentes principales: (1) reemplazar o modernizar todos los aparatos medidores de gas y electricidad existentes con medidores “inteligentes”; (2) instalar una red de comunicación bidireccional para enlazar empresa-medidor-cliente-electrodomésticos; (3) implementar tarifas residenciales obligatorias basadas en el horario de uso entre junio y septiembre; y (4) recuperar todos los costos asociados por medio de un sobrecargo previo a la conclusión del proyecto.

En su resolución del 21 de junio de 2010³³, la Comisión de Maryland rechazó sin prejuicios la propuesta. Los procesos relacionados con el cambio climático sacan a flote las pasiones de todos, pero la Comisión fue desapasionada. Esta resolución: (1) alineaba al riesgo con la recompensa, (2) requirió hechos y no esperanzas, (3) reafirmó el tema como uno de servicio al cliente más que de recuperación de costos, y (4) impidió que los asuntos políticos nublaran la objetividad. Esta resolución es un ejemplo de regulación efectiva. (Una resolución subsecuente del 13 de agosto del mismo año aprobó la propuesta revisada, con condiciones).

Las siete estrategias de la empresa prestadora de servicios públicos

El empaque verbal (¿quién puede estar en contra de las “Redes Inteligentes”?) ayuda a vender el producto, pero en la regulación, sus beneficios deben igualar a los costos. La empresa falló esta prueba. Sus siete errores fueron tanto típicos como atípicos. Las comisiones ven casos así todo el tiempo.

Construir un puente a la mitad: Ansioso por iniciar, BGE falló al planear —o al dar a conocer— la ruta completa. La comisión tuvo que terminar de llenar el cuadro al detallar la necesidad “de desplegar un sistema automático avanzado de distribución de control que utiliza sensores integrados, sistemas eléctricos inteligentes, subestaciones automatizadas, transformadores “inteligentes”, herramientas analíticas de modelos computacionales, comunicaciones integradas de alta velocidad y circuitos de distribución reconfigurados” —todo lo anterior omitido en la propuesta de costos de la compañía—.

Subestimación del costo: La empresa prestadora del servicio público argumentaba una razón costo-beneficio 2:3, pero su categoría de costos pasaba por alto algunos elementos esenciales: (1) “los aproximadamente \$100 millones del valor no depreciado de los medidores existentes y que estaban operando en su totalidad, los cuales serían retirados antes del término de su vida útil”; (2) “los aproximadamente \$60 millones necesarios [para]... contar con el nuevo sistema de cobro necesario para implementar el sistema” de tarifas de uso horario; (3) “el costo de dispositivos domésticos, que fácilmente podrían exceder otros \$100 millones”; y (4) el costo de nuevos electrodomésticos capaces de comunicarse con los nuevos medidores. ¿Por qué omitir costos de un cálculo costo-beneficio?

Sobre estimación de los beneficios: Las inversiones en Redes Inteligentes pueden producir dos tipos de beneficios: ahorros operativos (por ejemplo, al sustituir la lectura manual del medidor por una remota), y ahorros en la generación eléctrica (por ejemplo, reduciendo la necesidad de construir capacidad de generación futura y de requerimientos energéticos conforme los usuarios cambian su

³³ http://webapp.psc.state.md.us/Intranet/Casenum/NewIndex3_VOpenFile.cfm?ServerFilePath=C:\CaseNum\9200-9299\9208\59.pdf

comportamiento). Casi el 80% de los supuestos ahorros alegados por BGE (esto es, el 80% del “3” en la razón costo-beneficio de 2:3) provienen de la categoría “ahorro en generación eléctrica” —una categoría saturada de incertidumbres con respecto a los futuros precios del mercados y a las respuestas de los consumidores—.

Exceso de optimismo: El optimismo excesivo es igual al optimismo menos el riesgo: “Mis pros exceden mis contras, supongo, pero tú cubres mi apuesta”. BGE alegaba estar confiado, pero evitaba el riesgo. (“Aun cuando BGE decía estar confiado en que los supuestos que respaldaban su propuesta de negocios eran firmes, la empresa le trasladaba a sus consumidores todo el riesgo en caso de que estos resultaran incorrectos”. Opinión de la Comisión). Los consumidores garantizarían el costo más el beneficio, pero sin que esto estuviera prometido. Esta táctica de “apostar con el dinero de otros” comparte atributos con los del desastre ocurrido en Wall Street en 2009.

Nuevas tarifas al consumidor sin nueva educación al consumidor: El éxito de las tarifas horarias dependen del cambio en el comportamiento de millones de usuarios que solamente han conocido un esquema de tarifas promedio. “Aun así, la propuesta no contiene ningún plan educativo concreto y detallado para los clientes, no incluye orbes (los orbes son indicadores que brillan más intensamente cuando las tarifas suben) u otro tipo de pantallas en los hogares y no proporciona un esquema de mensajes adecuados para que, desde nuestro punto de vista, se pueda provocar el cambio en el comportamiento contemplado en la propuesta” (opinión de la Comisión).

Pago antes de desempeño: La responsabilidad del cliente con respecto a los costos era clara, no así la de la empresa. No había métricas: compromisos específicos de reducir la demanda y medir el uso. BGE olvidó la lección que todo adolescente aprende cuando poda el césped: corta el pasto, córtalo bien, y luego te pagan. En el fondo había un error óptico: veían contribuyentes en vez de consumidores, carteras en vez de gente. Peter Drucker, el investigador erudito sobre administración y liderazgo, y profundo creyente en el capitalismo tenía razón: “Los negocios existen para proporcionar bienes y servicios a los consumidores, y no para proveer trabajos a obreros y administradores, o incluso dividendos a los accionistas”. *El ejecutivo eficaz.*

Canicas: La obligación de servir que tiene una empresa prestadora de servicios públicos incluye la de utilizar la tecnología lo mejor posible y de una manera costo efectiva. Esta obligación es incondicional, pero BGE, al ver la innovación como algo voluntario, le dijo a la Comisión en una palabra “Sin cobro no hay trato”. (No hubo una definición con respecto a alternativas para la recuperación de costos: opinión de la Comisión). Cuando el juego es voluntario, la parte insatisfecha

puede llevarse sus canicas. Pero la obligación de las empresas que proveen servicios públicos de prestar estos bajo parámetros de excelencia no es voluntaria.

La respuesta de la Comisión

Costo-efectividad antes que recuperación de costos: BGE condicionó su disposición a innovar a tener asegurada la recuperación de los costos; la Comisión condicionó la recuperación de costos en su efectividad. El propósito de la regulación es inducir a un desempeño que le sirva al consumidor de forma costo-efectiva. Para lograr este propósito, la comisión debe usar el poder que le otorga el marco legal. De pre aprobar la recuperación de costos, la comisión perdería su capacidad de influencia, pero al condicionar su recuperación al criterio de costo-efectividad, la comisión la mantiene.

El perro que no ladró —“costos futuros hundidos”: La Comisión vio más allá del plan presentado por BGE al preguntarse ¿“qué falta aquí”? No se necesitó a Sherlock Holmes para descubrirlo: varios cientos de millones en costos futuros no reportados, no examinados y no planeados. El riesgo era este: después de gastar los primeros \$800 millones de dólares, BGE podría argumentar que unos cientos de millones más representarían un gasto menor en comparación con sus beneficios, el típico argumento de “ignorar los costos hundidos”. La Comisión acertó: antes de que se hundan, no hay costos hundidos. Se deben poner todos los costos futuros sobre la mesa ahora, y luego comparar ese total con los beneficios.

Los argumentos financieros no verificables no son persuasivos: Al igual que muchas empresas prestadoras de servicios públicos, BGE esgrimió argumentos sobre la “comunidad financiera” y “las agencias calificadoras” para insistir en un sobrecargo. Al referirse a estos “argumentos ya predecibles”, la Comisión dio en el blanco: “Nosotros no estamos en el negocio de tratar de predecir cuál será la reacción de las agencias calificadoras, ni en la de calibrar nuestras decisiones con base en lo que le empresa prestadora de servicios públicos argumenta que las agencias quieren o esperan”.

Puerta abierta, pero con condiciones: La Comisión expresó su “esperanza, e incluso entusiasmo” con respecto a algún tipo de iniciativa de “Redes Inteligentes”, pero se negó a aceptar incertidumbre en lugar de hechos. Así, “invitó” a BGE a regresar, pero solamente si la empresa podía respaldar su confianza con el compromiso de asumir riesgos sobre la confianza mal evaluada. Y al mismo tiempo, la Comisión reconoció que (1) los beneficios futuros siempre son más inciertos que los costos presentes, y (2) que el insistir demasiado en certidumbre socava la innovación. La Comisión afirmó que los clientes compartirán algunos riesgos, pero siempre y cuando sepamos de antemano cuáles son.

Un proceso de toma de decisiones justo y razonable: La frase “justo y razonable” se ha repetido tantas veces que prácticamente ha perdido su sentido. La Comisión de Maryland le dio contenido: “justo” alinea los beneficios con quienes incurrirán en los costos; y “razonable” requiere costos efectivos.

Conclusión

Hay un tipo de regulación conocido como “Si vuelves a hacer eso, te vamos a matar, pero solo por esta vez te lo vamos a permitir” (gracias a Peter Bradford). Pero la Comisión de Maryland hizo lo opuesto: “La respuesta es “no” hasta que nos lo presentes bien”. Bradford tiene una metáfora para referirse a los tres grados de fuerza de voluntad regulatoria: “Rocky”, “Rope-a-Hope” y “Canvasback”. Maryland escogió Rocky.

En su autobiografía Mark Twain escribió: “El fraseo alegre de un cumplido es uno de los regalos humanos más raros, y su entrega feliz es otro”. Espero que este ensayo sea el caso. Felicidades a la Comisión de Maryland.



17

Alfred Kahn, “Profeta de la Regulación”

Nunca he pretendido jugar el papel de receptor pasivo de evidencia.

Alfred Kahn, (al rechazar una moción de recusación como Presidente de la Comisión de Nueva York, presentada por los intervinientes, los cuales se quejaban de su cuestionamiento activo), por Thomas K. McCraw, *Prophets of Regulation: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*

El Dr. Alfred Kahn, quien fuera Presidente de la Comisión de Servicios Públicos de Nueva York, del Panel de Aeronáutica Civil de los Estados Unidos (CAB) y Profesor de Economía en la Universidad de Cornell, falleció en el 2010 a la edad de noventa y tres años. Su vida e influencia, relatada 25 años antes por el ganador del Premio Pulitzer, Thomas K. McCraw en *Profetas de la regulación: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis y Alfred E. Kahn* fue legendaria.

El tratado de Kahn, *La economía de la regulación: principios e instituciones*, sigue siendo una lectura obligada para todos los que estamos en este campo. Mientras me preparaba para mi primer caso de revisión tarifaria —la solicitud presentada en 1979 por Northeast Utilities para un incremento de \$131.5 millones de dólares en las tarifas eléctricas en Connecticut— me encontré con esta obra maestra en la venta de libros usados de mi biblioteca local. La obra me fue de mucha utilidad para encontrar mi camino por el bosque de términos aún desconocidos para mí como “año base”, “base tarifaria” y “precios a costo marginal”. Años después, por fin me decidí a leer las seiscientas páginas del libro: cinco páginas cada noche durante cuatro meses. Ahora mi ejemplar comentado y subrayado se encuentra junto a mi escritorio como libro de consulta para cuando

necesito una explicación perfecta a cualquier problema económico, el cual fue inevitablemente resuelto por Kahn hace cuarenta años.

Sinceridad y humor: En su carácter de responsable de combatir la inflación durante el gobierno del Presidente Carter, Kahn advirtió que vendría “una depresión honda, muy honda” si los incrementos en los precios continuaban. El pesimismo que infundía su frase enfureció a su jefe, por lo que el economista decidió darle un giro y sustituirla por otra: “Corremos el peligro de tener el peor plátano de los últimos cuarenta años”³⁴. Cuando las empresas relacionadas con el plátano se quejaron, cambió el término a “naranja china”³⁵. (La reticencia de los plataneros recuerda a la de los productores de salchichas, ofendidos por las comparaciones con el proceso legislativo, pues al contrario de este, alegaban, en la fabricación de salchichas sí se seguía estándares de calidad, pues solo una persona está a cargo y prohíbe incluir ingredientes no relacionados)³⁶.

Decencia y franqueza: Kahn era profundamente decente, pero no aguantaba a los tontos. Durante la investigación sobre la competencia minorista de electricidad de 1995, el Departamento de Control de Empresas que prestan Servicios Públicos de Connecticut me pidió que interrogara a al Dr. Kahn, quien era testigo a favor de la empresa. No fue un momento brillante en mi carrera, pues los abogados ponemos a prueba el razonamiento de los testigos al plantear preguntas hipotéticas, por lo general en la forma: “si XYZ, ¿entonces qué?” Molesto por una de estas preguntas —pues contenía un supuesto que él consideraba poco realista— Kahn me respondió “Si mi abuelita tuviera ruedas, sería bicicleta, ¿y qué con eso?”.

Conexión teórica con la práctica: A mediados de la década de 1960, las aerolíneas inventaron las “tarifas para jóvenes”, y el acceso a estos descuentos dependía de la disponibilidad de último minuto de asientos libres. El subcapítulo en el que Kahn aborda la discriminación de precios, considera que esta idea es excelente en teoría pero problemática en la práctica: “Varias compañías encontraron que el costo marginal del programa estaba muy por arriba de cero. Descubrieron un incremento en el tiempo empleado por sus agentes contestando preguntas sobre las posibilidades de encontrar un espacio en listas de espera, una mayor congestión en los mostradores de venta de boletos y enojo por parte de los clientes regulares quienes encontraban ofensiva la vestimenta, peinado, higiene y comportamiento de sus nuevos compañeros de viaje”³⁷. Alguna vez Irwin Stelzer, quien fuera alumno de Kahn y prominente economista, le dirigió

³⁴ <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,919922,00.html>

³⁵ <http://www.bloomberg.com/news/2010-12-28/> (Alfred Kahn, Who Oversaw Airline Industry Break-Up for Carter, Dies at 93)

³⁶ Ver a R. Pear “Si tan solo las leyes fueran como las salchichas”. *The New York Times* (4 de diciembre de 2010). http://www.nytimes.com/2010/12/05/weekinreview/05pear.html?_r=0.

³⁷ Alfred Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, vol. I, p. 76, nota 28.

una carta a Kahn, entonces Presidente de la CAB, después de uno de sus vuelos, en la cual se quejaba de “un hippy algo apestoso y descalzo” que se sentó en su fila, a lo que Kahn contestó: “Muchas gracias por su carta. Estoy seguro de que entenderá que no sería adecuado que emitiera un fallo al respecto hasta que no reciba comentarios del hippy. Firmado: Alfred E. Kahn, Presidente”³⁸.

Tres grandes ideas

Kahn formó parte de ese selecto grupo de reguladores designados únicamente con base en sus conocimientos, intelecto e independencia. (Mientras fue Presidente de la Comisión de Nueva York tenía un letrero colgado en su oficina que decía “Tengo una plaza vitalicia en Cornell”). En el trabajo que desarrolló a lo largo de su vida, se destacan tres grandes ideas:

En primer lugar somos reguladores, y después expertos en el sector: Kahn dejó su huella en todas partes: aerolíneas, electricidad, transporte terrestre, gas y telecomunicaciones. Los principios económicos que determinan la necesidad y el valor de la acción regulatoria aplican sin importar las particularidades de las industrias. Como dijo cuando se convirtió en Presidente de la CAB: “En realidad no se distinguir entre un avión y otro. Para mí todos son costos marginales con alas”³⁹.

Las decisiones con respecto a la estructura de mercado requieren de hechos, no de fe; de intelecto, no de ideología; de flexibilidad, no de nociones fijas. Declaró que “la responsabilidad central y continua del legislativo y de las comisiones regulatorias” es “encontrar la mejor mezcla posible entre una regulación inevitablemente imperfecta y una competencia inevitablemente imperfecta”⁴⁰. Hay quienes han torcido esta cita para dar a entender que “la competencia imperfecta es mejor que la regulación perfecta” —una cita cuya certeza y arrogancia están muy alejadas de la humildad y fijación en los hechos que tenía Kahn.

Los reguladores efectivos no presiden, lideran. Kahn aplaudiría a las comisiones que hoy día crean sus propios procesos, ya sean con respecto al acceso a la banda ancha, eficiencia energética, diseño tarifario, contratos de gas natural, infraestructura hidráulica o energías renovables. Le preocupaba que:

la regulación ha sido un proceso negativo, donde la iniciativa proviene de las compañías mismas; ... procede de forma casuística, en temas usualmente enmarcados y un expediente creado por las partes en disputa y no con respecto a las ocasiones y asuntos formulados por

³⁸ <http://www.silicon-flatirons.org/documents/conferences/2008.09.05-207/KahnResponse.pdf>

³⁹ <http://www.bloomberg.com/news/2010-12-28/alfred-kahn-who-oversaw-airline-industry-break-up-for-carter-dies-at-93.html>

⁴⁰ Alfred Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, vol. I, p. xxxvii y vol. II, p. 114 (1970, 1988).

la misma autoridad y en sus propios términos, con base en juicios independientes sobre las preocupaciones públicas [; de tal manera que] la función del regulador termina siendo primordialmente contenciosa más que ejecutiva o legislativa[,]... limitada por elaboradas reglas de evidencia diseñadas, principalmente, para proteger los intereses de los litigantes privados en vez de la formulación de política pública a cargo de entidades expertas [;]... [con decisiones] frecuentemente tendientes a degenerar en concesiones pragmáticas y tímidas entre los intereses privados en conflicto⁴¹.

De forma más oscura, advirtió que reaccionar en vez de liderar procesos, produce una espiral descendente:

Siempre ha existido un estereotipo en la sabiduría popular de la política con respecto a que un burócrata está permanentemente listo para ejercer su autoridad arbitrariamente. Sin embargo, existe el peligro mucho mayor de que frecuentemente una personalidad de segunda e insegura, que muchas veces encuentra su camino dentro de la burocracia, no tendrá el carácter necesario para ejercer su autoridad y buscará ansiosamente satisfacer a la mayor cantidad de intereses posibles. Este temor a ofender, junto con la disposición a ser complaciente y a escuchar con el objetivo de ser 'justo' y 'razonable', entumecerán los músculos de su voluntad, y lo que empezó como complacencia, puede terminar en corrupción⁴².

Alfred Kahn fue un tesoro nacional y un tesoro intelectual para todos. Kahn fue maestro, autor, regulador y administrador, pero, sobre todo, un pensador.

⁴¹ *Ibíd.*, vol. II, p. 87.

⁴² *Ibíd.*, p. 88 n.122 (citando a L. Jaffe "El Escándalo en las Licencias de TV", *Harper's Magazine*, CCXV: 77 (1957)).

TERCERA PARTE

Presiones políticas

Aun con todos los atributos y acciones correctas, los reguladores enfrentan obstáculos. La política, tanto en su forma positiva como negativa, es una constante. Existe el riesgo de captura regulatoria: “un estado de ser persuadido” más por la identidad propia de los intereses privados que por sus méritos. La presión política puede ser diluida o magnificada a través del lenguaje. Como lo ilustra la guerra de palabras que se ha extendido por décadas entre “competencia” y “regulación”, el lenguaje puede iluminar u oscurecer, dependiendo de la motivación del orador. Los intereses privados visten sus posturas económicas en trajes de interés público, obligando a los reguladores a obtener posgrados en el arte de desvestir. Al igual que Julia Child, el regulador efectivo debe “dominar el arte” de identificar estos obstáculos y de darles la vuelta.



18

“Política”: Las versiones pública y privada

Política, sust. Conflictos de intereses disfrazados como una disputa de principios.

Ambrose Bierce, *El Diccionario del Demonio*

La regulación de empresas que proveen servicios públicos se presenta en dos formas: como *políticas a favor del interés público* —la obligación del regulador de hacer concesiones entre objetivos meritorios, pero en conflicto; y *políticas a favor del interés privado* —las presiones que reciben los reguladores de una mezcla creciente de actores que buscan beneficios particulares. Cuando estas se aplican a la misión regulatoria a favor del interés público, una robustece y la otra socava. Entender esta distinción resulta esencial para la regulación efectiva.

En este ensayo propongo una clasificación de los muchos componentes políticos de la regulación, y distingo entre la toma de decisiones de la comisión y el proceso legislativo. En el siguiente discuto cómo es que la regulación efectiva aprovecha al máximo la creciente dimensión política de la regulación.

La política que persigue el interés público

Las comisiones hacen política a favor del interés público al ejercer sus facultades discrecionales: El marco legal contiene frases amplias como: “justo y razonable”, “discriminación indebida” e “interés público.” La amplitud verbal permite discrecionalidad para formular política. El ejercicio de la discrecionalidad es un acto político: utilizar los poderes del gobierno para crear derechos y obligaciones, asignar costos y beneficios, así como establecer expectativas y consecuencias. Esta discreción viene acompañada de restricciones legales.

Cualquier decisión ilógica y no basada en hechos sería “arbitraria y caprichosa”, y por tanto, ilegal). Pero dentro de estas limitaciones, debemos considerar las muchas opciones políticas:

“*Justo y razonable*”: Para el retorno sobre el capital, cuál: ¿la parte superior o inferior de la “zona razonable”? Para el diseño tarifario, ¿el costo integrado promedio o el costo marginal de largo plazo? ¿Precios de escasez para inducir nueva oferta y amortiguar la carga, o precios promedio para generar simplicidad y reducir la volatilidad?

“*Discriminación Indevida*”: ¿Es necesario otorgarle a los clientes comerciales e industriales tarifas descontadas por debajo de los costos intrínsecos (lo que implican que esta diferencia se traslada a los clientes residenciales) para mantenerlos dentro del sistema? ¿Descuentos para los clientes de bajos recursos (cubiertos por los consumidores más prósperos)? ¿Programas de eficiencia energética pagados por todos, pero que benefician solo a unos cuantos?

“*Interés Público*”: ¿Conviene aplicar sobre-cargos (técnica utilizada para costear programas públicos sin necesidad de “aumentar” impuestos) para financiar programas de mejoras ambientales, capacitación de personal necesaria debido a despidos provocados por fusiones, o inversiones para investigación en tecnologías experimentales?

Este tipo de opciones son el pan y la sal de la regulación a empresas que prestan servicios públicos. Todas ellas son opciones políticas, pues asignan derechos y responsabilidades, cargas y beneficios entre ciudadanos. Estas reflejan las tensiones inherentes en cualquier decisión de política pública: tensiones entre lo técnico y lo equitativo, entre el largo y el corto plazo, entre lo rural y lo urbano, entre clientes grandes y pequeños, antiguos y nuevos, entre inversionistas y consumidores y entre accionistas y prestamistas. La naturaleza inherentemente política de la regulación no debe causar sorpresa, pues las comisiones ejercen poderes legislativos, aunque en ocasiones empleen procesos de tipo judicial⁴³.

El Poder Legislativo hace política a favor del interés público cuando define los poderes y determina los recursos de una comisión. Desde el punto de vista del interés público, el aspecto central de la regulación es el desempeño a requerir de las empresas que prestan un servicio público: qué productos y servicios, y con qué estándares de excelencia. Para responder a ello, el legislativo debe primero decidir qué resolverá él mismo y qué delegará: ¿Cuáles decisiones se deben quedar en manos de quienes deben enfrentar a los electores, y cuáles en aquellos cuyas herramientas son la pericia, los hechos y los procesos formales?

⁴³ Con respecto al carácter legislativo de la regulación, ver el Ensayo 11, *Las comisiones no son tribunales ni los reguladores jueces*, y el Ensayo 33, *Legislativo y comisiones: ¿Qué tan bien trabajan juntos?*

Una vez que el legislativo le delega poderes a la comisión, este debe atender tres preguntas más: ¿Qué tanto y qué tipo de intervenciones por parte de la comisión son necesarias para asegurar un desempeño sobresaliente de la industria? ¿Cuáles deben ser las facultades de la comisión para premiar o sancionar? y ¿Qué recursos y flexibilidad debe tener la comisión para desarrollar la pericia, la capacidad de recolección de información y los procesos necesarios para servirle al interés público?

La pregunta más general que debe atender el legislativo es si se debe regular. Este se debe cuestionar constantemente: ¿Cuál es la estructura industrial más efectiva para inducir la rendición de cuentas en nuestras industrias de infraestructura? O como el Profesor Alfred Kahn escribió de manera memorable en *La economía de la regulación*, ¿cuál es “la mejor mezcla posible entre una regulación inevitablemente imperfecta y la competencia inevitablemente imperfecta”? Un principio seleccionado de “la mejor mezcla posible”, por ejemplo, reducir la regulación cuando la competencia efectiva, o restablecerla cuando se debilita, es una decisión “política”, pues afecta a las partes interesadas. Pero el interés de estas en el resultado no debe desviar el propósito legislativo de promover el interés público sobre el interés privado.

La política de los intereses privados

La amplia discrecionalidad con la que cuenta la comisión atrae presiones de los intereses privados. Esta flexibilidad que le otorga el marco legal es un arma de doble filo, pues le da cabida a juicios políticos legítimos, pero también invita a que los intereses privados aleguen actuar a favor del interés público. Ejemplos: (1) Una empresa que presta servicios públicos insiste que solamente con una rentabilidad del 14% (un deseo de interés privado) se podrá evitar que su calificación crediticia se deteriore (una preocupación de interés público); pero termina por aceptar un 12.5% (dejando al descubierto que su argumento a favor del interés público es en realidad un rey desnudo). (2) Hay dueños de plantas de generación que argumentan que los precios por arriba del mercado (un deseo de interés privado) son necesarios para permitir la entrada de nuevos jugadores (una preocupación de interés público), alegando además que los precios de escasez inducen a un consumo eficiente (otra preocupación de interés público), pero no ofrecen datos sobre la elasticidad de la demanda (lo que podría evidenciar la debilidad del argumento de interés público). Resulta frecuente ver que los clientes industriales soliciten descuentos que llevan a una tarifa por debajo la que resultaría de una correcta asignación de costos (un deseo de interés privado), alegando que sin esta reducción tarifaria, abandonarían el servicio, lo que implicaría que los demás usuarios tendrían que asumir la totalidad de los costos fijos (un argumento de interés público), pero sin mostrar pruebas sobre dónde irían (evidencias que expondrían la fuerza o debilidad de su argumento).

Con estos ejemplos no pretendo desechar a la totalidad de los muchos argumentos legítimos que existen de este tipo, pero los aquí mencionados son ejemplos del mundo real.

En respuesta a las presiones privadas, los legisladores pueden hacer que regulación sea más o menos efectiva. La estrechez legislativa reduce la discreción de la comisión. La ley de un estado llega incluso a especificar los tipos de compañías que los reguladores pueden utilizar como “comparables” para establecer el retorno sobre la inversión de las empresas que proveen servicios públicos. Otras leyes especifican los costos que se pueden recuperar de forma acelerada o garantizada. Estas disposiciones legales, consecuencia de la presión ejercida por intereses privados, restringen el actuar e inclinan los resultados, pues no se basan en la pericia y recolección de hechos que normalmente utiliza la comisión.

Al reducir la discrecionalidad de la comisión, la legislación también puede limitar la rendición de cuentas de las empresas. Otorgar “incentivos” patrocinados por los consumidores, sin antes definir las obligaciones de los proveedores del servicio, provoca que los primeros paguen extra para lograr un desempeño que ya se encuentra inherente en la obligación de servir. Reducir la regulación en el nombre de la “competencia”, sin contar con pruebas de la efectividad de esta, provoca un efecto doble, pues deja al consumidor en una posición de mayor vulnerabilidad y, a la vez, daña el buen nombre de la “competencia”. Estos no son resultados que favorezcan al interés público.

Conclusión

Los intereses públicos y privados son como círculos booleanos con bordes difusos: Se traslapan pero no coinciden. En comparación con las industrias a las cuales regulan, las comisiones y el legislativo están sobrecargadas de trabajo y en desventaja con respecto a la información que poseen. En este contexto, la efectividad requiere de curiosidad, estado de alerta y escepticismo continuos.

19

“Política”: ¿Cómo pueden responder los reguladores?

La política es la parte más difícil de mi trabajo.

Un comisionado de la costa del Atlántico

En el **Ensayo 18** describí dos tipos de política regulatoria: *la del interés público* —la necesidad de hacer concesiones entre dos metas meritorias pero en conflicto; y *la del interés privado* —las presiones de fuerzas que buscan beneficios particulares. Una robustece y la otra limita la misión regulatoria a favor del interés público.

El regulador efectivo puede resolver las tensiones del interés público con herramientas tradicionales: hechos, lógica, disposiciones legales, explicaciones claras y siguiendo el proceso adecuado. ¿Cómo hacerlo? A continuación algunas sugerencias.

Explique las concesiones

Los apagones ocurren, el agua se tiene que purificar, incluso los tonos de marcación fallan. Los sistemas perfectos son muy caros, así que los reguladores tienen que hacer concesiones. Pero cuando estas decepcionan, la presión de los intereses privados aumenta.

En las decepciones regulatorias, como en las humanas, el entendimiento ayuda a la aceptación, y la explicación ayuda a entender. Podemos hacer más explicando. Ken Costello ha observado que en el diseño tarifario —repleto de múltiples objetivos en competencia— las concesiones de los reguladores son frecuentemente ad hoc, implícitas y reactivas a las presiones de los grupos de interés. “Con el tiempo, las políticas se vuelven impredecibles, de ahí que su

credibilidad se disminuya” *Decision-Making Strategies for Assessing Ratemaking Methods: The Case of Natural Gas* (NRRI 07-10) (<http://nrri.org/pubs/gas/07-01.pdf>), pp. 23-25. Por eso, recomienda que al inicio de cualquier proceso, las comisiones identifiquen y sopesen los objetivos de forma sistemática y explícita. Repetir esta práctica en cada proceso moderará las expectativas de los intereses privados al poner a las partes en los zapatos del regulador.

Canalice a los intereses privados hacia las metas de interés público

Ningún defensor racional de los intereses del consumidor residencial quiere que una empresa que preste servicios públicos sea débil e incapaz de modernizar su infraestructura. Ningún inversionista racional busca empresas indisciplinadas que pretendan recuperar costos imprudentes. Incluso los conductores más agresivos están a favor de semáforos para prevenir accidentes, o quienes se dividen la cuenta en un restaurante buscan que haya reglas claras antes de comer para evitar el cobro de precios inflados o escondidos. En la regulación de servicios públicos, como en toda regulación, el satisfacer el gusto de todos los agentes no le hace bien a nadie.

Ninguna fiesta es totalmente privada. Tenemos la tendencia de ver a todos los que intervienen dentro de un espectro, en el cual cada parte interesada ocupa un lugar particular. Esto es un error óptico que se magnifica en la sala de audiencia de la comisión debido a la ética propia de la abogacía. El abogado del consumidor industrial tiene la obligación de defender únicamente los intereses de clientes industriales, el abogado de los accionistas de una empresa prestadora de servicios públicos, solamente a los accionistas. Pero cada consumidor industrial, accionista, e incluso el ciudadano individual, es una combinación de consumidor-productor-contaminante-ambientalista-inversionista-trabajador. Michael Dworkin, ex Presidente de Órgano Regulador de Vermont, cuenta sobre una audiencia acalorada con respecto a la propuesta de instalar una línea de transmisión de Quebec a Boston, en la que la oposición reflexiva de los agricultores se calmó cuando alguien dijo “si la gente de Boston no tienen energía para que sus refrigeradores funcionen, no podré vender mi leche.”

Se vuelve tarea de la comisión sostener el espejo, mostrar los intereses en común y describir las consecuencias que tendría ajustarse sin reservas a los intereses de cada una de las partes. Al anclar cada proceso en el interés público —obligándole a estas a atender al interés público en vez de los intereses privados— el regulador puede influenciar las expectativas privadas, transformar las posiciones en perspectivas, y producir mejores resultados.

La alternativa no es atractiva. Analice los grandes eventos regulatorios: recientes e históricos, de empresas que prestan servicios públicos y de las que no. La variable que constantemente distingue al éxito del fracaso es la proporción entre satisfacer los intereses privados e insistir en el interés público.

Cree una cultura de compromiso con el largo plazo

Comparé dos afirmaciones hipotéticas:

1. En cien años la gente necesitará respirar.
2. A partir del 2016, el consumo de la electricidad generada con base en fuentes de carbón, deberá pagar por el costo de contaminar.

Nadie está en desacuerdo con la primera afirmación, pero muchos no están de acuerdo con la segunda. El interés privado se magnifica cuando se enfatiza la inmediatez, pero lo opuesto también es cierto. Entre más de largo plazo sea la perspectiva, menores serán las diferencias. Considere las disputas inter regionales con respecto a la asignación de costos de transmisión. Pensar en el largo plazo permite las concesiones intergeneracionales, pues en un periodo de 20 años, las altas y bajas se pueden balancear, pero en un periodo de 5 años, todo proyecto va a tener un oponente.

No es sencillo para los reguladores jugar la carta del largo plazo. El periodo promedio de un comisionado es de poco menos de cuatro años, por lo que la tendencia de evitar los costos de corto plazo a costa de los beneficios a largo plazo, resulta entendible. Charles Stalon, la leyenda regulatoria que fungió como comisionado en Illinois y en la Comisión Federal de Regulación Energética (FERC), describió el problema con los siguientes acrónimos en inglés: NIMBY (Not In My Backyard, no en mi patio trasero) y hay NIMTOO (Not In My Term Of Office, no durante mi periodo).”

Hay excepciones. La comunidad regulatoria ha sido bendecida con varias docenas de comisionados (muchos de ellos en puestos de liderazgo) que están cumpliendo su segunda década de servicio. Los gobernadores pueden ayudar en este respecto: Yo conocí a uno que cada año le decía al presidente de su comisión “Tú ocúpate del largo plazo.” Y en cada estado existe una infraestructura de profesionales con una visión de largo plazo: personal de la comisión, defensores de los usuarios o de los clientes industriales y abogados de las empresas que prestan servicios públicos, los cuales pasan más tiempo discutiendo entre ellos en las salas de audiencia, que con sus familias en las salas de su casa. Las empresas que prestan servicios públicos son las que tienen periodos de vida más largos —tienen el derecho de prestar servicios de forma exclusiva, y la obligación de servir— mientras su desempeño se mantenga alto.

Por consiguiente, existen los elementos necesarios para una cultura de compromiso con el largo plazo. Esta perspectiva no es ni ingenua ni impensada. Aquellos lectores que hayan tenido familiares que vivieron la Segunda Guerra Mundial, sabrán que las libertades políticas y oportunidades económicas actuales le deben mucho a la generación que compró bonos de guerra, recicló latas de aluminio, racionó comida y combustibles y que entregó sus vidas. La regulación con orientación de largo plazo no es menos importante.

Los reguladores pueden ser líderes políticos en el mejor sentido de ambas palabras. Políticos al resolver entre alternativas de forma franca y líderes al persuadir a los usuarios de hoy a invertir en los del mañana. Pueden decir “Si el uso que nuestra generación le da a la infraestructura la debilita, es nuestro dinero el que la debe reconstruir. Si nuestro consumo degrada la calidad del aire, son nuestras inversiones las que la deben restaurar.”

Conclusión

Al explicar públicamente las concesiones que se hacen, canalizar a los intereses privados hacia las metas del interés público, y crear una cultura de compromiso de largo plazo, el regulador implementa la mejor estrategia a su alcance para desarrollar políticas orientadas al bien común y evitar las presiones que ejercen los intereses privados. Todo esto apela a las fortalezas de una comisión: pericia, objetividad y la obligación legal de favorecer al interés público.

¿Y qué hay de los avenimientos? El término “concesión” resulta problemático y ambiguo debido a su uso excesivo. Hacer concesiones entre valores de interés público en conflicto es un avenimiento legítimo, pero el alejarse de los principios no, pues eso implicaría claudicar. Esta distinción se traduce en varias recomendaciones para los reguladores:

1. Avenir en cuestiones técnicas, no en propósitos.
2. Avenir en ritmo, no en principios.
3. Avenir en el ángulo del cambio, no en su dirección.
4. No avenir entre intereses privados que divergen del interés público, sino entre aquellos componentes inherentemente conflictivos del interés público.

20

¿Es real la “captura regulatoria”?

Durante mis ochenta y siete años he sido testigo de una secuencia total de revoluciones tecnológicas. Pero ninguna de ellas ha eliminado la necesidad de que los individuos tengan carácter o la habilidad para pensar.

Bernard Baruch

Tres conversaciones recientes sobre “captura regulatoria” llevaron a tres decisiones diferentes.

“Perderemos nuestros empleos”

Un grupo de comisionados y su personal se sintieron frustrados por la falta de respuesta de su empresa prestadora de servicios públicos, la cual alegaba “preeminencia federal” para oponerse a las decisiones de la comisión estatal. Así, la comisión ya no era el padre que pone las reglas, sino alguien que estaba en la terapia familiar de la FERC.

Las estrategias de la comisión fueron las ya conocidas: reunirse para discutir con la empresa y apelar a la FERC. Pero, ¿por qué seguir esa ruta? Ciertamente el derecho de la empresa a prestar el servicio estaba contemplado en el marco legal y la concesión se otorgó sin fecha de caducidad. ¿Por qué no mejor permitir la entrada de otras empresas más abiertas que compitieran por desempeñar ese papel? O una opción parcial —como la adoptada en Hawái, Maine, Oregón y Vermont— que, frente a la falta de compromiso de las empresas prestadoras de servicios públicos, trasladaron las funciones de eficiencia energética a entidades independientes, también reguladas por la comisión y seleccionadas de forma

competitiva. Así, el riesgo de perder un ingreso estable por muchos años, sacudiría a cualquier empresa establecida, obligándola a ser más receptiva.

“No mientras yo esté aquí” dijo el Comisionado Presidente, pues “todos nos quedaríamos sin trabajo”.

¿Encontrar a la mejor compañía para realizar este trabajo les costaría el empleo a los comisionados? Esto implicaba ceder muchísimo y además entraba en conflicto con lo que ahora es casi rutinario: la aprobación de fusiones. ¿Por qué? Porque cuando una empresa prestadora de servicios públicos regulados quiere cambiar al dueño de la concesión (como ocurre cuando una compañía externa pretende adquirir a la empresa local), las comisiones aprueban esto de forma rutinaria y sin que ningún comisionado pierda su trabajo. Pero si es la comisión quien decide cambiar al concesionario, el asunto se convierte en una papa caliente inmanejable.

Cuando el motivo para la acción —u omisión— regulatoria es salvar el trabajo y no servir al consumidor, entramos en la ruta de la captura regulatoria.

“Ya están capturados y no pueden ser rescatados”

En otro estado, los legisladores, consternados e indignados por el desempeño frente a los apagones constantes de la empresa prestadora de servicios públicos, culparon a la comisión por su incapacidad de establecer estándares y castigar su incumplimiento. Yo sugerí que mejor le dieran más apoyo a su comisión: más personal y con más experiencia, mejores salarios y más respaldo político para tomar decisiones difíciles.

Un legislador estatal dio tres respuestas, dos negativas y una positiva. Otorgar más recursos no era “políticamente posible”, pues la legislatura no iba a incrementar el gasto público. Pero unos momentos antes él mismo había hecho un cálculo rápido en el que estimaba en los cientos de millones de dólares las pérdidas para sus representados tan solo en negocios perdidos y comida congelada echada a perder debido a los apagones de ese verano. Entonces ¿cómo es que no era “políticamente posible” —con base en un liderazgo paciente y tomando algunos riesgos— gastar, digamos, 5% de ese número recién calculado para reducir a la mitad la probabilidad de los incidentes que provocan estas pérdidas? Todo sale del mismo bolsillo, así que ¿por qué darle prioridad a reducciones de gastos de corto plazo, cuando este mismo gasto ahorraría mucho más dinero a largo plazo?

En cualquier caso, dijo, fortalecer a la comisión era inútil, ya que esta estaba “capturada” pues no era lo “suficientemente dura”. Este argumento resultaba menos que convincente. ¿Para un externo, poco avezado en el derecho y procesos regulatorios, es fácil pretender que una comisión sea más “dura” al demandar un mejor desempeño y que castigue con más firmeza. Pero “dureza” no es un término legal; “dureza” espanta a los inversionistas, y a estos, las comisiones no

los controlan. Su razonamiento además tenía una laguna. Este legislador había votado a favor de incrementar las multas diarias por apagones, pero también por mantener la discrecionalidad para imponerlas a una comisión a la que acababa de llamar “capturada”. Yo sugerí que la mejor solución era fortalecer a la comisión, para que así su credibilidad forjara una cultura de desempeño. Esta credibilidad sería aún mayor si la comisión tuviera entre sus facultades la de reemplazar a una empresa prestadora de servicios públicos que se desempeñara por debajo de los parámetros establecidos (ver arriba). Esto nos trajo de vuelta al argumento de “eso no serviría de nada, pues están capturados”. Así, al conceder la “captura”, él mismo estaba siendo capturado.

Habiendo descartado tanto a la legislatura como a la comisión, optó por los ciudadanos. Él sugería crear un cuerpo de ciudadanos para retirar cableado y árboles caídos y conectar nuevamente las instalaciones dañadas. “¿Qué tan difícil puede ser eso?” argumentó. Pero (a) un trabajo peligroso se le debe dejar a los profesionales entrenados para ello; y (b) el dispersar estas actividades entre grupos de ciudadanos empañaría la responsabilidad de la empresa prestadora de servicios públicos, cuando lo que necesitábamos era reforzar su obligación de rendir cuentas.

“Evitaremos la captura por medio de un mejoramiento continuo”

Este tercer encuentro resultaba mucho más prometedor. Al reconocer que el riesgo de captura es real, este grupo de comisionados miró hacia dentro. A todo el personal, desde los veteranos con más de treinta años de servicio, hasta los novatos con menos de seis meses, les dieron el siguiente mensaje: “Ejerceremos toda nuestra autoridad estatutaria y habilidad profesional para exigir excelencia, tanto dentro de nuestra organización como en las empresas que regulamos. Esto lo lograremos poniéndonos en un camino de mejora interna tan riguroso, disciplinado, transparente, decidido y optimista, que convenceremos a las empresas reguladas, a los legisladores y a los tribunales que no solo merecemos su respeto, sino su deferencia”.

* * *

A partir de estas tres conversaciones, podemos desarrollar una definición de “captura regulatoria”, identificar las señales de alarma y los mecanismos para hacerle frente.

¿Qué es la captura regulatoria?

“Captura regulatoria” es una frase sonora y utilizada de forma demasiado casual. Pero dado a que es hiperbólica, se le descarta con ligereza excesiva. A continuación intento definirla, a fin de que pueda ser detectada, medida y evitada.

La “captura” es una forma extrema de persuasión. Persuadir implica obtener lo que busca el que persuade. Ser persuadido conlleva a dar lo que aquél pretende. Así, el estar capturado implica estar inmerso en un estado de “persuasión constante” derivado de la identidad de quien persuade y no de sus argumentos.

La captura regulatoria no es una persuasión ilícita, como sí lo es el soborno, la amenaza de bloquear la ratificación, o la promesa de un empleo futuro. Todas estas cosas ocurren, pero son formas de corrupción, no de captura. Tampoco es captura regulatoria aquel estado de control donde los reguladores son robots que ejecutan las órdenes que reciben de los grupos de interés.

La captura regulatoria no es ni corrupción ni control, sino un exceso de pasividad y reactividad, así como un déficit de curiosidad y creatividad. Es el conjunto de acciones u omisiones de una comisión (en términos de recursos, procesos, prioridades y políticas) que da como resultado que lo que buscan las empresas prestadoras de servicios públicos tenga más influencia que lo que el interés público requiere. La captura regulatoria está definida por la actitud del regulador, no por la acción de los regulados. El verbo “capturar” indica un esfuerzo afirmativo “de mantener a alguien cautivo”; pero el sustantivo “captura” y el verbo pasivo “ser capturado”, indican un estado del ser. Uno puede entrar en ese estado por medio de las acciones u omisiones propias. Uno puede permitir ser capturado, así como ayudar a y sostener el estado de captura.

Si la captura regulatoria es un estado del ser, ayudado y sostenido por el cautivo ¿qué responsabilidad tienen otros actores? Mucha. La captura regulatoria es permitida por aquellos que la ignoran, toleran, aceptan o promueven: los legisladores que le asignan un presupuesto insuficiente a la comisión o que restringen su autoridad; los gobernadores que designan comisionados que no están preparados para desempeñar ese trabajo; los funcionarios responsables del área de recursos humanos que clasifican a los puestos y salarios con base en criterios tan antiguos que ya no responden a las necesidades actuales; los participantes que ven a los procesos regulatorios como concursos de ganar o perder y no como elementos en la construcción de un edificio de políticas públicas. Estas acciones u omisiones alimentan a una selva donde los árboles del interés privado crecen muy por encima de las necesidades públicas.

* * *

La captura regulatoria es real. Este ensayo describió tres conversaciones, donde cada una lidia de forma distinta con este reto. Estas ayudaron a definir la captura regulatoria de tal forma que nos permitan detectar su presencia y sus fuentes. En el próximo ensayo plantearé dos preguntas con respecto a la captura regulatoria: ¿Cuáles son las señales de alarma? y ¿qué podemos hacer al respecto?

21

“Captura regulatoria”: ¿Cuáles son las señales de alerta?

El escepticismo profesional es una actitud que incluye una mente que cuestione y una evaluación crítica de la evidencia. El escepticismo profesional incluye una mentalidad en la que los auditores no asumen que la administración es deshonesta, ni incuestionablemente honesta.

Oficina de Rendición de Cuentas del Gobierno de los Estados Unidos,
Estándares de Auditoría Gubernamental, Sección 3.61

En el ensayo anterior definí el término “captura regulatoria” como un estado de “presión constante”, donde esta fuerza persuasiva se basa en la identidad de quien la ejerce y no en hechos y méritos objetivos.

En este ensayo describiré cuáles son las señales de alarma. Dentro de cada una de las siguientes cinco categorías hay condiciones o prácticas que contribuyen, reflejan o perpetúan la captura.

Visión y prioridades

1. Los líderes de las comisiones evitan plantear las grandes preguntas: ¿cuáles son los productos que mejor sirven al público? ¿Cuáles son los estándares de desempeño con los que deben cumplir las empresas prestadoras de servicios públicos para entregar estos productos? ¿Cuáles son los rangos de precios necesarios y suficientes para apoyar estos estándares? ¿Cuáles son las estructuras de mercado que traerán consigo estos productos, desempeño y precios? Dentro de estas estructuras de mercado ¿qué esquema corporativo inducirá a que los ejecutivos,

administradores y profesionales de las empresas prestadoras de servicios públicos regulados produzcan estos resultados?

2. Los recursos de la comisión están sobre asignados para procesar peticiones de las partes y sub asignados para darle seguimiento a las prioridades de la comisión. (Esto no necesariamente es la culpa de la comisión, dado que cuando los plazos legislativos se combinan con una falta de fondos legislativos, el volumen de trabajo tiende a estar dominado por lo que los otros quieren y no por lo que el público necesita. Ver el siguiente punto).
3. Los plazos legales son asimétricos: Si el día en que se cumple el plazo no hay respuesta a la solicitud de una empresa prestadora de servicios públicos, aplica la afirmativa ficta; en cambio, la ausencia de respuesta a la queja de un cliente implica una negativa ficta.
4. La comisión carece de un programa interno de mejora continua: uno que contemple para cada departamento, tanto para su director como para los empleados, un plan de desarrollo profesional específico; un programa cuyos recursos e inercia no estén a expensas de la carga de trabajo de la comisión.
5. No es práctica común que la comisión recomiende cambios legislativos encaminados a fortalecer su habilidad para mejorar el desempeño de la industria en cuestión.

Audiencias y procesos

6. En los procesos que lleva a cabo la comisión, las partes enfatizan sus posiciones por encima de las perspectivas. Reivindican sus intereses en vez de ofrecer su pericia.
7. La comisión recompensa e incentiva estas prácticas al estructurar sus procesos en torno a las peticiones que formulan las partes. Las resoluciones de audiencia (las iniciales que establecen cuáles son los asuntos sobre los cuales se va a decidir) se limitan a volver a enunciar las peticiones de las partes, en vez de articular el propósito de interés público. Así, la comisión se convierte en un árbitro entre intereses comerciales, en vez de ser el líder que marque la pauta con respecto a las políticas públicas.
8. En las salas de audiencia las partes dedican horas a un intercambio de preguntas que persiguen intereses particulares. La comisión básicamente se

limita a observar, bajo el principio de que los destellos producidos por el choque entre opuestos iluminarán el camino que lleva al interés público.

9. Las partes tratan al personal de la comisión como mediadores para llegar a arreglos de corto plazo, y no como el medio que transmite la visión de la comisión (algo muy probable que ocurra si se carece de una visión; ver el punto uno de este ensayo). La comisión sanciona estos acuerdos entre las partes en vez de hacer que su personal persiga su propia visión.

Profesionales y profesionalismo

10. La puerta giratoria se mueve en un solo sentido: Es mucho mayor el número de empleados de las comisiones que terminan trabajando para las empresas prestadoras de servicios públicos que al revés. Esta tendencia no es una muestra de corrupción o conflictos de interés; es más bien el resultado económico natural que ocurre cuando a la gente buena no se le paga lo que se merece.
11. Algo similar ocurre con quienes egresan de las mejores universidades. Estos prefieren trabajar para el regulado, aún cuando desempeñarse en el sector público ofrece una oportunidad incomparable de compromiso intelectual y oportunidades de servir al público.
12. Para hacer frente la disparidad salarial, los líderes regulatorios aceptan la falta de credenciales de su personal. Requerimos licencia a los pedicuristas, pero no a quienes testifican en un caso de revisión tarifaria; otorgamos “certificados” por atender conferencias, pero no exigimos maestría en el tema tratado. En contraste, las empresas reguladas requieren que su personal cuente con credenciales avanzadas para desempeñarse como operadores, profesionales en temas fiscales y ejecutivos; esto es, a cualquiera cuyas manos o pluma tenga que ver con sus operaciones, finanzas o administración.
13. Así, no es de sorprender que la diferencia en credenciales refuerce las desigualdades salariales, lo cual lleva, desafortunadamente, a una diferenciación en la motivación y la moral; lo que a su vez conduce, también desafortunadamente, a una discrepancia en cuanto a la permanencia de la gente talentosa. Así, en sus años formativos, muchos profesionales aprenden a costa del contribuyente, para luego cambiarse al sector regulado. Y lo peor es que nadie con la autoridad para hacer algo al respecto parece notarlo o actuar en consecuencia.

Los políticos: ¿Apoyan o socavan?

14. Los gobernadores influyen en la falta de transparencia de la comisión al “solicitarle” ciertos resultados a favor de grupos de interés. La comisión cede a sus solicitudes en lugar de recordarle al gobernador, de forma transparente, que su influencia sobre comisionados ya designados no es mayor a la de cualquier ciudadano.
15. Cuando las comisiones toman decisiones difíciles (por ejemplo, que las empresas prestadoras de servicios públicos no pueden operar por debajo de sus costos y tienen que ofrecer servicios de calidad, y que las inversiones de los accionistas no pueden recibir altos márgenes en un contexto de riesgo bajo), los políticos se unen a las protestas en vez de apoyar a sus comisiones.
16. El legislativo degrada la importancia de la comisión al aprobar leyes que impulsan los grupos de interés, sin antes consultar y acordar con la comisión.

“Entre más grande, mejor”

17. Para apoyar sus propuestas de fusiones y reestructuras corporativas, la empresa regulada argumenta “su necesidad de posicionarse de forma competitiva”. La comisión adopta su argumento al considerar que su obligación regulatoria es apoyar las necesidades competitivas de la empresa. La ironía y la distorsión de mercado que resulta de poner a las resoluciones emitidas por el gobierno al servicio de los intereses competitivos pasan desapercibidos (existe una diferencia entre (a) mantener a la empresa prestadora de servicios públicos como un monopolio funcional y con la capacidad financiera suficiente para brindar el servicio al que está obligado, y (b) convertirse voluntariamente en parte de las campañas competitivas de la empresa regulada. Cuando desaparece esta diferencia, cuando el principio de “entre más grande mejor” se vuelve la guía para las decisiones, las metas de la empresa regulada se convierten en las metas de la comisión. Eso es captura).
18. Al mismo tiempo que la comisión apoya la expansión de la empresa prestadora de servicios públicos, la protege para evitar que sufra una contracción. En tanto que citan a la “competencia” como el argumento base para aprobar las propuestas presentadas por la empresa, algunas comisiones la socavan resistiéndose a las propuestas de los competidores que buscan desempeñar funciones que actualmente están asignadas a la empresa regulada establecida. La razón para esta resistencia —según lo argumentado por la empresa y adoptado por estas comisiones— es que si se reduce su papel, se debilitará su capacidad de desempeño. (Este

enfoque confunde las ganancias totales con el retorno. Una empresa prestadora de servicios públicos regulados cuyo papel obligatorio y exclusivo se contrae tendrá ganancias menores, pero sus rendimientos sobre capital, sus márgenes de cobertura y sus otras métricas financieras no necesariamente se debilitarán).

* * *

Las señales de alarma no provienen de las acciones tomadas por las empresas reguladas, sino por las acciones y omisiones por parte de los reguladores. Esto provoca que el término “captura regulatoria” se vuelva tanto impreciso como inadecuado. La jaula en la que está “capturada” la comisión no está con seguro ni es custodiada por sus enemigos; sus puertas las abre y cierra la comisión misma. En el próximo ensayo se abordarán los mecanismos de escape, así como las formas de evitar la captura, que es por donde se debe empezar.



22

“Captura regulatoria”: Evitándola y escapando

El coraje y la perseverancia tienen un talismán mágico ante el cual las dificultades desaparecen y los obstáculos se diluyen en el aire.

John Quincy Adams

En los dos ensayos anteriores definí el concepto de captura regulatoria y describí las señales de alarma. Una comisión está “capturada” si se encuentra en un estado permanente de “ser persuadida” con base en la identidad de quien persuade en vez de por los méritos de sus argumentos. Las señales de alarma incluyen (a) un vacío donde debería haber una visión, (b) prioridades y procesos que reaccionan a las peticiones de las partes en vez de promover el interés público, (c) un diferencial crónico de recursos entre el regulador y el regulado y (d) políticos volubles cuyo apoyo a los reguladores flaquea cuando son presionados por aquellos que buscan debilitarlos.

La mala noticia es que la captura regulatoria es un riesgo constante y omnipresente. La buena es que hay mucha gente dentro de nuestra comunidad que personifican la resistencia a la captura. Sus características comunes son ejercer como reguladores por periodos largos, pericia (si no en empresas prestadoras de servicios públicos, entonces en operaciones gubernamentales), confianza en su empleabilidad futura sin importar a quienes puedan llegar a irritar, y el tener el oído y respeto de su gobernador y del legislativo. Este es el caso de los ex comisionados Susan Ackerman, Bob Anthony, Peter Bradford, Sam Bratton, Ashley Brown, Carl Caliboso, Paul Centolella, Rich Cowart, Mike Dworkin, Mike Florio, Jeanne Fox, Dave Hadley, Bill Masey, Brandon Presley, Brian Moline, Paul Roberti, Judy Sheldrew, Cheryl Roberto, Jon Wellinghoff

y Charles Stalon. La pregunta es cómo podemos replicar sus características en nuestras propias comisiones.

Pero antes de continuar, querría señalar algo con respecto hacia dónde debemos enfocar nuestro esfuerzo: en ayudar a las comisiones a evitar o escapar a la captura, no en prevenir que las partes la intenten, pues esto es inevitable. Como dice la canción de Cole Porter titulada “Hagámoslo, Enamorémonos” (“Los pájaros lo hacen, las abejas lo hacen, hasta las pulgas educadas lo hacen... Algunos argentinos sin recursos lo hacen; e incluso he sabido que los frijoles de Boston lo hacen”), la realidad es que todo el mundo lo hace. Las empresas reguladas, los consumidores, los ambientalistas y los trabajadores: todos intentan capturar a la comisión. Además de ser inevitable, estos intentos no se pueden prevenir. En el momento en que prohibimos una actividad por considerarla criminal, como los sobornos o la compra de votos, entra la Primera Enmienda; la persuasión está protegida constitucionalmente. Pero la captura, esto es, “el estado de ser persuadido”, no. El objetivo es reducir la susceptibilidad a la captura, y es aquí donde podemos hacer algo al respecto.

“Capturado” puede describir tanto a una persona como a una institución, por lo que las soluciones son tanto individuales como organizacionales. La protección personal es la armadura de atributos descrita en los primeros cuatro ensayos de este libro: Sentido de propósito, educación, una actitud decidida e independencia. En este ensayo me centraré en cinco elementos institucionales.

Hay que regresar a las grandes preguntas: “Pide y se te dará” (Lucas 11:9-12) es una frase bíblica reconfortante, pero también la receta que lleva a la somnolencia regulatoria. El derecho que tiene la empresa prestadora de servicios públicos de buscar beneficios no le da la facultad de enmarcar el caso (Ver el Ensayo 41, “Enmarcar”: *¿Desvía la atención regulatoria?*) Una comisión despierta encuadrará las solicitudes dentro de un contexto de interés público. Productos, precios y desempeño: ¿qué es lo que los consumidores merecen? Estructuras de mercados y corporativas: ¿cuáles se desempeñan de la mejor manera? Enmarcar implica que el perro del interés público sea quien mueva la cola de la empresa regulada y no al contrario.

Vincule el desempeño de la comisión al de la industria: La regulación funciona cuando relacionamos aportes con los resultados, en este caso, cuando atamos las acciones de la comisión con el desempeño de la industria. Esta cadena tiene cuatro eslabones: (a) describir la visión del interés público medido a partir de resultados (inversión, innovación, precios, calidad del servicio y seguridad); (b) darle forma a las acciones internas de la comisión (presupuestos, personal y educación) a fin de estar preparados para emprender acciones externas (resoluciones encaminadas a lograr ese desempeño); (c) tomar acciones externas

para inducir a las empresas reguladas prestadoras de servicios públicos y a los consumidores a lograr ese desempeño; y (d) evaluar y revisar. Como diría Peter Drucker “Lo que se puede medir, se puede mejorar”.

A los profesionales, ofrecerles indispensabilidad y crecimiento: Cuando los salarios son adecuados, los profesionales anhelan logros. Vincule los logros profesionales con el desempeño de la industria y conseguirá una cultura interna de auto perpetuación y auto avance. Cada departamento debe tener, tanto para su director como para sus empleados, un plan de trabajo que reconozca su indispensabilidad, que los induzca a lograr metas y a esperar que avancen. El plan de trabajo debe estar respaldado por un plan educativo. Así, en vez de presupuestar “capacitaciones” indefinidas, se deben diseñar planes individuales que, de acuerdo con calendarios obligatorios, permita a los novatos convertirse en mandos superiores; es decir, en líderes dentro de la profesión regulatoria. Hay que ofrecer salarios equivalentes a los que reciben los empleados de las empresas reguladas. Al ser el personal profesional el corazón de la comisión, estos planes educativos merecen tanto recursos como un impulso que no estén sujetos a topes presupuestarios arbitrarios o a cargas de trabajo excesivo derivado de la falta de personal. Desarrollar profesionales y pagarles lo que valen resulta ser más costo eficiente que el limitarse a desear y observar: desear que las empresas reguladas se desempeñaran mejor, y observar como los mejores empleados de la comisión migran hacia el sector privado.

Insista en el tema de los recursos: Los recursos de una comisión capturada están “sobre asignados a procesar las peticiones de las partes y sub asignados a dedicarse a las prioridades de la comisión”. Una causa de esta triste condición se origina cuando se combinan “los plazos legislativos con una falta de fondos otorgados por el mismo”. La costumbre es limitar los recursos de forma arbitraria, asignando el presupuesto del próximo año replicando al del pasado, sin importar las nuevas demandas. En vez de esto, se le debe permitir a la comisión fijar y financiar su propio presupuesto. La fuente de financiamiento puede variar dependiendo de la actividad. En el caso de las peticiones presentadas por las partes, cobrar una tarifa que varíe dependiendo de la complejidad de la petición, le asegurará a la comisión contar con los recursos suficientes, y a la vez, asignará los costos a quienes los causan. Cuando una empresa prestadora de servicios públicos solicite una fusión sin un propósito de interés público, el costo de la revisión regulatoria lo deben cubrir las partes que se fusionan y no los contribuyentes. Tratándose de trabajo iniciado por la comisión, la fuente de ingresos deben ser las cuotas generales que se le cobran a todas las empresas reguladas basadas en alguna combinación entre retornos, ganancias y activos particulares, las cuales se recuperarán por medio de las tarifas cobradas a los usuarios, dado que estos son los beneficiados. Lo anterior es simétrico: así como las empresas prestadoras de servicios públicos recuperan

sus costos regulatorios legítimos a través de las tarifas, la misma lógica debería aplicar al regulador.

Sí, se corre el riesgo de que la comisión pueda sobre financiarse, y hay agencias que no son costo-efectivas. Pero hasta que sepamos de la existencia de agencias con superávit, podemos estar seguros de que este riesgo es más bajo que el de que estén sub financiadas. Para aquellas comisiones que gastan de forma ineficiente (que no es lo mismo que sobre regular), la solución no está en reducir su personal, sino en encontrar los mecanismos para ayudarlas a gastar de forma inteligente. La asistencia regular de expertos independientes en la administración de una comisión, junto con una supervisión positiva tanto del legislativo como del ejecutivo, deben ser mecanismos con los que cuenten todas las agencias estatales dentro y fuera de la regulación, dados los cambios cuatrienales en los liderazgos de estas, donde las experiencias de sus líderes varían.

Hacer que las audiencias giren en torno a los temas y a las comisiones, y no en torno a las partes y a los abogados: La mayoría de las audiencias regulatorias son una combinación entre el boxeo y el ping pong. Son foros en los cuales se intercambian preguntas y respuestas entre abogados y testigos, donde cada uno trata de impacientar al otro, fingir, darle la vuelta y ser el más astuto. La fabricación verbal resultante, basada en las posiciones de las partes y no en las necesidades del público, produce más calor que luz, y la proporción entre la información útil y las horas consumidas es siempre baja. A lo largo de la mayor parte de este golpeteo, los comisionados son espectadores que intervienen ocasionalmente para separar a los contendientes o para formular algunas preguntas “de seguimiento”. Intente revertir el orden y las prioridades: Los comisionados deben ser los primeros en formular la mayor parte de las preguntas. Organice las audiencias con base en los temas y no en las partes. Para cada asunto ponga a todos los testigos opositores en un mismo panel, para luego hacer que compitan para ganarse el favor de la comisión ayudando a resolver los problemas que esta identifica, en vez de centrarse en defender los intereses de sus clientes. Solo una vez que la comisión haya extraído todo su valor a este proceso, permita, si hiciera falta, que los abogados de las partes examinen a los testigos. Este mecanismo enfatiza las metas de la comisión por encima de las estrategias de los intereses privados, y revierte la proporción de preguntas de la comisión a interrogatorios entre las partes de 5:95 a 95:5. La consecuencia más importante de este cambio en el proceso es que obliga a la comisión a entrar a la sala de audiencias con una meta y un plan: liderar en vez de presidir. Bajo este esquema, todos pueden ser oídos, pero el resultado es que todos aprenden muchísimo más.

* * *

La “captura regulatoria” es algo que se intenta con demasiada frecuencia y que se acepta con mucha facilidad. No se puede prevenir que se intente, pero sí se puede evitar que se acepte. Para evitar y escapar a la captura, la comisión debe enfocarse en las grandes preguntas sobre planeación y desempeño, así como obtener los recursos y establecer los procesos necesarios para que la comisión adquiriera un papel central, no marginal.



23

Competencia “versus” Regulación: ¿Hemos alcanzado la claridad en esta conversación? (primera parte)

La responsabilidad central y continua de las legislaturas y las comisiones regulatorias [es] la de encontrar la mejor mezcla posible entre la regulación inevitablemente imperfecta y la competencia inevitablemente imperfecta.

A. Kahn, *La economía de la regulación: principios e instituciones*, Vol. I, Introducción p. xxxvii, Vol. II, p. 114 (ediciones 1970 y 1988)

El Profesor Kahn lo dijo todo. Resistámonos a los planteamientos de “esto o lo otro”, esperemos la imperfección y mostremos una curiosidad continua. Evitemos la ideología, y utilicemos hechos, intelecto, integridad y humildad. Estos son los caminos hacia la “mejor combinación posible”.

¿Con qué propósito? Lo que no aparece en la cita del Dr. Kahn, (pero es omnipresente en sus 600 cuartillas siguientes) es esta respuesta: la competencia y la regulación comparten un mismo propósito —el alinear el comportamiento privado con el interés público. La competencia efectiva induce a los competidores hacia la eficiencia, el servicio al cliente y la confiabilidad. La regulación efectiva hace lo mismo. Juntas provocan responsabilidad y transparencia hacia los consumidores, los inversionistas y el público.

¿Nuestros debates con respecto a la estructura de mercado sirven a este propósito? ¿Emulamos la insistencia de Kahn con respecto a los hechos,

intelecto, integridad, humildad y la ausencia de ideología? ¿Qué tanto nuestras palabras asisten a nuestros objetivos?

Lo que está en juego

Están en juego miles de millones de dólares de inversionistas y consumidores, la confiabilidad de nuestra infraestructura y el progreso de nuestra economía. En la industria eléctrica, la FERC y los estados luchan para delimitar esta mezcla, tanto en las ventas mayoristas como minoristas. Sus esfuerzos se entrelazan. Los mercados mayoristas necesitan de compradores mayoristas; pero estos no existirán si los estados, desconfiando de los mercados mayoristas, le ordenan a sus empresas prestadoras de servicios públicos que construyan en vez de que compren. La competencia mayorista efectiva requiere de señales de demanda eficientes por parte de los minoristas, pero estas resultan difusas cuando los precios al por menor reflejan costos promedio en vez de costos horarios de producción. La competencia minorista efectiva requiere de participantes múltiples, acceso abierto a instalaciones con cuellos de botellas,; compradores activos, y de que no existan participantes establecidos con ventajas que no se hayan ganado por sí mismos. Pero frecuentemente el influjo de la política en la competencia minorista exige desviaciones de estos principios: las empresas establecidas insisten en competir en mercados inmaduros, usando sus ventajas seculares en contra de los que quieren entrar al mercado, y los clientes insisten en tener “protección de la competencia” bajo la forma de topes tarifarios artificiales.

En la industria de las telecomunicaciones, abrumados con un siglo de expectativas sociales, lidiamos con preguntas similares. En los muchos mercados de servicios de telecomunicaciones, ¿cuándo resultan suficientemente vigorosas las fuerzas competitivas, y receptivas a los consumidores, como para que la intención de política tradicional del “portador de último recurso”, “servicio universal”, calidad del servicio y cooperación entre proveedores ya no requieran de mandatos regulatorios?

Subóptimo semántico: Tres ejemplos

Hablar de regulación implica un gran reto porque es difícil destilar su complejidad. Desafortunadamente, en nuestro esfuerzo por abreviar, hemos sobre-simplificado hasta el punto de la insignificancia. Consideremos estos tres ejemplos:

“*Desregulación*”: El término, para muchos profesionales experimentados, significa “que la ley autoriza la entrada de múltiples competidores.” Pero esto resulta irremediabilmente ambiguo porque (a) autorizar la competencia no significa que esta sea efectiva; (b) después de un siglo de monopolio, autorizar la competencia

requiere de “regulación” para obtener permisos, prevenir fraudes, garantizar el acceso abierto a instalaciones con cuellos de botella, prevenir el abuso de filiales, y asegurar que existan servicios de último recurso; (c) el término podría significar, literalmente, “eliminación” o “reducción” de la regulación (comparémoslo con en el caso del término “desacelerar” el cual significa reducir la velocidad, no detener el movimiento); y (d) si se instrumenta incorrectamente, el resultado de la “desregulación” sigue siendo “regulación”, pero ejercida por el actor dominante para proteger su posición de mercado, y no regulación al actor dominante por parte de la comisión para proteger los intereses de los consumidores.

Quienes defienden la “desregulación” pretenden que el prefijo “des”, reemplace la connotación negativa (regulación) con la positiva (eliminar a la regulación). Pero la frase hábilmente evita el tema de la rendición de cuentas, pues si su meta explícita fuera lograr una “competencia efectiva” en vez de la “desregulación”, tendrían que mostrar evidencia en vez de retórica. Y el opuesto también aplica: los críticos de la “desregulación” argumentan que la “regulación” genera beneficios, pero no siempre los identifican (y garantizan). En resumen, la polaridad del término “desregulación” hace que las discusiones al respecto sean más estereotipadas que sofisticadas.

“La competencia funciona”: En alguna ocasión estuve en un panel con alguien que afirmó, de forma simplista y ceremoniosa, que “La competencia funciona.” ¿Cuánta más ambigüedad puede caber en dos palabras? *“Competencia”* ¿en qué mercados geográficos, para qué productos, para qué segmentos de consumidores y durante qué periodos? ¿Cuándo *“funciona”*? ¿de la noche a la mañana?, ¿después de años de inversión de los nuevos participantes, periodo durante el cual la empresa establecida goza de “la ventaja del que da el primer paso” sin enfrentar presiones competitivas? ¿“Funciona” para quién? ¿para las empresas establecidas, para los entrantes, para algunos o para todos los consumidores? ¿Cómo es posible que alguien asegure que la “competencia funciona” sin que lo saquen por la fuerza del escenario al estilo vaudeville? ¿Por qué es que nuestra comunidad tolera tal turbiedad mental?

“Porcentaje de mercado”: En el sector eléctrico es frecuente que digamos que “la generación es competitiva”. Pero la competencia se refiere a un mercado, el cual tiene un componente geográfico y de producto, y en ocasiones, de temporalidad. La “generación” no es un mercado. “La capacidad de generación para atender la demanda de la costa este de Maryland en las tardes de agosto” es un mercado. Una empresa puede ser propietaria de una unidad de generación, la cual representa el 1% de la capacidad de generación en la región PJM (Ohio a Virginia), lo cual le sugeriría a una persona poco avezada que esta no tiene poder de mercado. Pero debido al azar geográfico, esa misma unidad de generación puede llegar a representar el 90% de la capacidad disponible para

una subregión con una capacidad de transmisión limitada en una tarde calurosa. La “Generación” no es un mercado.

Más aún, un bajo “porcentaje de mercado” no se traduce necesariamente en una baja “influencia sobre el mercado”. La razón está en la diferencia entre tener un “porcentaje de mercado” y en “ser pivotante.” Ambos conceptos son necesarios para medir la competitividad. Una empresa puede tener un porcentaje de mercado pequeño (digamos del 1%), y sin embargo, en momentos específicos, resulta ser esencial, o como se conoce en la industria: “pivotante”. Un proveedor pivotante es un proveedor indispensable; su oferta es necesaria para satisfacer a la demanda en un momento específico. Si la capacidad total en un mercado es de 100MW, y la demanda es de 95MW, entonces cualquier oferente con una capacidad mayor a 5 MW (¡apenas un 5% del total!) es indispensable, pues si decide retirar su oferta, entonces la demanda quedará insatisfecha. En el otro extremo del espectro en cuestión, una compañía puede tener un porcentaje alto del mercado (digamos el 75%), pero si hay jugadores entrantes posicionados en el perímetro, la amenaza de entrar al mercado puede disciplinar incluso a un monopolista. Los hechos son importantes.

Una secuencia de preguntas

En estos tres ejemplos, los esfuerzos para lograr una simplicidad semántica resultan en palabras con significados múltiples, por lo que la confusión termina por reemplazar a la comprensión. Encontrar “la mejor mezcla posible” es complicado. Nuestro lenguaje debería exponer, mas no esconder esta complejidad. Los asistentes a una reunión social desearán nunca habernos preguntado a qué nos dedicamos (eso me ocurre a mí todo el tiempo), pero al menos entenderán por qué. En vez de opinar acerca de “competencia vs. regulación” mejor considere plantear la siguiente secuencia de preguntas:

1. ¿Sobre qué mercados geográficos y de qué producto queremos discutir?
2. ¿Es económicamente deseable la competencia? es decir, ¿son las economías de escala y de alcance lo suficientemente bajas como para que la competencia no vaya a dañar a la “eficiencia estática”? (Vea el trabajo del Dr. John Kwoka de la Universidad de Northeastern). Y si existe una pérdida potencial de “eficiencia estática” ¿esta será compensada por ganancias en la “eficiencia dinámica” conforme los rivales se presionen unos a otros? (Debemos agradecer al Dr. Kenneth Rose por su explicación de las diferencias entre la eficiencia “estática” y la “dinámica”).

3. ¿Es técnicamente viable la competencia? ¿Puede la infraestructura física y de comunicación dar cabida al tráfico nuevo estimulado por la competencia?
4. ¿Están los consumidores listos y dispuestos a salir de compras? La teoría debe confrontarse con la práctica. Si los consumidores están tan ocupados con sus trabajos, viendo el fútbol y cocinando como para comparar precios y ofertas, la competencia no funcionará.



24

Competencia “versus” Regulación: ¿Hemos alcanzado la claridad en esta conversación? (segunda parte)

Las palabras tensan,
Crujen, y a veces se rompen bajo la presión,
Bajo la tensión resbalan, se deslizan, perecen
Decaen con imprecisión, no se quedan en un solo lugar
No se están quietas.

T. S. Eliot, “Burnt Norton,” *Cuatro Cuartetos* (London, 1943), citado en Edward Tufte, *Evidencia Preciosa* en 139 (2006).

En el ensayo inmediatamente anterior, abordé las ambigüedades e imprecisiones que se presentan en nuestras conversaciones sobre “competencia” y “regulación”. Algunos comentaristas indicaron que me referí en exceso al habla con respecto a la competencia. Reconozco el desbalance, pero la parcialidad no fue intencional, así que para compensar, en este ensayo me centraré en el habla regulatoria. En estos dos ensayos no pretendo hacer una crítica a la “competencia” o a la “regulación”, pues me refiero solo a la forma en que hablamos de estas, no a sus méritos.

En la regulación, tres de las frases más comúnmente son “requerimiento de ingresos”, “precios basados en costos” y “subsidijs”. A continuación consideremos sus múltiples significados.

“Requerimiento de ingreso”

Esta frase domina la formulación tarifaria. Fuerza la atención sobre la necesidad de que la empresa que presta servicios públicos genere ingresos suficientes para cubrir sus gastos y el costo del capital (incluyendo un rendimiento razonable) asociados con la prestación del servicio al público.

La ambigüedad se origina porque el término “requerimiento” tiene dos significados diferentes. Primero está el requerimiento *de la empresa que presta un servicio público*. El dinero que esta necesita para: cubrir sus costos, incluyendo construcción, operación, mantenimiento y reemplazo de la infraestructura; pagar sus impuestos; compensar a sus empleados y a los agentes de ventas; pagar los intereses sobre sus pasivos; y pagarle a sus accionistas retornos suficientes para atraer y retener su dinero.

En segundo lugar está el requerimiento *legal*. El derecho regulatorio, establecido en las leyes estatales y en la Cláusula Constitucional de Expropiaciones, en ninguna parte *garantiza* la obtención de ingresos suficientes para que la empresa que presta servicios públicos cubra sus necesidades. La ley solamente requiere que exista una “oportunidad justa” para ganar un retorno razonable. Así, el requerimiento legal de ingresos, lo que la empresa prestadora de servicios públicos tiene derecho a recibir, puede diferir del requerimiento real de ingresos que la misma empresa necesita recibir, por al menos dos razones. La primera es que los costos imprudentes no son legalmente recuperables, aún si esto lleva a que el retorno sobre la inversión de la empresa sea menor al normalmente “requerido” para atraer capital. La segunda: si los costos y ventas caen por debajo de los estimados utilizados para calcular los requerimientos de ingreso, no hay “revisiones” retroactivas (excepto en circunstancias particulares como incrementos extraordinarias del combustible o costos por desastres naturales).

Así, la frase “requerimiento de ingreso” trae consigo una señal lingüística engañosa al implicar que es obligación del regulador asegurar que el costo incurrido se recupere. Por el contrario, la ley le deja al regulador un margen de maniobra significativo.

“Precios basados en costos”

Las personas experimentadas que utilizan esta frase, por lo general quieren decir que “el precio es fijado por el regulador en lugar del mercado”. Pero, ¿a qué tipo de costos se refieren? ¿integrados, marginales o variables? Si son marginales ¿de corto o largo plazo? Si son variables ¿costo variable promedio o costo variable en el margen? ¿Costos de reemplazo o de reproducción? Los practicantes han visto precios “basados en costos” con respecto a cada uno de estos factores. ¿Y desde cuándo “los precios basados en el mercado” no

son precios “basados en los costos”? Los economistas nos dicen que si en un mercado existe una competencia efectiva, los precios tenderán a estar basados en costos, específicamente el costo marginal.

Más aún, en la frase “precios basados en costos” ¿qué significa “basado”? ¿es el “costo” el punto de partida o el de llegada? Por ejemplo, los comentaristas generalmente distinguen entre “tarifas basadas en desempeño” (TBD) y “tarifas basadas en costos”. Pero quienes diseñan las TBD, por lo general parten de una base de costos históricos, para luego agregar factores “X” a ganancias o pérdidas en la productividad, pasando por varios costos inevitables, y “mecanismos de repartición”, que asignan retornos excesivos entre accionistas y clientes. Al final, siempre hay un costo base.

Si bien es cierto que una mayor claridad sería de utilidad para quienes formulan políticas públicas, aquí hay un problema de fondo. La solidez lingüística de las frases “requerimiento de ingresos” y “precios basados en costos” les dan un estatus icónico, pero nos distrae de un hecho preocupante: los precios que producen están muy lejos de la eficiencia económica. Si bien esta no es la única meta del regulador, es un buen punto de arranque, pues la ineficiencia implica que existe la posibilidad de que alguien esté mejor sin empeorar la situación de nadie más. ¿Quién podría estar en contra de esto?

Hay un debate legítimo sobre qué tipos de precios producen eficiencia económica, pero los precios basados en costos integrales no deberían ser parte del mismo. Estos costos persisten porque nuestro enfoque se basa en los “requerimientos de ingresos”. Los precios basados en costos integrales son la forma en la que asignamos el requerimiento de ingreso entre todos los consumidores a fin de hacer probable la recuperación de los costos completos. Ciertamente, este esquema contiene algunos elementos que buscan la eficiencia económica, como es el asignar una parte de los costos relacionados con la carga en proporción a esta, y tratar de ubicar algunos costos fijos en cargos fijos. Pero el propósito central de los precios basados en costos integrales es la recuperación del requerimiento de ingresos, no la eficiencia económica. Durante un siglo, nuestra profesión ha colocado a dos metas compatibles (compensación suficiente y eficiencia económica) en conflicto. Si en vez de llamarlas “tarifas basadas en costos” las hubiéramos llamado “tarifas que privan de ahorros a la sociedad”, las habríamos arreglado más rápido.

“Subsidio”

No se puede negar la carga política que tiene esta palabra. Russell Long, el icónico Presidente del Comité de Finanzas del Senado de los Estados Unidos, solía decir que “Una laguna fiscal es aquella que beneficia a otros. Si te beneficia

a ti, es una reforma fiscal”. Y sobre la responsabilidad que uno tiene con respecto a los costos del gobierno, decía “Que no te cobren impuestos a ti, que no me cobren impuestos a mí, cóbrenselo al señor que está escondido por ahí”. Esto mismo ocurre con el “subsidio”, pues si le beneficia a otro, es un “subsidio”, pero si me beneficia a mí, es una “inversión” o un elemento para el “desarrollo económico”.

Incluso en el terreno técnico y no político, hay definiciones múltiples de lo que constituye un “subsidio”. A mí me enseñaron que un subsidio ocurre cuando el regulador fija el precio para un consumidor por debajo del costo incremental, porque entonces su comportamiento de consumo provoca costos que otros actores (ya sean los accionistas u otros clientes) deben asumir. Esto reduce además la riqueza de una sociedad, porque con el subsidio hay un sobre consumo, lo que genera desperdicio de recursos.

Pero hay otras definiciones. Mucha gente usa la palabra “subsidio” para describir toda situación en la que una persona asume cualquier costo (no solo el costo incremental) atribuible a alguien más. Esta definición difiere de la que ya propuse pues, en el caso anterior, el subsidio ocurre solamente cuando el subsidiado genera costos *nuevos*, en tanto que en la definición genérica, el subsidiado no asume la parte que le corresponde de los *costos existentes* o nuevos. Esta definición es discutible pues hay casos que no necesariamente son subsidios. Por ejemplo, la asignación de costos hundidos con base en criterios distintos a la carga correspondiente; puede tratarse de una asignación ineficiente, especialmente si los costos hundidos se recuperan a través de un cargo variable, pero no es un subsidio. Este concepto genérico aparece en muchos otros casos, como: (a) cuando la contribución del consumidor para sufragar los costos fijos no coincide con lo que paga por su participación en la carga de la empresa que presta el servicio; (b) distintas clases de clientes pagan tarifas que producen retornos diferentes con respecto a las inversiones en las que incurren las empresas que prestan el servicio para atender a estas clases; (c) una distribución de costos entre cargos fijos y variables, tal que algunos clientes de alto consumo pagan, a través de este, por costos fijos inicialmente incurridos para atender a clientes de bajo consumo; y (d) precios con base en costos promedio, esto es, cuando hay una variación en el costo de atender a diferentes zonas, por ejemplo, cuando los consumidores urbanos se quejan por el hecho de estar “subsidiando” a los consumidores rurales, pues los costos de servicio urbanos están por debajo del promedio, mientras que los rurales están por encima.

Llegar a una definición común y más clara del término le restaría carga política e incrementaría su utilidad.

Recomendaciones para reguladores

Los términos que tienen un contenido político o propagandístico, dificultan el diálogo y la toma de decisiones. Mi recomendación es simple: cuando hablemos, tengamos el cuidado de definir; cuando escuchemos, pidamos definiciones. Entre más clara sea la conversación, mejores serán las decisiones. Les recomiendo revisar lo publicado por la profesora de lingüística de la Universidad de Georgetown Deborah Tannen *El argumento de la cultura: Deteniendo la guerra de palabras en Estados Unidos* (1998).



25

¿Aprender a regular es como aprender a cocinar?

El libro se titula ‘Dominar el Arte de la Cocina Francesa’ y no ‘Cómo Cocinar Comida Francesa’, ‘Cocina francesa sencilla’ o ‘Cocina Francesa para Tontos’, sino ‘Dominar el arte de’. En otras palabras, cocinar ese omelet es parte de una disciplina exaltada y demandante que no debe ser tomada a la ligera o con frivolidad. Pero al mismo tiempo: Tú puedes lograrlo, todo es cuestión de técnica, habilidad y práctica.

A. O. Scott, “Dos para la estufa,” *The New York Times* (7 de agosto, 2009)

El secreto está en secar la carne antes de que la dores.

Michale Pollan “Fuera de la cocina y al sillón” (refiriéndose al éxito para cocinar boeuf bourguignon), *La Revista de New York Times* (2 de agosto, 2009)

No deje de ver la película *Julie & Julia*, en la que un ícono de integridad (Meryl Streep) hace el papel de otro (Julia Child). En esta vemos como una estudiante-chef-escritora-profesora desplaza al misterio con maestría. Mientras tanto, el periodista especializado en cuestiones científicas Michale Pollan (autor de *El Dilema del Omnívoro*) quiere que cocinemos más para nosotros mismos y consumamos menos lo que otros venden. ¿Hay analogías aquí que puedan inspirar a nuestros reguladores? Consideremos diez citas del trabajo de Pollan, divididas en dos temas centrales.

Comida prefabricada: consumo sin calidad

1. Pollan se queja *“del auge de la comida rápida, de los reemplazos a la comida preparada en el hogar y del fin de la comida casera.”* Los reguladores reciben resúmenes ejecutivos, a panelistas de quince minutos y presentaciones en PowerPoint cuyas viñetas resaltan lo obvio y esconden las complejidades (ver la monografía del profesor Edward Tufte, *El estilo cognitivo del PowerPoint: Vender hacia afuera corrompe por dentro*). El objetivo se pone en el consumo de la audiencia, y no en su compromiso.
2. *Una gran cantidad de norteamericanos están pasando considerablemente más tiempo viendo imágenes de cocina en la televisión que cocinando ellos mismos, una actividad cada vez más arcaica para la que, argumentarán, ya no tienen tiempo.* ¿Estamos pasando más tiempo viendo las actuaciones de quienes abogan en favor de sus intereses, en vez de estudiar materiales objetivos nosotros mismos? ¿Y qué hay de los ejecutores, cuántos de estos son verdaderos cocineros? ¿Son los testigos en materia regulatoria los verdaderos cocineros —la gente que efectivamente dirige, que hace que las cosas sucedan y funcionen— o son voceros, sustitutos de quienes juegan un papel principal, ejecutores con un guión que hacen que las decisiones difíciles parezcan fáciles? ¿Realmente podemos aprender a cocinar de semejantes actuaciones? ¿Realmente podemos aprender sobre regulación a partir de presentadores?
3. *“Muchos de los programas de cocina de hoy utilizan sin reparos ingredientes que en sí mismos contienen muchos ingredientes: sopas enlatadas, mayonesa embotellada, vegetales congelados, aderezo en polvo, obleas de vainilla, concentrado de jugo de limón o crema de malvavisco.”* ¿Cuántas de las presentaciones que escuchamos ofrecen argumentos enlatados, posiciones congeladas, afirmaciones más en polvo que persuasivas o crema retórica en sustitución de investigaciones factuales?
4. *“La comida procesada ha colonizado tan exhaustivamente a la cocina y a la dieta norteamericana que han redefinido lo que hoy en día se entiende por cocina, por no mencionar comida.”* ¿Los argumentos defensores dominan a tal punto el espectro regulatorio —en conferencias informales y en procesos formales— que los reguladores ya no tienen espacio para usar sus propios instintos, desarrollar sus registros y pensar por sí mismos?
5. *“A lo largo de los años, los científicos especializados en alimentos han mejorado cada vez más en simular comida real, manteniendo su atractivo visual y frescura aparente...”* ¿Sabían que los “psicólogos de la comida” han descubierto una proporción mágica de tensión superficial con respecto al “dar” interno, a partir del cual los diseñadores de dulces y totopos puedan inducir en los humanos el acto repetitivo de trasladar el producto de la bolsa a la mano, y de esta a la boca

casi sin pensarlo? ¿Será que los cabilderos regulatorios emplean su propia magia, como frases que desalientan el pensamiento independiente, y que al mismo tiempo inducen a acuerdos reflejos?

6. *La comida prefabricada “está obligada a tener mucha azúcar, grasa y sal, pues estos son tres sabores que estamos mentalmente programados para que nos gusten, que casualmente resultan baratísimos de agregar, y que además son buenos para esconder las deficiencias de la comida procesada.”* ¿Con qué ingredientes apelan quienes abogan en favor de una causa a nuestras programaciones mentales, sacrificando la salud futura en favor del consumo actual? Quienes abogan por alguna causa ¿enfatan los beneficios de corto plazo para distraernos de los costos en el largo plazo? ¿Sus oponentes insisten en los costos de corto plazo para distraernos de los beneficios de largo plazo? ¿Estamos mentalmente programados para aceptar afirmaciones como “Todos los demás lo están haciendo”, “La situación es urgente” o “Esto no es un precedente”?
7. *“...Mientras el “costo de tiempo” de preparar la comida [comercial] se ha reducido, el consumo de calorías se ha incrementado, en particular el consumo de botanas y comida rápida que típicamente se preparan fuera de casa... Cuando no tenemos que preparar la comida, comemos más de esta...”* Pollan cita la caída porcentual en el dólar familiar que se destina a preparar comida en casa. El comer fuera en lugar de cocinar en casa, provoca que sobre consumamos lo que otros nos están ofreciendo. ¿Qué porcentaje del tiempo del regulador se destina a entrar en contacto con la gente que de verdad hace que la compañía funcione bien? Un regulador del noroeste me comentó que su gobernador le conminó a salir de la sala de audiencias y a entrar a la sala de control, para que así viera qué es lo que los empleados realmente hacen. ¿Nosotros nos damos el tiempo para hacer esto?

Competencias culinarias: convirtiendo a una nación de cocineros en una audiencia de consumidores

8. La red televisiva de la comida *“ha cambiado su audiencia objetivo de gente a la que le encanta cocinar a gente que le encanta comer.”* ¿Consumimos los argumentos de los demás más que los que producimos nosotros?
9. Consideremos *“Iron Chef”, en el cual chefs de restaurantes famosos pelean como gladiadores.* El concurso culinario se centra más en la competencia que en la comunicación. Los participantes realizan milagros que los cocineros caseros jamás podrán replicar. ¿En nuestras salas de audiencia se sostienen batallas por una posición o por oportunidades para educar?

10. *“Si me preguntan a mí, la clave para ganar en cualquiera de esos concursos se reduce a un solo factor: el tocino”*. ¿Hay en cada argumento defensor algún ingrediente especial, algún tema, frase o floritura que, siendo calmante y satisfactorio a la vez, parezca tan irrefutable como para inclinar a la psique? ¿Las frases como “daño” al cliente, “integridad” financiera, “confiabilidad”, “competencia global”, “regulación *light*” o “verde” nos induce a tragarnos platillos, que expuestos, probablemente regresaríamos?

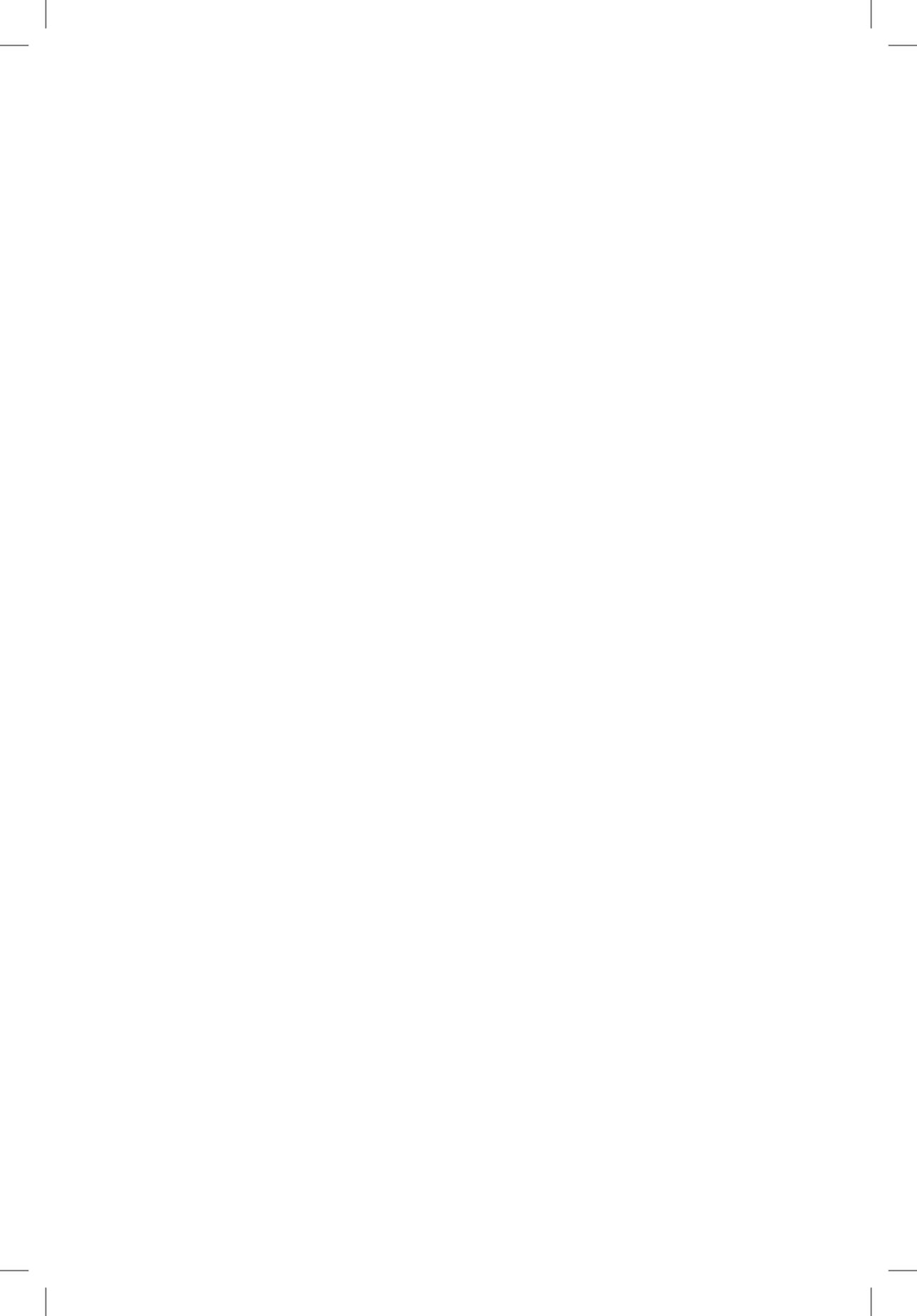
Julia Child “llenó el ambiente con sentido común y con un aroma poco común (cita de la Universidad de Harvard al otorgarle el Doctorado Honoris Causa). Ella llegó al éxito por el camino difícil: por medio de técnica, análisis y práctica. De la misma manera lo pueden lograr los reguladores. ¿Entonces cuál será nuestra meta, encontrar “la nueva estrella culinaria de la televisión” o “dominar el arte”?

CUARTA PARTE

Coraje regulatorio

Los reguladores valientes lidian con la insatisfacción replanteando la conversación. Las tarifas no son “altas” o “bajas”, sino correctas o incorrectas. Los reguladores osados escogen entre “regulación” y “competencia” con base en hechos, no en filosofía. Ellos entienden que aunque un servicio asequible es una meta social, el papel del regulador es el de asignar el precio adecuado, y luego presionar a los legisladores para que ayuden a los pobres. La protección al consumidor, un propósito muy citado de la regulación, consiste en la defensa en contra de los abusos que cometen los monopolios, no de los costos incurridos por los consumidores, pues estos los deben asumir.

Los reguladores valientes son críticos. Reprochan a aquellos que imponen nuevos mandatos sin considerar los costos que estos acarrearán, así como a aquellos que creen que “hacer todo” es una política coherente.



26

Servicio público “asequible”: ¿Cuál es el papel de la regulación?

Hay quienes ven las cosas como son y se preguntan por qué. Yo sueño con las cosas que nunca fueron y me pregunto por qué no.

Robert F. Kennedy

Cuando la economía nacional se estresa, los políticos presionan a los reguladores para que hagan “asequibles” los servicios públicos. Pero este escenario presenta tres problemas.

La redistribución de la riqueza no es parte de las competencias regulatorias

Bajo un esquema tarifario de costos integrales, el regulador identifica los costos prudentes, calcula el requerimiento de ingresos necesario para cubrirlos y diseña las tarifas para conseguirlos. El diseño tarifario hace que cada categoría de consumidores asuma los costos que causa. Ninguno de estos pasos —la identificación de costos prudentes, cálculo de requerimientos de ingresos o asignación de costos— contempla la asequibilidad. Este concepto se vuelve un factor solamente si jugamos con los números: reduciéndole las tarifas a los menos afortunados y aumentándoselas a los otros. Lograr la asequibilidad por medio del diseño tarifario implica comprometer la causalidad de costes para redistribuir la riqueza. Es como cobrarle impuestos a un sector para beneficiar a otro, pero con una excepción: los votantes pueden castigar a los representantes que los hayan

ofendido con la aplicación de impuestos; por el contrario, los consumidores cautivos están atrapados con las tarifas establecidas por los reguladores.

En vez de reasignar costos entre clases de consumidores, los reguladores podrían redistribuir la riqueza “cobrándole impuestos” a los accionistas, por ejemplo, reduciendo sus retornos por debajo de lo adecuado. Pero esto sería igual de ajeno al propósito regulatorio que cobrárselos a otros consumidores. Además, probablemente esto sea inconstitucional: habiendo invertido para servir al público, los accionistas esperan recibir una “compensación justa” que no esté mermada por una contribución forzada con fines de asequibilidad.

Reasignar el dinero entre los ciudadanos es un aspecto esencial para una sociedad justa. La pobreza es algo intolerable y la beneficencia privada nunca será suficiente, por lo que el gobierno debe intervenir. Pero son los líderes políticos quienes deben ayudar a aquellos desafortunados, pues ellos deben justificar sus acciones frente al electorado; no los reguladores profesionales, quienes deben enfocarse en el desempeño de la industria.

La asequibilidad de cualquier producto —alimentos, mansiones o un servicio público— depende de la riqueza y del ingreso de uno, así como del costo de otros productos. Los pobres podrán pagar los servicios públicos si aumentamos sus ingresos y riqueza, o si reducimos el costo en vivienda, salud, transporte o educación. Pero estas iniciativas están fuera del alcance de la autoridad regulatoria. Hacer que los reguladores sean los responsables de la asequibilidad es algo ilógico.

Energía barata es política barata

Los políticos que abogan por la asequibilidad optan por el camino fácil. A muchos les gusta legislar con respecto al desarrollo económico, el medio ambiente, la confiabilidad, la independencia energética y el liderazgo tecnológico, esfuerzos que llevan a *incrementos* en costos, al menos en el corto plazo. Legislar a favor de esto y al mismo tiempo ordenarle al regulador hacer “asequible” el servicio es política de bajo riesgo que evita asumir responsabilidades, es politiquería barata.

Cuando los políticos piden “tarifas más bajas” el electorado se siente con el derecho de recibir en vez de que se le aliente a contribuir. Pero ninguna familia, congregación o sociedad civil prospera si su verbo clave es “tomar” en vez de “dar”. Y cuando las tarifas bajas de hoy llevarán a tarifas altas mañana, los ciudadanos se vuelven cínicos e inseguros al cuestionarse su habilidad para distinguir entre populismo y verdaderas políticas públicas. Esto es lo que resulta cuando los políticos evitan su responsabilidad en favor de la asequibilidad.

La “asequibilidad” socava la responsabilidad regulatoria

El matemático Carson Chow dice haber encontrado la causa de nuestra epidemia de obesidad: Los precios bajos de la comida. Estudiando datos de un periodo de cuarenta años, encontró tanto correlación como causalidad entre el aumento en tallas y reducción de costos. El autor rastreó estas tendencias a cambios en las políticas agrícolas (de pagar por la no producción a estimular la producción máxima) y a mejoras tecnológicas (que redujeron los costos de producción). A menor costo, mayor producción; a mayor producción más comida (rápida); a mayor cantidad de comida, más calorías disponibles y consumidas⁴⁴. Esto nos ha llevado a consumir más y a apreciar menos: El Dr. Chow encontró que “los americanos están desperdiciando comida a una escala progresivamente incremental”⁴⁵.

¿Qué tiene que ver la comida con la “asequibilidad” a los servicios públicos? El trabajo de un regulador es regular: establecer estándares de desempeño para luego alinear la compensación con su cumplimiento. En esta ecuación, la asequibilidad no es una variable. Para hacer que estos servicios sean asequibles a los menos afortunados, la comisión tendría que reducir los precios por debajo de su costo. Esto lleva a un sobre consumo, es decir, a lo que el Dr. Chow llama “desperdicio”. Esta ineficiencia lastima a todos.

Hay eficiencia económica cuando ninguna acción adicional puede crear beneficios sin incrementar los costos por encima de los beneficios. Por el contrario, existe ineficiencia económica cuando se deja de realizar una acción, que de haberse tomado, habría dejado a alguien mejor sin dejar a nadie peor. Sobre consumir, desperdiciar, actuar de forma ineficiente o dejar un beneficio sobre la mesa, conlleva a que todos estén peor. Tasar precios por debajo de su valor en nombre de la asequibilidad nos deja a todos innecesariamente peor. ¿Qué tan lógico es esto?

Acciones para la asequibilidad: los papeles adecuados del regulador

Para que el gobierno tenga credibilidad, los servicios públicos deben ser asequibles; y los reguladores, al ser parte del gobierno, deben ayudar (hace 25 años el jefe del staff de una comisión me dijo que “En ocasiones debes dejar de lado tus principios y hacer lo correcto”). En algunos casos el marco regulatorio le requieren explícitamente al regulador a hacer que los servicios públicos sean “asequibles” (me dicen que este es el caso en Vanuatu, una nación del Pacífico conformada por

⁴⁴ Ver a C. Dreifus, “A Mathematical Challenge to Obesity,” (Un reto matemático a la obesidad), *The New York Times*, 14 de mayo de 2012.

⁴⁵ Hay que aclarar que Chow tiene sus detractores. Ver a Michael Moyer “The Mathematician’s Obesity Fallacy,” (La falacia matemática de la obesidad), *Scientific American*, 15 de mayo de 2012.

83 islas). A continuación tres formas en las que el regulador puede abordar el tema de la asequibilidad de forma consistente con la eficiencia económica.

Ayude a que los menos favorecidos reduzcan su uso. Los reguladores pueden abogar por la asequibilidad, presionando a favor de políticas que hagan que el consumo doméstico sea menos costoso, como mejor vivienda, “orbes” residenciales que señalen precios altos, e iluminación y electrodomésticos más eficientes. Analogía: Los doctores no solamente salvan vidas al atender heridas de balas, sino abogando por controles de armas. (La Academia Americana de Pediatría afirma que “La forma más eficiente de prevenir accidentes infantiles relacionados con armas de fuego es que en las casas y comunidades donde habitan niños no las haya”).

Interprete “asequibilidad” como asequibilidad a largo plazo. Establecer los precios adecuados, previniendo el sobre consumo, aún cuando incremente los precios en el corto plazo, reduce los costos totales a largo plazo.

Exponga el lado oscuro de fijar precios por debajo de su valor. En vez de seguir a los políticos en el camino de precios bajos, riesgos bajos y política barata, los reguladores, como el Dr. Chow, se respaldan en hechos: sobre los costos reales que implican los servicios públicos, los problemas que causa el sobre consumo y el error de establecer precios artificialmente bajos. Como su credibilidad está basada en su pericia, los reguladores pueden presionar a los legisladores para que actúen de forma directa con respecto a la asequibilidad implementando políticas públicas que ayuden a incrementar los ingresos de la población. Una mejor educación, vivienda, salud y alimentación llevan a mayores ingresos, con los cuales los ciudadanos pueden pagar los servicios públicos a los precios adecuados.

27

Tarifas bajas, tarifas altas, tarifas equivocadas, tarifas correctas

Un pez, dos peces, pez rojo, pez azul.
Pez negro, pez azul, pez viejo, pez nuevo.

Dr. Seuss (1960)

Los incrementos importantes en los costos de las empresas que proveen servicios públicos son inevitables

Para las empresas norteamericanas que proveen servicios públicos, las necesidades de capital diferido a largo plazo van más allá de los cientos de miles de millones de dólares. Las empresas eléctricas enfrentan márgenes de capacidad decrecientes, demandas de transmisión de energía generada a partir de fuentes renovables, el posible regreso de la energía nuclear y la probable legislación con respecto al cambio climático. Las empresas del ramo del gas natural necesitan miles de millones de dólares para nuevos ductos de transporte y distribución, así como para cumplir con la nueva regulación federal en materia de seguridad. Este también es el caso del agua: La Agencia de Protección Ambiental estima que en las próximas dos décadas se necesitará destinar entre \$500 millardos y un billón de dólares para mejorar y reemplazar instalaciones de agua y tratamiento. Los tomadores de decisiones en materia de telecomunicaciones están considerando brindar acceso universal a la banda ancha. Y los fondos de pensión de estas empresas están subfinanciados debido a las bajas en los mercados de valores.

¿Estamos preparados para incrementar las tarifas? ¿Cuáles son los obstáculos?
¿Cuáles son las soluciones?

¿Está lista la regulación?

Lograr las tarifas adecuadas resulta un elemento integral para conseguir una regulación efectiva. El propósito de la regulación es alinear el comportamiento privado con el interés público. La regulación se centra en el desempeño: establece estándares de excelencia, y luego vela por su cumplimiento. El enfoque tradicional se centra en el comportamiento de los oferentes: ¿qué tan bien están operando la infraestructura actual en tanto planean y construyen la del mañana?

¿Pero qué hay con respecto al desempeño de los compradores? Por principio legal, el regulador norma a los oferentes, no a los compradores; a las empresas que proveen servicios públicos, no a los consumidores. Pero: (1) los reguladores velan por el interés público, (2) el interés público incluye a la eficiencia económica (obtener lo más con lo menos, maximizar los beneficios para todos) y (3) la eficiencia económica requiere lograr precios adecuados para que los consumidores no generen desperdicio. Así, los reguladores sí se ocupan del desempeño del consumidor. La pregunta es: ¿están los reguladores preparados para aplicar tarifas altas cuando el desempeño del consumidor así lo requiere?

Cuatro obstáculos para determinar las tarifas adecuadas

Misión confusa. La regulación de empresas que proveen servicios públicos tiene un componente de “protección al consumidor”, pero ¿protección de qué? En los mercados tradicionales, los consumidores dependen de un solo oferente, por lo que en estos casos es “protección” con respecto a precios excesivos y calidad insuficiente. ¿Pero hemos permitido que la intención de “proteger al consumidor” transmute de la protección contra la ineficiencia del monopolio a protección contra costos altos en general? Algunos reguladores toman como parámetro de su efectividad la posición en la que sus tarifas están en un ranking. Hay quienes cabildan en contra de la legislación sobre cambio climático argumentando que esta implicará “un aumento en las tarifas”. Los rankings de tarifas no equivalen a qué tan correctas resultan estas; la protección al consumidor no significa protegerlos de las tarifas adecuadas.

Consumidores adormecidos. Las tarifas congeladas por años adormecen al público, llevándolo a pensar que la estabilidad tarifaria es un derecho adquirido. Cuando, después de diez años de tarifas menores al costo, la comisión las actualiza y alinea con los costos, todos sabemos lo que ocurre: (1) los electores no agradecen la bonanza previa, sino que protestan a voz en cuello en contra de las nuevas tarifas. (2) Los políticos atizan el fuego, lo que dificulta elaborar e implementar políticas públicas racionales. (3) Finalmente se llega a una concesión, que por lo general resulta más en el diferimiento de medidas necesarias que en su socialización, lo cual tiende a evadir el problema de fondo (la incapacidad del público a aceptar que el costo de la electricidad, al igual que todos los

demás costos, aumenta). Lo que funciona en política (mediar entre posiciones encontradas) casi nunca ocurre con respecto a la regulación, pues el punto medio entre dos respuestas equivocadas, es una tercera respuesta equivocada.

Un público escéptico. Cuando una empresa que presta servicios públicos solicita un aumento tarifario, la gente duda de la misma, pues es escéptica en automático de todo lo que se presenta en gran tamaño. Esta reacción pública es asimétrica: la gente da por sentado los avances tecnológicos en generación de electricidad, tratamiento de agua, almacenamiento de gas, las telecomunicaciones instantáneas y la poca frecuencia con la que ocurren los apagones. Resulta sencillo pensar que los costos son inventados. Este escepticismo tiene sus fundamentos: el testigo de la empresa regulada que declara bajo juramento que para que la empresa sea “viable” requiere un aumento de \$100 millones, pero que, al final, acepta satisfecho \$65 millones; la propuesta de fusión que argumenta “sinergias” que nadie puede probar o refutar; la persistente asimetría de recursos que le permite a estas empresas ocupar mayor espacio en el registro de testimonios. En la regulación, la confianza requiere de verificación y de recursos. Si el público cree que todos los aumentos tarifarios equivalen a un robo, los esfuerzos por explicarlos caerán en oídos sordos.

Reticencias de la Empresa que Provee Servicios Públicos. Su reputación está en riesgo, pues a nadie le gusta aumentar las tarifas: los titulares, las auditorías de la comisión y las críticas de los legisladores. También existe un riesgo financiero, pues en ocasiones estas empresas titubean en realizar inversiones en infraestructura sin contar con un compromiso regulatorio previo con respecto a proyectos específicos (esta actitud vacilante no es necesariamente legal. El derecho regulatorio no le permite a estas empresas retrasar una inversión necesaria y obligatoria por el hecho de que le preocupe que el regulador no vaya a autorizar las tarifas correctas. Si las tarifas resultan insuficientes, el recurso de la empresa no es el de evadir sus obligaciones, sino llevar al regulador a los tribunales.)

En suma: La combinación de la confusión del regulador, del adormecimiento y escepticismo de los consumidores, y las reticencias de la empresa regulada, producen un viento contrario a nuestros esfuerzos por lograr tarifas correctas.

Cinco respuestas

¿Cómo es que los reguladores pueden generar aceptación a los incrementos tarifarios ligados a las necesidades de infraestructura?

Efectividad gerencial. Las comisiones deben obligar a las empresas prestadoras de servicios públicos a contar con un inventario de todas sus necesidades de capital, costos, y proponer un calendario que se actualice continuamente. Dentro de estas empresas deben existir grupos de tarea específica para crear

y administrar proyectos, los cuales deben estar integrados por expertos en ingeniería, finanzas, control de calidad y asuntos regulatorios. La opinión pública debe ver un plan de mejoramiento antes de oír hablar de incrementos tarifarios. El propósito de las tarifas no es cubrir costos sino compensar el desempeño.

Recursos regulatorios. La cantidad de empleados al servicio del regulador debe ser la suficiente, deben contar con las compensaciones y experiencia adecuadas para evaluar propuestas de millardos de dólares y desempeño multianual. Recursos humanos inadecuados conllevan a una supervisión pasiva, lo cual es una contradicción.

Compromiso con la recuperación de costos. ¿En qué momento debe el regulador comprometer el dinero de los consumidores que pagan las tarifas: al inicio del proyecto, a su culminación o cuando se llegue a uno de sus momentos clave? Cada opción tiene ventajas y desventajas (ver el estudio del National Regulatory Research Institute, “Compromisos pre aprobados: ¿cuándo y bajo qué condiciones los reguladores deben comprometer el dinero de los consumidores que pagan las tarifas a proyectos de capital propuestos por las empresas que prestan servicios públicos?”). Los reguladores se deben comprometer si esperan lograr un compromiso por parte las empresas que prestan servicios públicos. Lo importante no es tener la certeza de la recuperación, sino claridad de política a seguir.

Diseño tarifario. Hasta finales de la década de 1980, el diseño tarifario se centraba en considerar a la empresa prestadora de servicios públicos como un todo: calculábamos el retorno requerido, para después asignar los costos fijos entre las diferentes categorías de consumidores. Después, fijábamos las tarifas con base en alguna combinación entre demanda del consumidor, uso por parte de este, y un elemento de sensibilidad política (por ejemplo al asignarle una parte del costo fijo generado por los consumidores residenciales a los comerciales e industriales). El criterio de la eficiencia económica aparecía solo de vez en cuando (¿recuerdan los estudios de la década de 1980 sobre “asignar los precios a partir de costos marginales?”) pero estaba lejos de tener un papel central. Décadas de reducciones de costos no dieron pistas que indicaran cuáles serían las necesidades de infraestructura que tenemos hoy día.

Ahora ya aprendimos la lección. El diseño tarifario es clave para proteger al consumidor. Con el fin de contener los incrementos en los costos, debemos moderar las demandas que los causan. El diseño tarifario ofrece una doble contradicción: los incrementos en precios constituyen una protección a los consumidores, pues estos traen como consecuencia una reducción de costos. Los precios deben seguir a los costos a lo largo de las estaciones, los días y las horas.

Liderazgo político. El liderazgo requiere de seguidores comprometidos con la misión del líder⁴⁶. Las comisiones deben hacerles ver a los legisladores la importancia de los programas de inversiones, las obligaciones de las empresas que prestan servicios públicos, el papel de la comisión y las necesidades de recursos de esta. Esto reducirá las sorpresas y, al mismo tiempo, desalentará la búsqueda de foros favorables para los cabilderos —esos esfuerzos periódicos y oportunistas que buscan que las legislaturas unjan ciertas tecnologías o necesidades de capital por encima de otros, sin que estas decisiones estén basadas en una comparación cuidadosa de costos—. En la medida que los legisladores aprecien el trabajo del regulador, ellos mismos harán mejor lo que les corresponde. Esto incluye apuntalar el ingreso de los consumidores más desfavorecidos de tal manera que puedan estar expuestos a los costos reales que implica su consumo.

Todos los involucrados —comisionados, personal de las comisiones, empresas prestadoras de los servicios públicos, legisladores, profesionales y el público en general— deben compartir expectativas claras: La mejora y modernización de la infraestructura es esencial, esta debe ocurrir y va a costar.

⁴⁶ Ver a Garry Wills, *Certain Trumpets: The Nature of Leadership* (Trompetas certeras: la naturaleza del liderazgo) (2007).



28

Proteger al consumidor, pero ¿de qué?

Tenemos demasiadas palabras altisonantes y muy pocas acciones que corresponden con ellas.

Abigail Adams

Los consumidores de hoy, ¿víctimas o actores?

En el marco legal, resoluciones y conversaciones, las frases “regular a las empresas que prestan servicios públicos” y “protección al consumidor” parecen indivisibles y frecuentemente se utilizan como sinónimos. Yo sostengo que “regular a las empresas que prestan servicios públicos” es sinónimo a “inducir desempeño”. Los reguladores definen el desempeño y condicionan las aprobaciones que pretenden estas empresas a este. El desempeño forma parte de la cultura regulatoria cuando los trámites y opiniones regulatorias se enmarcan como investigaciones y evaluaciones al respecto.

Si el “regular a las empresas que prestan servicios públicos” significa “inducir desempeño”, entonces ¿qué queremos decir con “proteger al consumidor”? ¿Protegerlos de qué? Si el propósito de la regulación es inducir a un cierto desempeño, entonces la regulación protege a los consumidores de un mal desempeño —de especulaciones de precios, promocionales falsos, servicio subóptimo y de que el buzón de voz se convierta en un infierno. La regulación protege a los consumidores de las fallas de mercados —cuando el mal comportamiento de un oferente no tiene consecuencias debido a que sus consumidores se encuentran cautivos.

La visión tradicional con respecto a la protección al consumidor tiene dos limitantes. En primer lugar, está incompleta. Los consumidores siguen estando

cautivos a muchas otras fuerzas que aumentan los costos o que limitan los servicios, como son la inflación, el clima y volatilidad de los precios de insumos como combustibles, concreto o servicios de construcción. En segundo lugar, deja a los consumidores expuestos a costos que se originan de su propio comportamiento ineficiente, así como el de sus vecinos (en mi condado un residente puede impedirle a la empresa prestadora de servicios públicos que corte árboles que están dentro de su propiedad, aún si ese están en riesgo de caer y provocar un apagón en toda la zona).

Así, la protección al consumidor tradicionalmente ve a los consumidores como víctimas inocentes; pero esta perspectiva merece ser revisada. Los consumidores no son simplemente entes cautivos a los que hay que proteger; son actores a quienes se les debe empoderar e influenciar —empoderar para que eviten ser capturados, e influenciar para que estén conscientes de sus acciones—. Al darles opciones, educarlos sobre estas, y al asignarles consecuencias por sus elecciones, los reguladores pueden mejorar el desempeño tanto de los consumidores como de las empresas prestadoras de servicios públicos.

La educación actual al consumidor: empoderamiento y responsabilidad

La protección tradicional al consumidor producía una educación tradicional del consumidor: cómo leer un medidor, interpretar una factura, encender la luz de un piloto y reportar un apagón. Esta forma de hacer las cosas se derivó de una estructura industrial en la cual el vendedor era un monopolista y el consumidor un ente cautivo, y donde el consumo de la energía era un derecho absoluto (siempre y cuando el cliente pagara por este). Al consumidor se le debía proteger y el consumo se debía incentivar.

Pero ahora las cosas han cambiado. Con la entrada de la competencia minorista (en la telefonía en todos los estados, en gas y en electricidad en algunos), el consumidor tiene opciones. Dada la contaminación global, el consumo causa externalidades, por lo que el consumidor ya no es un indefenso al que hay que proteger; sino un actor al que hay que empoderar y sobre el cual hay que influir. Los aumentos de precio instigan protestas, pero en los hechos, no toda protesta tiene por origen un abuso. Únicamente por medio de aumentos de precio se puede reducir el consumo de combustibles fósiles, expandir la banda ancha y modernizar las infraestructuras de agua y gas. El consumidor educado no es aquel que solo conoce sus derechos sino también sus responsabilidades. La educación al consumidor debe reflejar estos hechos.

Para poder transmitir estos múltiples mensajes y lograr que los consumidores los absorban, es necesario educarles con respecto a seis temas:

Esta es nuestra oportunidad para ayudar: La infraestructura de hoy se la debemos a los consumidores de ayer, por lo que ahora es nuestro turno de contribuir con ellos. La responsabilidad no se brinca generaciones.

Todos somos generadores de costos: Los consumidores no son víctimas inocentes, pues sus decisiones con respecto al tamaño de su casa, distancias entre hogar y trabajo, uso de aparatos domésticos y nivel de temperatura, causan externalidades hoy y costos de capacidad mañana. Tenemos dos opciones, podemos transferírselos a los que vienen o los podemos afrontar ahora.

Los aumentos de costos son inevitables: Los costos generados por el daño y obsolescencia en la infraestructura, nuevas redes y sus servicios, fuentes de generación limpia y la tecnología de telecomunicaciones no responden a las protestas. Los incrementos en costos y tarifas son inevitables.

La “protección” dependerá más de la disciplina que de las protestas: Entre más eduquemos a los consumidores con respecto a sus alternativas (en términos de patrones de consumo, equipos, oferentes y diseños tarifarios), mejor podrán alinear su comportamiento a la reducción de costos para todos. La mejor protección del consumidor es la auto protección.

El balance entre confiabilidad y costo merece una revisión: En los países desarrollados se espera y se exige una confiabilidad casi perfecta en la disponibilidad de energía. Este estándar tiene un precio y no es el único posible, por lo que el educar a los consumidores con respecto al costo que tiene la perfección permite discutir opciones que impliquen costos más bajos.

La educación del consumidor debe estar alineada con lo que ocurre en la industria: Esto fue lo que la Comisión de Maryland dijo en la resolución donde condicionó su aprobación a la propuesta de “Redes Inteligentes” presentada por BG&E:

No podemos enfatizar lo suficiente que tanto el éxito de esta iniciativa (redes inteligentes) como la probabilidad de que los consumidores vean los beneficios que este proyecto promete, dependen fundamentalmente del éxito que tenga la empresa en educar a sus consumidores y en comunicar el esfuerzo. ... El tiempo para coordinarlo es crucial —los consumidores deben recibir la información necesaria antes de que BGE les instale los medidores, de que los Rembolsos por Horarios Pico inicien y de que cualquier otro cambio programático sea implementado.

Los retos en la educación al consumidor: Política y métricas

La educación al consumidor tendrá éxito si logra transformar a los consumidores de víctimas a actores, si cambia su actitud de “Protégeme” a “¿Cómo puedo ayudar?” Para que haya éxito, se necesita que tanto los políticos como los reguladores ejerzan sus funciones distintivas. Los líderes políticos deben liderar: inspirar a los ciudadanos para que hagan buenas elecciones y asuman los costos que implican sus decisiones; en tanto que los reguladores deben planificar la infraestructura, diseñar los esquemas tarifarios y establecer estándares de desempeño. Y claro que es más fácil decirlo que hacerlo. En nuestra realidad electoral los candidatos que promueven “energías verdes”, “redes inteligentes”, “independencia energética” y “banda ancha universal” —pero que ignoraran los costos que implican— terminan por ganarle la partida a aquellos que prevén decisiones difíciles, incrementos tarifarios y la necesidad de asumir sacrificios. Así, los políticos “ganadores” le dejan el problema a los reguladores, quienes ahora deben persuadir a los ciudadanos acostumbrados a pagar precios por debajo de los costos, a pagar los que reflejen todos los costos.

Junto con las realidades políticas viene el reto de la métrica: ¿cómo podemos poner a prueba los efectos de la educación? La métrica tradicional mide registros (medidores instalados, consumidores contactados, panfletos distribuidos, recursos invertidos en publicidad, cupones canjeados y llamadas del consumidor atendidas). Pero la métrica actual también debe contemplar resultados: ¿Se ha reducido el consumo?, ¿Se ha desplazado la demanda?, ¿Se ha diseminado la banda ancha? e incluso considerar si ha aumentado el civismo público.

Conclusión: bases para el optimismo

La misión regulatoria de lograr costos efectivos nos obliga a tratar a los consumidores no como intereses a los que debemos aplacar, sino como actores a inspirar; y la mejor forma de hacerlo es buscando que la mentalidad del consumidor sea “¿Cómo puedo contribuir?” en lugar de “Qué hay para mí”. El mejor enfoque con respecto a la educación es el que va más allá de enseñarle al consumidor cómo leer su recibo, es aquel que busca ampliar las perspectivas, que procura selecciones activas, que explica cómo el bienestar de la comunidad depende de las acciones individuales de cada consumidor. ¿Cuál de estos anuncios cree que redujo de forma más eficiente la contaminación por basura en las carreteras, aquel que decía “Prohibido tirar basura, multa \$500 dólares” o aquella que decía “No se meta con Texas”?

29

Separando los mandatos de políticas públicas de las consecuencias de los costos: ¿Perderá el público la confianza?

Los servicios públicos nunca funcionarán mejor que cuando su recompensa esté vinculada al desempeño de sus funciones, y que esta sea proporcional a la diligencia con la que se lleven a cabo.

Adam Smith, *La riqueza de las naciones*, Libro V, Capítulo 1, Parte 2
p. 719 párrafo b20.

Un estudiante de derecho me pidió que le explicara en una oración “qué hacen los reguladores de las empresas que prestan un servicio público”. Mi respuesta fue la siguiente:

Los reguladores establecen estándares, atan la compensación con el desempeño, y luego diseñan estructuras de mercado (y tarifas, en el caso de monopolios) que produzcan tanto la compensación como el que los consumidores consuman de forma eficiente.

Tres tareas están unidas en estrecha interdependencia. Para los recién llegados a la regulación, ya sean legisladores, gobernadores, miembros del gabinete o el ciudadano promedio, resulta fácil no darse cuenta de estas interdependencias. Es común escuchar que “los reguladores de las empresas que prestan servicios públicos establecen tarifas, en tanto que la política pública se elabora en otra parte.” La distorsión causada por esta cortedad queda clara al examinar cada parte de la triada.

El papel de los reguladores

Establecer expectativas con respecto al desempeño. Una empresa prestadora de servicios públicos tiene la obligación de servir, pero esta obligación depende de ciertas definiciones. ¿Se requiere de una calidad promedio, por encima del promedio, de primera o una apenas aceptable? ¿El rango de los servicios mínimos debe ser el tono de marcación, corriente eléctrica, disponibilidad de gas, o debe incluir banda ancha, medidores con de uso en tiempo real, auditorías de energía y niveles de almacenamiento? ¿Esta obligación se limita a mantener la luz encendida hoy o debe incluir el ahorrar recursos para las próximas generaciones?

Atar la compensación al desempeño. La Constitución obliga a las comisiones a otorgarle una “compensación justa” a las empresas prestadoras de servicios públicos. (Quinta Enmienda: “... [T]ampoco se podrá tomar la propiedad privada para su uso público sin que esta reciba a cambio una compensación justa.”) Resulta común que estas empresas argumenten que la “compensación justa” equivale a la “recuperación de costos”. Esta solicitud pecuniaria hace que se pierda el propósito central de la regulación, pues no se trata de alinear las tarifas con los costos, sino las compensaciones con el desempeño. El costo es un valor de entrada, un *input*; el desempeño el resultado, el *output*. La prueba del desempeño no está en la cantidad de dólares gastados, sino las innovaciones implementadas, los consumidores empoderados y la rendición de cuentas desplegada.

Hacer que los consumidores consuman de forma eficiente. La aritmética tarifaria es clara y sencilla: divida el requerimiento de ingreso anual (el monto que requiere la empresa regulada para cubrir gastos y un retorno justo para los inversionistas) entre las ventas esperadas. Pero la tarifa promedio no guarda relación alguna con la realidad si esta es la causa de los costos del consumidor, pues el costo real por cada hora de consumo diverge del promedio. La eficiencia económica y la justicia social requieren que quienes causen los costos sean también los que tengan que hacerse responsables de ellos. Si es así, una tarifa promedio falla en ambos casos. Pero insistir en asignar costos en función de la causalidad de los mismos desata otras preocupaciones —como medir y darle seguimiento a los costos, sus efectos en los usuarios de bajos ingresos, la estabilidad de los ingresos y la aceptación del público— por lo que se necesitará hacer algunos ajustes.

Interdependencia e inseparabilidad

Por lo general, la práctica regulatoria ubica al desempeño, a la compensación y a la elaboración tarifaria en procesos separados, e incluso le asigna la responsabilidad regulatoria a distintas agencias. Pero estas tres actividades son interdependientes e inseparables.

El desempeño cuesta dinero. Nadie elige un Lexus sobre un Volkswagen sin tomar en consideración el costo. La confiabilidad absoluta cuesta más que aquella que permite un apagón por año. Así, quienes establecen los estándares deben considerar el impacto que provocan en los consumidores. El desempeño también enfrenta limitantes técnicas. Las preparatorias no obligan a sus alumnos en la clase de educación física a correr una milla en cuatro minutos. Los requerimientos con respecto a las energías renovables y las expectativas sobre banda ancha deben lidiar con las restricciones de transmisión, el acceso a materias primas y la disponibilidad de tierra y trabajo. Todo lo anterior involucra costos.

La calidad del desempeño varía. La electricidad, el gas y el agua son mercancías, pero no el desempeño. El ritmo de la innovación y la mejora, la calidad de la construcción y las reparaciones, así como la capacidad de respuesta al cliente, varían dependiendo de cada empresa prestadora de servicios públicos. En la mayoría de las industrias la paga refleja el desempeño: Pagamos menos por ver una obra de teatro montada en una preparatoria que por un musical en Broadway. Donde la regulación tradicional compensa por costos (con negativas esporádicas en casos donde se cometieron imprudencias serias), la regulación del futuro debe compensar con respecto al desempeño. Para tratar de forma justa a los inversionistas, las señales deben ser claras; por lo que aquellos que determinan los estándares de desempeño y quienes fijan tarifas deben utilizar métricas comunes para establecer la compensación.

La compensación eficiente depende de la planeación. Conforme el proceso tarifario se mueve de costos promedio a costos reales, los reguladores deben determinar qué “costos” reflejar en las tarifas. Pueden ser costos reales causados, costos futuros evitados, o una combinación de ambos. La planeación de recursos integrada identifica la mezcla de recursos (incluyendo las medidas para evitarlos, como la administración de la demanda) que los consumidores requerirán bajo supuestos definidos. Dado que los precios afectan la demanda y la demanda a los precios, la planeación y los precios deben surgir de un proceso común.

La separación burocrática socava a la responsabilidad sobre la relación costo-beneficio

Esta inseparabilidad argumenta a favor de la precaución con respecto a la separación burocrática. En la regulación tradicional de empresas que prestan servicios públicos, estas tres funciones permanecían en gran parte dentro de una misma comisión. Las comisiones, armadas con dos frases legales concisas —“justa y razonable” y “sin discriminación indebida”— establecían los estándares de calidad del servicio y el requerimiento anual de ingresos, para luego asignar estos requerimientos entre las categorías de clientes y fijando las

tarifas con base en las ventas estimadas. La evaluación sobre el “desempeño” se limitaba a apagones y sobrecostos.

Durante la última década, el público y sus representantes —legisladores, gobernadores y miembros del gabinete— han reconocido que los servicios públicos hacen más que entregar electricidad, gas, agua y llamadas telefónicas. Ahora aceptan que estos servicios dañan al aire, agua y a los delicados equipos de cómputo, pero que si se guían de forma adecuada, también traen consigo beneficios, como incentivar el desarrollo económico, diversificar las fuentes de energía, construir banda ancha y climatizar los hogares.

Así, los responsables de elaborar políticas públicas externos a la comisión le están inyectando nuevas metas al proceso regulatorio, complementando —y a veces suplantando— el papel regulatorio tradicional. Igual establecen estándares para los apagones, que obligaciones para la compra de renovables, requerimientos de inversión en banda ancha, métricas sobre la calidad del agua o cuotas sobre eficiencia energética⁴⁷.

En algunos casos, la responsabilidad del diseño, e incluso en la implementación de estas políticas públicas, está recayendo en agencias distintas a las comisiones reguladoras tradicionales. El problema es que esta tendencia separa a las políticas de las consecuencias que estas tienen sobre los costos. Las políticas están siendo establecidas por agencias que no realizan ningún análisis tarifario, en tanto que las compensaciones y tarifas por agencias que no realizan ningún análisis de políticas públicas. Esta doble separación conlleva riesgos. Los vendedores pueden cabildear para lograr políticas que favorezcan a sus productos sin que estas estén relacionadas con la disciplina costo-beneficio que normalmente imponen los reguladores que examinan a los testigos bajo juramento. Así, el separar a la formulación de las políticas públicas de los procesos tarifarios, reduce la responsabilidad de las empresas, como los candidatos que prometen poner a un policía en cada cruce sin comprometerse al aumento de impuestos correspondiente.

Conclusión

La regulación de las empresas que prestan servicios públicos es política. La regulación realiza juicios de valor, asigna derechos y responsabilidades, establece recompensas y penalizaciones, todo lo cual afecta el estilo de vida y la billetera de todos los ciudadanos. Las instituciones políticas deben estar involucradas, por lo que el reto está en engranar este involucramiento con la responsabilidad costo-beneficio y los estándares que aseguran las formalidades de la regulación.

⁴⁷ Para un estudio integral con respecto a esta tendencia, incluyendo cuál ha sido su destino en las cortes, ver a Eric Filipink's "Serving the 'Public Interest': Traditional vs. Expansive Utility Regulation" (Sirviendo el "interés público": la regulación tradicional vs. la expansiva de empresas prestadoras de servicios públicos), NRRI 2010-02, Jan. 2010. www.nrri.org.

Cualquiera que tenga una memoria de treinta años (energía nuclear), veinte años (ahorros y préstamos), diez años (Enron) o de cinco (la banca de inversión), sabe que cuando separamos la emoción de las políticas públicas, por un lado, de la rendición de cuentas de los costos, por el otro, y le agregamos clientes cautivos, corremos el riesgo de cometer excesos, provocar la desconfianza del público y de retroceder en cada una de las políticas que buscábamos impulsar.



30

Promoviendo la diversidad y prohibiendo la discriminación: ¿Existe una obligación regulatoria hacia la sociedad?

Puede que todos hayamos venido en diferentes barcos,
pero ahora estamos en el mismo bote.

Rev. Martin Luther King, Jr. (1929-1968)

Cuando los reguladores hablan sobre diversidad y discriminación, por lo general se refieren a tipos de combustibles, nuevos servicios o el acceso a infraestructura con cuellos de botella como líneas de transmisión, ductos y la “última milla” en telecomunicaciones. Fuera de la regulación estos conceptos se refieren a las relaciones sociales. Conforme nuestro país se vuelve más diverso, también así los clientes de nuestras empresas prestadoras de servicios públicos. ¿Cuál es la responsabilidad que tienen estas para reflejar esta diversidad en sus empleados y empresas contratistas? y ¿Cuál es el papel del regulador en este asunto?

Existen algunos esfuerzos voluntarios de estas empresas al respecto, como el motivado por la admirable Asociación de Empresas Prestadoras de Servicio Público para el Acceso al Mercado, auspiciada por NARUC. Pero voluntario significa eso, voluntario y no obligatorio; esto es, si nos interesa, cuando tengamos oportunidad y sin no nos cuesta demasiado. Si la meta es eliminar la brecha entre la diversidad que existe dentro de estas empresas y la diversidad social, lo “voluntario” no es suficiente. Y según entiendo, esta brecha persiste. Supongamos que planteamos la pregunta de forma más fuerte: ¿Debería ser obligatoria la diversidad? ¿Una concesión de servicios públicos —otorgada,

protegida, y apoyada por el gobierno para operar sin competencia— debería incluir la obligación de contar con una fuerza de trabajo y de contratistas diversa? Y una pregunta aún más dura: ¿Ya existe esta obligación? ¿La autoridad tradicional con la que cuenta una comisión incluye algún tipo de autoridad para exigir esfuerzos y resultados particulares en la materia?

Hace treinta y seis años, la Suprema Corte de los Estados Unidos examinó la punta del iceberg de esta cuestión y respondió en gran parte de forma negativa. La Asociación Nacional para el Avance de la Gente de Color (la “NAACP”) le solicitó a la Agencia Federal de Energía (“FPC” y predecesora de la FERC) que emitiera una sentencia prohibiéndole a las empresas prestadoras de servicios públicos discriminar a sus empleados por cuestiones de raza. Su propuesta de sentencia habría obligado a la Comisión a “(a) enumerar las prácticas laborales ilegales; (b) obligar a los regulados a establecer programas escritos para asegurar oportunidades de empleo igualitarias y registrarlas ante la Comisión; y (c) darle de forma individual a los empleados el derecho de presentar quejas por discriminación directamente ante la Comisión”. (Resumen presentado por el Ministro Presidente Burger en su opinión concurrente).

Citando a las Leyes Federales de Electricidad y Gas Natural, la NAACP argumentaba que (a) el marco legal al que se ceñía la FPC establecía que los negocios de venta de electricidad y de gas natural “estaban afectados por el interés público” y que (b) la discriminación racial por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos entraba en conflicto con el interés público. Por lo tanto, la FPC estaba tanto autorizada como obligada a prohibir la discriminación en sus empresas licenciadas.

La FPC negó esta solicitud alegando que “No era un tema de su incumbencia”. Tanto la Corte de Apelaciones como la Suprema Corte apoyaron a la FPC. Esta última explicó lo siguiente:

[E]l uso de las palabras “interés público” en un las disposiciones regulatorias no constituye una licencia amplia para promover el bienestar general. Más bien, estas palabras toman su significado del propósito de la legislación regulatoria.

[...]

[E]l propósito principal de estas leyes era fomentar el desarrollo ordenado de una oferta abundante de electricidad y gas natural a precios razonables... El uso de las palabras “interés público” en las Leyes de Gas y Electricidad no constituyen una directiva para que la Comisión busque erradicar la discriminación, sino más bien son un encargo para

promover la producción ordenada de ofertas abundantes de energía eléctrica y gas natural a tarifas justas y razonables.

National Association for the Advancement of Colored People v. Federal Power Commission, 425 U.S. 662 (1976).

Simpatizando con el propósito del peticionario, la Corte enfatizó que si las prácticas discriminatorias de una empresa prestadora de servicios públicos llevaban a la imposición de multas, indemnizaciones o costos por litigio o “los costos laborales ilegales, duplicados o innecesarios” esto no debería ser tomado en cuenta por la Comisión al momento de establecer las tarifas “justas y razonables”. Estas acciones sí estaban dentro del campo de acción de la agencia, mas no el regular las prácticas laborales.

¿Los promotores de la diversidad están limitados al voluntarismo o esta decisión deja espacio para emitir mandatos? (Técnicamente, la opinión limita únicamente a la FERC, pero su razonamiento puede repercutir en cualquier otro marco regulatorio). Necesitamos algunas soluciones. A continuación unas ideas:

Supongamos que una comisión estatal encuentra que las políticas de contratación o subcontratación de una empresa prestadora de servicios públicos discriminan por razones de raza, etnia, género, origen nacional, orientación sexual o edad. ¿Sería posible que la comisión resolviera que la discriminación limita la capacidad de respuesta al público por parte de la empresa prestadora de servicios públicos? ¿O que la discriminación infla la estructura de costos de la empresa o de sus contratistas dado a que su composición laboral no cuenta por esta razón con el personal altamente calificado que necesita? Estos supuestos hallazgos requerirían de una investigación de hechos, comparativos entre fuerzas laborales y vínculos reales de causa-efecto entre la discriminación laboral y el desempeño de la empresa prestadora de servicios públicos. Pero una respuesta afirmativa es plausible. Armados con hechos concretos, una comisión podría resolver dos problemas legales que no fueron aclarados en la opinión de la NAACP. En primer lugar, la comisión no estaría ejerciendo alguna “licencia amplia para promover el interés público general”, sino su propósito central: vigilar el desempeño operativo y de costos de una empresa prestadora de servicios públicos, y estableciendo las tarifas correspondientes. En segundo lugar, la comisión habría basado sus decisiones en hechos y no en un deseo general de mejorar a la sociedad. Los tribunales se inclinan por los hechos cuando existen evidencias sustanciales.

Una vez que se haya establecido que el desempeño de la empresa prestadora de servicios públicos está afectado negativamente por la discriminación, ¿qué pasos debe seguir la comisión? ¿Podría no admitir aquellos costos que considere excesivos derivados de la discriminación? ¿Imponer penalidades por el mal

desempeño? ¿Condicionar la continuación de los derechos de la empresa prestadora de servicios públicos como concesionario hasta que se tomen acciones inmediatas para resolver el problema? ¿Revocar la concesión en favor de otra compañía menos propensa a discriminar? Si la comisión logra vincular estas consecuencias de forma factual y razonable con las actividades prohibidas, y a su vez a estas actividades con el mal desempeño, ¿estaría la comisión a salvo de un litigio? Mejor aún, ¿el prospecto de enfrentar consecuencias financieras llevará a que se tomen más acciones “voluntarias” para que esta brecha se cierre más rápido? Y habiendo encontrado un vínculo indiscutido entre discriminación y desempeño, ¿podrá ahora la comisión requerirle a la empresa que tome acciones específicas encaminadas a eliminar la discriminación, como políticas activas de reclutamiento, entrenar al personal de recursos humanos y supervisores, establecer procesos de denuncias anónimas y otras prácticas utilizadas por compañías modelo?

Al basar las acciones del regulador en el desempeño de la empresa y no en alguna forma de “licencia amplia de promover el bienestar general del público”, tal vez exista un espacio para un mandato de la comisión.

Debo aceptar que este enfoque puede causar una reacción por parte de aquellos que quisieran citar la opinión concurrente del Ministro Presidente Burger (un tanto malhumorada desde mi punto de vista) en cuanto a que los supuestos costos provocados por algunos tipos de discriminación

no pueden ser cuantificados sin recurrir a supuestos enteramente especulativos que serían totalmente inaceptables en un proceso tarifario. Resultaría imposible, por ejemplo, medir o determinar con un mínimo de exactitud “el costo de la ineficiencia provocada por la desmoralización que conllevan las barreras discriminatorias que impiden un trato justo o promoción a empleados de las minorías”. Tampoco es probable que “los costos provocados por huelgas, manifestaciones y boicots contra [una empresa prestadora de servicios públicos] debido a sus políticas discriminatorias”... puedan ser determinados con un grado de confiabilidad suficiente. ... [N]o puede considerarse que esté en el interés público que alguien que alega tener interés jurídico impida el progreso ordenado de un proceso tarifario con la vana esperanza de que estos costos puedan, después de un largo litigio, ser cuantificados.

Si sabemos que la discriminación racial puede causar ineficiencia en empresas que prestan servicios públicos, ¿qué le impide a una comisión actuar de forma decidida para detenerlo? En lugar de esperar a que la discriminación ocurra, encontrar pruebas e imponer sanciones, ¿podría una comisión requerirle a todas las empresas prestadoras de servicios públicos (y no solamente a aquellas

acusadas de discriminación) a: (a) reportar de forma periódica en sus prácticas de contratación y promociones, así como en los resultados, (b) a explicar cualquier falta de progreso al respecto o (c) instituir mejores prácticas en la materia determinadas por la comisión? Si estos requerimientos son vinculados al desempeño operativo, ¿cuáles pueden ser los argumentos legales en su contra? ¿Cómo difieren estos de estándares como apagones, llamadas caídas o calidad del agua?

Contrario a lo que ocurre con las niñas Scouts o la Cruz Roja, el regular el desempeño de las empresas prestadoras de servicios públicos no se trata de solicitar voluntarios. La regulación efectiva exige estándares de calidad y basa las compensaciones en el desempeño. Así lo hacemos con respecto a los apagones, llamadas caídas y calidad del agua. En tanto lo podamos vincular al desempeño, se puede hacer lo mismo con respecto a la diversidad.



31

“Hacer todo” no constituye una política energética nacional

La historia nos enseña que tanto los hombres como las naciones se comportan sabiamente una vez que han agotado todas las demás opciones.

Abba Eban

Una política energética nacional racional debe (a) balancear de forma transparente las metas de largo plazo, las necesidades de corto plazo, la certidumbre y el riesgo, (b) reevaluar continuamente las políticas ya establecidas para dar cabida a nuevas, (c) basar las decisiones en análisis costo-beneficio y (d) favorecer a quienes proponen ideas por encima de aquellos que buscan llamar la atención.

La política energética de los Estados Unidos descrita actualmente en términos de “hacer todo” falla cuando se contrasta con estos propósitos. Esta brecha entre el ideal y la realidad tiene al menos cinco causas.

Establecer metas vs. resolver conflictos

Nuestros políticos anuncian seis metas (lograr la independencia energética, reducir la contaminación, mantener una confiabilidad total, crear empleos, ser el líder mundial en tecnología y darle poder a los consumidores) en tanto que prometen tres condiciones (precios bajos, reducir impuestos y privacidad personal). A lo anterior hay que añadir nuestras metas y personales y condiciones: vivir en vecindarios silenciosos pero utilizar las ruidosas máquinas que soplan las hojas, o manejar para ir a cualquier parte pero sin calles congestionados.

Estas ecuaciones no se balancean pues las condiciones chocan con las metas. Esto me recuerda a la campaña por el senado en Nueva Jersey en la década de 1980 cuando el candidato que buscaba la reelección, después de escuchar la larga lista de promesas de su contendiente —un sistema de defensa fuerte, un medio ambiente limpio, excelentes universidades, ciudades seguras, parques agradables y acabar con los baches en las calles, y todo esto al tiempo que prometía reducir los impuestos— dijo: “Lo que usted propone no es solo una fantasía, es todo el país de las ilusiones”.

El establecer metas sin resolver conflictos no deriva en una política energética.

Batallas suma cero por cuotas de mercado

Ya sea que la pelea ocurra por las subvenciones federales para investigación, créditos fiscales para consumidores o sobre los consumidores minoristas, nuestros debates sobre políticas públicas resultan ser, por lo general, batallas suma cero por cuotas de mercado: carbón vs. energía nuclear; energía nuclear vs. gas natural; gas natural vs. renovables; renovables contra ellas mismas; producción vs. eficiencia energética. Esta batalla circular produce políticas públicas que dejarían perplejo a cualquier extraterrestre: subsidiar a X para contrarrestar los subsidios ya otorgados a Y. A las renovables les resulta difícil competir contra el petróleo, el gas, el carbón o la energía nuclear en parte porque estas fuentes han gozado por muchos años de subsidios (depreciación acelerada de activos y deducciones de intangibles relacionados con la perforación, presencia en el Medio Oriente pagada por los contribuyentes, las exenciones de impuestos por emisiones a los combustibles fósiles y la deuda histórica de medio siglo que tiene la energía nuclear con la investigación y desarrollo federal, así como la deuda de 10,000 años en el futuro para los ciudadanos que tendrán que cuidar los tiraderos nucleares, así como el tope Price-Anderson con respecto a sus responsabilidades por accidentes). En vez de reducir los subsidios a las energías ya establecidas, otorgamos más subsidios a las nuevas fuentes. Esto incrementa el precio para todos.

La dicotomía falsa: regulación vs. competencia

Resulta frecuente que nuestro discurso con respecto al papel de la regulación caiga en la dicotomía. Quienes la apoyan son acusados de buscar “ordenar y controlar”⁴⁸, una frase cuya permanencia en el tiempo debe más a la retórica que a la precisión del concepto. Quienes apoyan la competencia son acusados de “permitir que los mercados atropellen a los consumidores”, un ataque que ignora que los mercados generan productos que salvan vidas (como las

⁴⁸ N. T. El término comúnmente usado para traducir el concepto *Command and Control Regulation* es regulación prescriptiva.

medicinas y los alimentos) o mejoran su calidad (el transporte aéreo, el baseball o los Beatles) beneficiando con ello a la gente. No queda claro si el desacuerdo es filosófico o financiero, pues con demasiada frecuencia el último se argumenta como si fuera el primero.

“Regulación vs. competencia”, como el conflicto “Hatfield vs. McCoy”, ha perdido su vínculo con los hechos. La polaridad teórica es socavada por la realidad cotidiana: Nos gusta la regulación cuando nos protege y nos desagrada cuando nos obstruye. Esta visión es más práctica que hipócrita. Toda industria que presta servicios públicos necesita, y tiene, una mezcla de regulación y de mercados. Algún grado de regulación es necesario para apoyar a los mercados, como licenciar a los operadores de las plantas nucleares con el fin de evitar que errores en su desempeño lleven a la desconfianza del público. También se necesita algún grado de regulación para corregir a los mercados, como los topes de precio para evitar la manipulación del precio y la oferta durante temporadas de desabasto.

Así, la regulación y la competencia, opuestos aparentes, tienen un propósito común: desempeño para el consumidor. La regulación regula las actividades del negocio, pero como escribió Peter Drucker “[e]l propósito de un negocio es crear consumidores”. Todas las actividades legítimas de negocio se desempeñan para el consumidor, y lo mismo es cierto para la regulación. Por lo tanto, la conversación debería centrarse cada vez menos en cómo la regulación reduce las ganancias y en cómo los mercados abusan de los consumidores, y más en cómo diseñar regulación y mercados que sean partes de una misma maquinaria, que funciona en beneficio del consumidor.

El desacuerdo sobre el papel del gobierno

La disputa filosófica-financiera entre regulación y competencia refleja un desacuerdo con respecto al papel del gobierno. Mi causa es una inversión, la tuya es un subsidio. Consideremos los ataques que está recibiendo la Agencia para la Protección al Medio Ambiente (EPA) por hacer valer la ley con respecto a la calidad del aire en contra de las carboeléctricas. La EPA hace lo que hace —aplicar controles directos sobre las plantas generadoras— porque las emisiones de carbón están tasadas a precios bajos. Son principios de economía simples: los costos de contaminar no están reflejados en sus precios. Mucha gente se opone a las reglas establecidas por la EPA y a ponerle un precio a las emisiones de carbón, pero sin ofrecer alternativas. Esta pasividad agresiva busca una política que permita contaminar gratuitamente; pero como contaminar tiene un costo, esto implicaría que alguien más tendría que pagar por esta: algún niño asmático hoy o una aldea africana azotada por la sequía mañana. Es difícil defender filosófica o financieramente al “libre mercado” cuando este resulta gratis para algunos pero caro para otros. Es la obligación del gobierno corregir este error.

La falta de claridad con respecto al significado de “costo-efectivo”

Todos los participantes en el debate sobre la política energética alegan fidelidad al principio de costo-efectividad (el mayor rendimiento posible sobre la inversión). Pero ¿el rendimiento para quién y con el dinero de quién? ¿El dinero local y el rendimiento nacional, o viceversa? ¿Quién gana y quién paga: los padres o los hijos, mis hijos o los tuyos? Y las elecciones lo complican: todo político busca un balance positivo entre inversión y rendimientos en cada ciclo electoral. Pero en la industria de la energía, las inversiones son, muchas veces, experimentos que toman años en acercarse al éxito, si es que alguna vez llegan a él. El principio de costo-efectividad no ocurre cada dos años.

Conclusión

El “hacer todo” tiene su lugar, pero no con respecto a la política pública. Cuando no existe una sola solución certera, intentar algunas cosas tiene cierto sentido, si cada “intento” es definido como un experimento diseñado con un propósito, con un alcance limitado, comparado con grupos de control y evaluado con base en resultados, para luego decidir si se continúa o se descarta. “Hacer todo” falla si implica una competencia entre caminos que no se intersectan, como si fueran corredores que siguen su carril donde cada uno busca vencer a los otros. Una metáfora mejor sería la de la construcción de una casa con base en un plan que busque satisfacer necesidades al tiempo que pretende evitar arrepentimientos. Esto es, con cimientos, paredes, ventanas, pisos y escaleras donde cada cosa encaje con las demás. Todo plan energético debe adherirse a dos principios: basarse en el uso inteligente, de tal forma que utilice de forma eficiente la energía con el fin de mantener la comodidad y la productividad a un costo más bajo que el que representaría “producir más”. El segundo es empatar el pago de costos con quien los causa, evitando que cualquier fuente de energía se imponga a las otras a base de esconder los hechos.

Con base en estos principios, las opciones de generación se podrán apoyar mutuamente, ya sea como energías de transición en lo que maduran otras tecnologías, o como complementos (como la relación gas-viento). La competencia entre fuentes de generación puede seguir teniendo sentido como parte del plan; pero debe existir un plan.

32

Simpatizante, al igual que crítico: Un papel ampliado para los reguladores profesionales

Todos aquellos relacionados con el programa de defensa nacional deben tener un interés patriótico de ver que este se lleva a cabo adecuadamente.

Senador Harry Truman, 10 de febrero de 1941

El comité —frecuentemente enfrentado con el sector militar— se convirtió en un ‘simpatizante crítico’ de la Junta de Producción de Guerra, y ayudó a incrementar la confianza del público en la forma en que la guerra estaba siendo administrada. Las estimaciones sobre el dinero que se ahorró gracias al comité llegan hasta los \$15 mil millones de dólares, y su trabajo hizo que Truman se convirtiera en una figura nacional.

Harry S. Truman: Su vida y su tiempo en <http://www.trumanlibrary.org/lifetimes/senate.htm>

El **Comité Truman**, que formalmente se llamaba Comité Especial del Senado para Investigar al Programa de Defensa nacional, hizo de la crítica una expresión de patriotismo. El Comité no solo ahorró dinero, sino que salvó vidas al revelar la existencia de motores de avión defectuosos y de contratos con sobrecostos. ¿Podemos trasladar este concepto a la regulación

al aplicar un enfoque crítico con respecto a las causas que apoyamos? Consideremos los siguientes nueve ejemplos.

Si apoyas a la “regulación” cuidas su uso. Eliges la regulación únicamente cuando es necesaria y no más allá, esto es, cuando el comportamiento privado, no regulado, entra en conflicto con el interés público (como sería el caso de los límites de velocidad). Circunscribimos la regulación a esas situaciones a fin de preservar la credibilidad que le permita sobrevivir a sus opositores y a sus errores inevitables, para luego moldearla a fin de solucionar esas situaciones y ajustarla conforme cambien las normas. Cuando los niños trabajaban en fábricas textiles, la regulación intervino de forma expedita y severa, y conforme las normas cambiaron, nos pudimos enfocar más en su educación y alimentación y menos en abusos. Aún cuando los abusos en un mercado hayan cedido, quienes apoyan la regulación mantienen su músculo listo para actuar en vez de permitir que este se atrofie. La alternativa es ignorar un problema, como sucedió con los ductos de gas por décadas, hasta que ocurre un accidente fatal de grandes proporciones.

Si apoyas la “desregulación” actúas para evitar inconsistencias revisando constantemente lo ya ocurrido. Muchas de las actitudes hacia la regulación tienen dos caras: buscamos su protección, pero nos oponemos a la obstrucción que provoca. La comida que consumimos, las pastillas que tomamos, los restaurantes que visitamos, el coche que manejamos y las calles en las que conducimos, los doctores que consultamos, las compañías donde invertimos para nuestro retiro, la casa donde vivimos e incluso el cementerio en el que acabaremos, tendrían menor valor y mayor riesgo si no estuvieran regulados.

Si apoyas a los “consumidores” evitas que se siga arraigando la cultura de “mantener las tarifas bajas” la cual ha presionado por décadas tanto a reguladores como a empresas prestadoras de servicios públicos a diferir mejoras y reparaciones a una infraestructura que data de la década de 1950. Esta cultura ha buscado proteger a los consumidores de inconvenientes en vez de exponerlos a los costos que ellos mismos causan.

Si apoyas a los “accionistas” los presionas para que dejen de disfrazar a su interés propio como filosofía política, como ocurre cuando critican a la “regulación” si esta reduce sus ganancias, pero la reciben con entusiasmo cuando excluye a los competidores. Te resistes a ver a las revisiones tarifarias como un juego de suma cero donde la ganancia del consumidor es la pérdida del accionista. Ves al grueso de sus clientes no como entes cautivos “que pagan tarifas”, sino como ciudadanos que merecen tener opciones con respecto a qué, cuándo y cómo consumir. Le aconsejas a los accionistas dejar de lado la actitud de que “Lo que es bueno para General Motors es bueno para los Estados Unidos” y admitir que los intereses de corto plazo de los accionistas

frecuentemente difieren del interés público. Luego reconoces y aceptas que, en el largo plazo, esta divergencia no es ni sana ni inevitable, pues un retorno saludable sobre la inversión requiere tanto de una base saludable de consumidores, como de un público confiado. Esto solo puede existir si la empresa prestadora de servicios públicos es responsable ante los reguladores.

Si apoyas a los “estados”, respetas a los otros estados tanto como al tuyo, por lo que practicas la Regla de Oro: evitas políticas que trasladen tus costos a otros estados, a desfavorecer a sus proveedores, a acaparar su tierra para las necesidades propias, mientras bloqueas su uso para beneficio de otros estados. Ves como “pro-estado” aquellas políticas nacionales que evitan que se discriminen entre ellos y ves a tu nación, los Estados Unidos, como un cuerpo al que contribuyes y no al que le quitas. (Evitas la frase “derechos estatales” que resulta tanto históricamente de mala reputación como constitucionalmente imprecisa; los estados no tienen derechos, tienen poderes —poderes que les son tanto otorgados como limitados por la Constitución, la cual está diseñada para protegernos de nuestro provincialismo—.)

Si apoyas al buen gobierno ayudas a tu gobernador a tomar buenas decisiones. Considere este ejemplo: Un gobernador reemplaza a un abogado-economista con 35 años de experiencia regulatoria, con una reputación nacional y con suficiente objetividad y flexibilidad para haberse ganado la confianza de todas las facciones, por un legislador amigo suyo cuyas credenciales se limitan a su honestidad para admitir que tiene “poca experiencia” en cuestión de regulación de empresas prestadoras de servicios públicos. Si apoyas al buen gobierno, exhibirás la ironía que implica utilizar la tribuna de la gubernatura para “atacar a los empleados públicos”, cuando se acaba de designar a alguien que no está preparado para desempeñar ese trabajo.

Si apoyas a las renovables querrás que el público acepte un incremento de costos de corto plazo debido a que este traerá consigo un decremento en el largo plazo. Así, criticarás a las leyes que impongan cuotas de energías renovables sin limitar sus costos, y a las que bloquen importaciones que podrían reducir los costos de producción. Criticarás a los candidatos que le digan a los electores que ellos están a favor de lo “verde” pero ocultando el costo que esta opción implica. Insistirás en el principio de costo-efectividad calculando la tolerancia del público a los aumentos tarifarios y calculando las metas de renovables en consecuencia. Luego harás que las renovables compitan en sus méritos.

Si apoyas la opción “nuclear” tendrás que asumir la hipocresía de medio siglo que vendió a esta fuente de generación como un milagro del libre mercado, cuando su supervivencia económica ha dependido de millardos de dólares pagados por los contribuyentes para financiar investigación y a la protección

gubernamental a los límites en la responsabilidad de daños. Reservarás el uso del término “conservador” para aquellos que conservan, no para quienes se sienten cómodos produciendo toneladas de desechos radioactivos sin saber cómo transportarlo, almacenarlo y cuidarlo por más milenios de lo que la historia tiene registrados hasta el momento (ver *Hacia la eternidad*, una película sobre el sistema de túneles finlandés diseñados para almacenar sus desechos nucleares por más de 100,000 años sin ser molestados, asumiendo, claro, que sus descendientes puedan leer y acatar las señales de alerta).

Si apoyas la “competencia” reconoces su contradicción inherente: todo competidor quiere ser un monopolista —alguien a quien sus consumidores consideren indispensable. Esta aspiración lleva a algunos a manipular, acaparar y abusar —abusos que requieren de la regulación para evitarles y hacerles frente. Pero otros buscan el estatus de indispensable por medio de creaciones que cambian la forma de vida, como la vacuna contra la polio o los violines Stradivarius, los cuales fueron avances que inspiraron a otros para competir. (Ver a David Brooks “Confundiendo Capitalismo y Competencia”, *The New York Times*, 24 de abril de 2012). La competencia, como la humanidad, es capaz de hacer el bien y el mal, por lo que quienes apoyan la competencia tienen mucho cuidado con el uso de este término. “Competencia” no se limita a rivalidad, una lucha a navaja desnuda donde todos están enfocados en hacer que otro pierda. La “competencia” es una estructura de mercado donde hay muchos vendedores, en la cual ninguno de ellos tiene ventajas no merecidas y donde todos tienen acceso a “cuellos de botella” no replicables; es una estructura de mercado que fuerza a que los precios bajen y a que la calidad suba sin que ningún participante puede influir en los resultados. Quienes apoyan la competencia insisten en estructuras de mercado en las que las partes ganan únicamente con base en sus propios méritos, jugando limpio, reduciendo sus propios costos y estando satisfechos con “algo” en vez de con el “todo”.

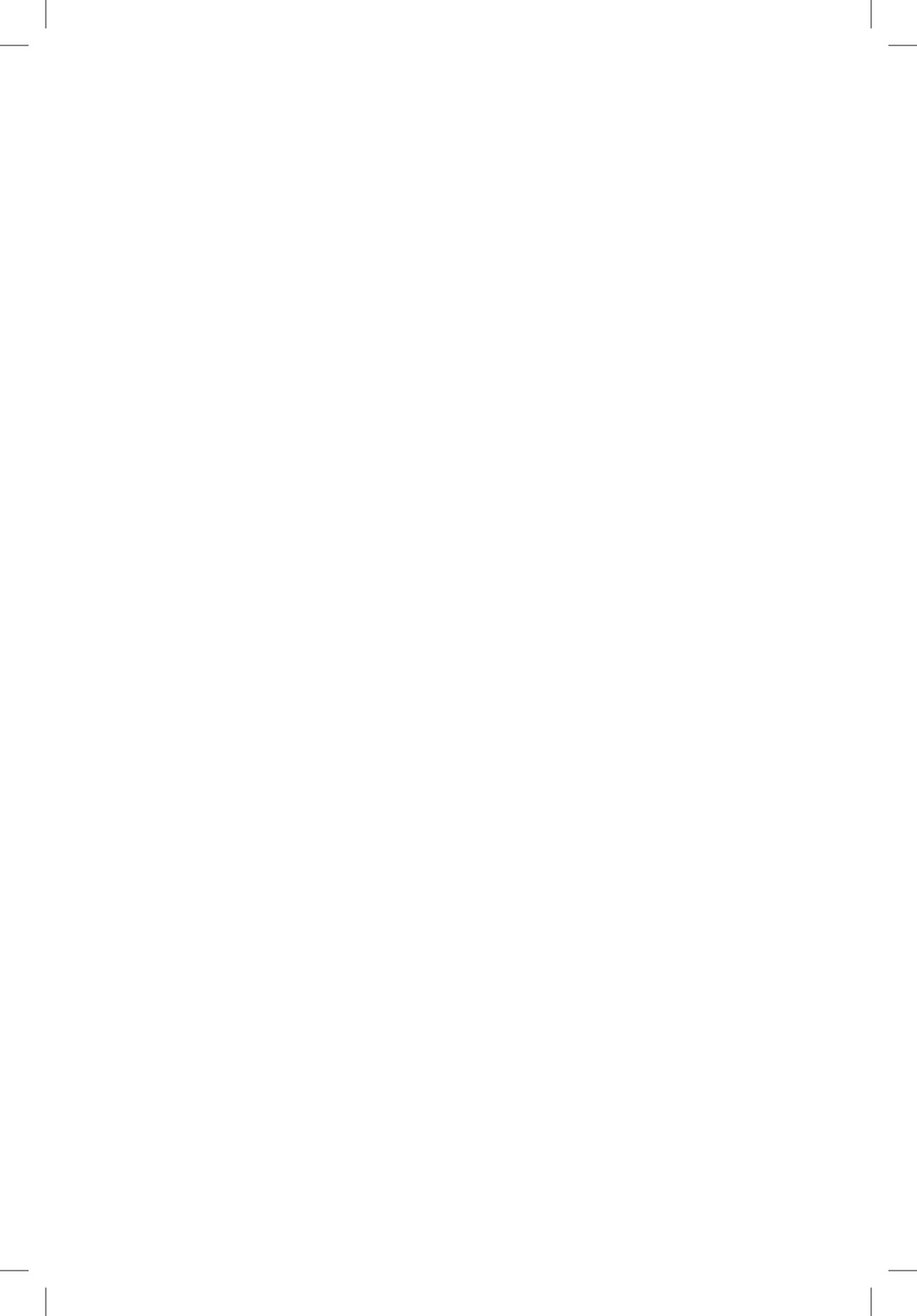
QUINTA PARTE

Jurisdicción: El poder es un medio, no un fin

La Constitución de los Estados Unidos establece un gobierno dividido y los marcos regulatorios estatales reflejan esta decisión. La mayoría fueron promulgados a principios del Siglo XX, cuando las prestadoras de servicios públicos regulados eran empresas locales, por lo que la mayor parte de su regulación también lo era. Durante las décadas siguientes, la interconexión del país ha requerido de un papel federal cada vez más activo y, en respuesta, los responsables de las políticas públicas estatales han tanto impugnado como buscado formas para ser exonerados o protegerse a sí mismos de las decisiones federales. Mientras tanto, el gobierno federal y los legisladores estatales, normalmente actuando de forma independiente, han emitido una serie de nuevos mandatos sin examinar la relación regulatoria entre estados y federación.

Y para complicar aún más esta arquitectura jurisdiccional inestable, hay que considerar dos factores: Los cambios ideológicos que acompañan a las elecciones, y los esfuerzos estatales por utilizar sus facultades para beneficiar al electorado local. Actualmente el riesgo radica en que los diseñadores de políticas públicas se enfoquen más en el poder que en el desempeño, más en asignar costos que en reducirlos.

En los ensayos correspondientes a esta quinta parte, catalogo las causas de esta lucha jurisdiccional y planteo soluciones. El regulador efectivo busca alinear jurisdicción con misión, aún si esto termina por reducir su propio poder. Se enfoca menos en el poder y más en los resultados.



33

Legislativo y comisiones: ¿Qué tan bien trabajan juntos?

El encuentro de dos personalidades es parecido al de dos sustancias químicas que entran en contacto. Si hay alguna reacción, ambas se transforman.

Carl Gustav Jung

El legislativo delega poderes a las comisiones. Delegar implica decidir qué problemas son mejor atendidos por el legislativo, y cuáles por la comisión. El marco regulatorio frecuentemente responde a esta pregunta de una manera subóptima. A continuación expondré tres ejemplos y tres causas comunes, seguidas de dos principios necesarios para establecer relaciones efectivas entre legislatura y comisión.

Delegación Legislativa: tres ejemplos de suboptimalidad

Hogares de bajos recursos: Para los ciudadanos más pobres, el costo del servicio supera su capacidad de pago. Como el legislativo destina recursos de menos para reducir la pobreza, los reguladores de buen corazón terminan asignando costos fijos de más a los cargos variables, con el fin de reducir las tarifas para usuarios de bajo consumo. Esta práctica choca con la visión de los economistas, que considera que recuperar costos fijos por medio de cargos variables conlleva a una menor eficiencia, lo que implica reducir la cantidad de recursos disponibles para todos. El realizar la función política de redistribución de la riqueza —en este caso, ayudando a los pobres a reducir sus facturas— desvía a los reguladores de su obligación de inducir un rendimiento eficiente. ¿Podríamos evitar este conflicto y desviación mejorando la relación entre el legislativo y el regulador?

Contaminación: La generación eléctrica contamina; y la causa de la generación de electricidad es su consumo. El consumo contaminaría menos si el precio al final reflejara el costo de contaminar. Pero los reguladores están sujetos a presiones encontradas: reduce la contaminación pero mantén los precios bajos. La solución requiere de una mezcla de lo político y lo técnico. El reto político es convencer al consumidor de la responsabilidad que tiene de asumir el costo que su consumo genera. Si el legislativo responde a este reto, entonces las comisiones pueden desplegar su pericia técnica para elaborar un diseño tarifario y programas de eficiencia que minimicen el costo de la decisión tomada por los políticos. El silencio del legislativo, por el contrario, deja a la comisión expuesta al ataque político, en lugar de estar libre para resolver los problemas técnicos.

Estructura del mercado —¿Podemos hacer que funcione la competencia?: ¿De qué manera autoriza el legislativo la competencia después de décadas de monopolio? En este contexto, hay múltiples criterios de toma de decisión que se disputan la atención: la *ideología* (¿mercados o regulación?); la *conveniencia política* (¿para el día de las elecciones, los precios habrán aumentado o bajado?); el *apaciguamiento de los grupos de presión* (¿recuperación de “costos varados” para los oferentes existentes?, ¿altos “créditos de compra” para usuarios elegibles con el fin de ayudar a los nuevos competidores?, ¿servicios a precios tope para los usuarios que no van al mercado?); y los *hechos* (¿las economías de escala, la confiabilidad y la eficiencia incrementan o se reducen con la desintegración?).

La estructura industrial debe estar al servicio del propósito de la industria. Las industrias sirven a los consumidores, y saber si una estructura dada cumplirá bien con esta función es una pregunta factual. Para responder a preguntas factuales, se requiere de objetividad y de tener una mente abierta. La ideología, la conveniencia y el aplacamiento son criterios que deben estar al margen. Cuando se decide la estructura de una industria, ¿cuál es la mejor mezcla de poderes legislativos y de la comisión? ¿Debe el mismo legislativo cambiar la estructura, o debe delegar esta decisión sobre el cambio deseado a una comisión experta?

Yo trazaría la frontera técnica-política de la siguiente manera: el Legislativo debe realizar los juicios políticos sobre esta estructura centenaria que ahora se requiere repensar, en tanto que la comisión se encarga de los juicios técnicos con respecto a qué tipo de estructura funciona mejor. En el caso de la competencia eléctrica al menudeo, la mayor parte de los congresos estatales han diluido estas fronteras. Estos han emitido declaraciones políticas diciendo que la “competencia” es la estructura que mejor sirve al público, para luego fijar fechas de inicio concretas. Pero la funcionalidad de estas declaraciones dependía de hechos técnicos sobre de las economías de escala, confiabilidad y disponibilidad. Sin embargo, la irregularidad de una competencia al menudeo efectiva muestra que los

legisladores no cuentan con las herramientas necesarias para decidir y calibrar políticas con hechos técnicos.

La Sub-optimalidad del Legislativo: Tres causas

Los recursos humanos del legislativo: Los Congresos cuentan con personal permanente para atender los temas recurrentes como el presupuesto, impuestos, educación, salud y seguridad pública. Dado que legislación para los servicios públicos aparece con poca frecuencia, el personal enfrenta curvas de aprendizaje muy empinadas.

Un alto componente político: Con un empujón moderado por parte de los grupos de interés, la regulación técnica cae fácilmente en la polaridad y suma cero: accionista vs. consumidor, economía vs. medio ambiente, jugador establecido vs. entrante, residencial vs. industrial y tecnócratas vs. defensores del consumidor. Como los legisladores se especializan en alcanzar equilibrios, estos encuentran la forma de lograr mayorías. Pero como en el caso de los cimientos de una casa, los basamentos técnicos de la regulación para servicios confiables, eficiencia económica y estándares de desempeño, no se fortalecen con el equilibrio político.

Estímulos de corto plazo: La planeación de las empresas que prestan servicios públicos es de largo plazo, pero los estímulos legislativos tienden a ser de corto plazo: El fantasma de un incremento tarifario, la explosión de un ducto, el cierre de un manufacturero o una práctica regulatoria existente que incomoda a algún actor. Este desfase genera soluciones de corto plazo, desvinculadas de las misiones de largo plazo.

Relaciones eficaces entre el Legislativo y la Comisión: Dos principios

1. *Alinear responsabilidades con la ventaja comparativa.* Corresponde al Legislativo hacer las grandes concesiones. Establecer el tipo de cambio entre valores competitivos, grupos de interés, y periodos de tiempo. Gasto en defensa vs. gasto social, educación universitaria vs. educación técnica y el hoy vs. el mañana son ejemplos de juicios legislativos. Los reguladores son mejores en cuanto a los juicios técnicos: definir qué se entiende por desempeño eficiente, calibrar recompensas y penalizaciones para inducir a un desempeño eficiente, cuantificar concesiones entre distintos propósitos e identificar soluciones que las eviten. Los reguladores también diseñan los procesos que llevan a la objetividad —de ingeniería, contabilidad y financiera— en la que recaen las expectativas del público con respecto a que las luces se encenderán, el agua fluirá y los teléfonos sonarán.

2. *Hacer de la relación legislativo-comisión una relación de equipo.* Debido a que el Legislativo es quien crea y faculta a una comisión (excepto por las comisiones establecidas desde la Constitución), la supervisión es inevitable. Pero la relación efectiva entre legislativo y comisión es menos de supervisión y más de colaboración: objetivos compartidos, acciones coordinadas, confianza mutua y críticas en los dos sentidos.

Las metas compartidas requieren de una definición común del interés público: una visión mutua de esa combinación entre eficiencia económica, gradualismo compasivo y rendición de cuentas políticas que mejor sirvan a la comunidad. La acción coordinada y el diálogo de dos vías implican que ambos organismos deben decidir quién hace mejor qué tareas (poniendo el énfasis en separar lo político de lo técnico). Si el legislativo pretende que una comisión implemente competencia, pero esta encuentra que las economías de escala o ciertos asuntos técnicos imprácticos hacen que la competencia sea ineficiente, la comisión debe alertar sobre este hecho. Si el legislativo le pone un techo a los servicios “de último recurso” (a veces conocidos como “servicios de oferta estándar”) con un precio menor al del mercado, la comisión debe explicar porque tal distorsión acabará con la competencia. El legislativo debe esperar y darles la bienvenida a estas críticas. Si el marco legal requiere que las fusiones satisfagan el interés público de largo plazo, pero la comisión decide aprobar una basada en tarifas congeladas (una visión de corto plazo), el legislativo debe de alzar la voz. La crítica debe circular por dos vías, pues en eso consiste el trabajo en equipo.

34

Es abril: ¿Sabe dónde están sus legisladores?

De aquí en adelante, el trabajo mal hecho, espasmódico, superficial, y con frecuencia corrupto, que elaboran los comités legislativos temporales e irresponsables, será reducido a un proceso ordenado y científico en los trabajos que realicen cuerpos permanentes que serán sometidos a la consideración de los legisladores, para que, con base en ellos, se tomen acciones inteligentes.

Charles Francis Adams, citado en Thomas K. McCraw, Profetas de la Regulación: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis y Alfred E. Kahn.

Con abril vienen las lluvias, las flores y la intervención legislativa. Los congresos estatales quieren que las comisiones dejen de regular las líneas terrestres y entren a la energía verde; pretenden que las tarifas eléctricas bajen, y al mismo tiempo, que incrementen la confiabilidad del servicio; así como tarifas de agua estables y mejor calidad del líquido. Quieren que las empresas prestadoras de servicios públicos mejoren su desempeño con respecto a los apagones, pero se niegan a financiar la contratación de personal suficiente para que la comisión pueda asegurar estos resultados. Estas contradicciones complican la vida del regulador. Para resolver este problema, considere las siguientes tres preguntas.

¿Cómo debemos asignar las decisiones entre el legislativo y los reguladores?

La elaboración de las políticas públicas implica cinco pasos: (1) Definir el problema, reto o meta; (2) identificar, evaluar y seleccionar las soluciones;

(3) aplicar las soluciones a problemas específicos; (4) crear y mantener el apoyo público; y (5) evaluar, criticar y ajustar. Ahora imaginemos una matriz bidimensional: Haga para estos cinco pasos un igual número de filas y ponga dos columnas, una para el Legislativo y otra para la Comisión. ¿Quién hace qué? Muy probablemente usted seleccione todas las celdas, haciendo que los cuerpos políticos y regulatorios se traslapen en cada paso.

De no existir principios sobre responsabilidad compartida, estos traslapes causan confusión y conflicto. Parte del problema viene de las diferencias entre el mundo político y el mundo regulatorio. Considere el típico manejo político, en donde el problema es forzado dentro de un formato de comunicado de prensa presionando para que este se resuelva antes del Día de las Elecciones. El responsabilizar del problema al blanco más grande libera a todos los demás. Un público acostumbrado a respuestas fáciles no va a estar dispuesto a colaborar, y la política tiende a favorecer a aquellos que sobre simplifican y que hablan con mucha seguridad. En contraste, los reguladores efectivos reconocen la complejidad, la incertidumbre y la necesidad de ser humilde. Pero también deben tomar decisiones a tiempo y comunicarlas de manera integral.

¿Cuál es la mezcla adecuada entre previsibilidad y flexibilidad?

Para atraer montos de inversión significativos, los diseñadores de políticas públicas deben comprometer sumas predecibles de dinero proveniente de los electores. Un buen ejemplo en la galería de la picaresca de las políticas impredecibles está en los créditos fiscales norteamericanos para la energía eólica, pues los inversionistas sufren cada dos años una espera cardiaca para ver si van a sobrevivir otro ciclo presupuestal.

Mientras que los inversionistas necesitan previsibilidad, los reguladores requieren flexibilidad. Ellos precisan ajustar cuando cambian los hechos sobre la estructura de costos, los grados de entrada y salida competitivas, tropiezos tecnológicos y resistencias de los consumidores. Hace una década, las disposiciones legales sobre la competencia minorista eléctrica fallaron en la prueba de flexibilidad. Estas (a) fijaron las fechas de inicio sin importar si el mercado estaba preparado, y (b) establecieron un “servicio default” regulado para aquellos clientes que no buscaban comprar, y cuyas tarifas eran artificialmente bajas, lo que en la práctica disuadía a los posibles entrantes a competir. Ahora, una nueva oleada legislativa está repitiendo los errores de sus predecesores al establecer cuotas de adquisición de energía generada a partir de fuentes renovables sin importar su precio, la capacidad de transmisión o la disponibilidad de alternativas de bajo costo. El encajonar respuestas dentro de un bloque de concreto antes de contar con hechos claros le impide al regulador hacer lo que mejor hace: buscar opciones para lograr las metas de forma costo-eficiente.

¿La intervención legislativa necesariamente socava la “independencia” regulatoria?

En la relación legislativo-regulatoria, la “independencia” tiene significados múltiples. Algunos desearían que esta equivalga al aislamiento: los reguladores deben esperar mientras los legisladores legislan, pero luego la estafeta pasa al regulador y el legislador se retira, dejándole al regulador la responsabilidad de implementar los deseos del legislador sin ninguna intervención política. Pero equiparar la independencia regulatoria con la ausencia de intervención política es perder de vista la diferencia entre interferir y guiar. El aislamiento deja al cuerpo político sin consejos objetivos con respecto a la viabilidad o a los costos; en tanto que la comisión pierde la cooperación política necesaria para reajustar el marco legal una vez que la experiencia deja al descubierto sus imperfecciones inevitables.

El aislamiento también tiene respaldo en el ámbito político. Las políticas públicas nuevas tienen efectos desconocidos: El jugador establecido puede perder negocios, la inversión extranjera puede reemplazar a la doméstica y las tarifas pueden incrementar. Dadas las posibilidades de perturbación, disrupción y decepción, algunos políticos preferirán que sus electores dirijan su irritación hacia los reguladores y a la regulación en general. Así que, una vez promulgado el estatuto, se desentienden.

Pero la independencia entendida como aislamiento no es realista. Ningún tomador de decisiones es completamente independiente —de los mercados financieros, de los ciclos económicos, de la irritabilidad ciudadana y del poder judicial que insiste en los hechos, procesos y racionalidad—. La política y la regulación no son dos sistemas planetarios distintos cuyo único punto en común es el Big Bang de la concepción nacional. Así que en vez de confundir independencia con pureza, debemos definir la independencia de forma distinta: como la forma de evitar la presión para distorsionar, engañar o sustituir una ganancia política por un juicio profesional. Esta forma de independencia implica apuntar primero por la respuesta correcta y luego utilizar a la política para lograr el apoyo necesario. En vez de preguntarnos “¿A quién debemos de complacer”? hay que cuestionarnos “¿Cómo hacemos las cosas bien?” Con base en esta definición de independencia, tanto el legislativo como el regulador identifican y ejercen su valor independiente. Así, el proceso político puede construir soluciones con base en cimientos técnicos y el proceso regulatorio puede ayudar a la función política de lograr las metas del legislativo. La independencia no es sacrificada, es respetada.

Recomendaciones para reguladores y legisladores

Los congresos y las comisiones difieren de muchas maneras: en cómo se seleccionan a sus miembros, en su proceso de decisiones, en los límites a su discrecionalidad, en cómo comunican sus decisiones, en cómo son llamados a

cuentas y en los atributos personales necesarios para tener éxito. Pero a pesar de estas diferencias, es posible tener una relación productiva si se enfatizan sus puntos en común: su responsabilidad pública conjunta. A continuación tres ideas.

Consúltense continuamente, desde la concepción hasta la implementación:

Aunque la relación legal entre el congreso y el regulador sea la de delegante-delegado, en la práctica debería ser más como la de arquitecto-ingeniero o compositor-solista, donde uno enfatiza el diseño general y el otro hace que este funcione, lo que requiere que ambos estén inmersos en el campo del otro. La estafeta puede cambiar de manos, pero los corredores tienen un plan común.

Emulen las mejores cualidades de cada uno: Los políticos pueden pensar más como reguladores si entienden el lado técnico, aceptando las limitaciones que implican los costos y la tecnología, presionando a quienes toman ciertas posiciones a que usen hechos y lógica, y procediendo gradualmente hasta que el panorama factual sea más claro. Por otra parte, los reguladores pueden pensar más como políticos si hablan con el público de tal forma este les entienda. Sobre este último punto, se recomienda la extraordinaria opinión de la Comisión de Servicios Públicos de Virginia del Oeste, Case No. 10-0699-E-42T, 30/03/2011, en la cual se explica a los ciudadanos que están sufriendo las consecuencias de la recesión, en términos no técnicos, las razones y el razonamiento de un aumento de \$50 millones de dólares en las tarifas eléctricas. (También llama la atención la decisión de la Comisión de sujetar un “arreglo” unánime a una audiencia de evidencias, y luego reducir el requerimiento de ingresos del arreglo en \$10 millones. “Arreglos” es la denominación errónea que le dan las partes a su propuesta ante la Comisión).

Asuman una responsabilidad conjunta por los resultados: La responsabilidad compartida enfatiza los resultados por encima de los roles, donde cada parte ayuda al éxito de la otra. Esto evita el intercambio de culpas (“Yo ya hice mi parte; el fracaso es culpa tuya”). Como cada parte desempeña el papel que la ley le confiere, la independencia sigue siendo relevante, pero su función es contribuir a este resultado; no es un resultado en sí mismo.

35

Más sobre las relaciones legislativo-regulatorias: Capas, protecciones y costo-efectividad

Nadie habla más de libre empresa, de competencia y de que gane el mejor, que aquellos hombres que heredaron la tienda o la granja de su padre.

C. Wright Mills

En el ensayo anterior traté el asunto de las fronteras borrosas entre legislar y regular. En nuestras relaciones legislativas-regulatorias, el desasosiego surge de tres incertidumbres: con respecto a quién debe tomar qué decisiones; sobre lograr la mezcla idónea entre predictibilidad y flexibilidad; y si la supervisión de la regulación por parte del cuerpo legislativo es una acción de cooperación intergubernamental amigable o un ataque a la objetividad e independencia de la regulación.

Estas incertidumbres se van acumulando a medida que aprendemos cómo las empresas prestadoras de servicios inciden sobre nuestra economía, vida personal y descendientes. Al abordar estas incertidumbres, a veces añadimos nuevas capas de leyes que no se acomodan con las ya existentes. En otras ocasiones promulgamos mecanismos para “proteger” a los electores y terminamos por socavar nuestros objetivos. Y también nos cuesta trabajo lidiar con el concepto de costo-efectividad, el cual debería ser central a nuestras decisiones.

Capas de políticas públicas: ¿son consistentes?

Para responder a las urgencias de cada época, tendemos a crear capas de políticas públicas sin considerar sus redundancias, contradicciones y lagunas. Por ejemplo, nuestra experiencia con las energías renovables. En los últimos 35 años los esfuerzos de Estados Unidos para promoverlas han generado cuatro estructuras de políticas públicas separadas, cada una producto de una era política distinta, pero todas con el mismo objetivo: la relación entre generación a partir de renovables, empresas prestadoras de servicios públicos y consumidores.

PURPA es una ley federal que obliga a las prestadoras de servicios públicos a comprar energía de cogeneradores autorizados y generadores renovables al “costo evitado”. La “medición neta” o *Net Metering*, es un concepto legal estatal que les permite a los consumidores-productores “que su medidor corra al revés” y obliga a las empresas eléctricas a aceptar esta energía generada. La compensación no es el costo evitado por la empresa, sino la tarifa comercial, la cual excede los costos evitados, pues está diseñada para recuperar tanto los costos fijos como los variables. Los “Portafolios estándar de renovables”, también un concepto legal estatal, obliga a la prestadora de servicios públicos regulados a comprar un porcentaje específico de sus necesidades totales de productores designados. Por lo general, las disposiciones legales correspondientes no especifican cantidades totales ni precios específicos ni costos totales. Las “Tarifas de inyección a la red” o *Feed-in tariffs*, el miembro más nuevo de este conjunto de políticas públicas, es un concepto en las leyes estatales que obliga a la prestadora de servicios públicos a comprar un monto de producción no especificado de fuentes de generación renovables ya establecidas, a un precio diseñado para atraer a una cantidad de proveedores suficientes a fin de lograr las metas estatales. El precio no es el costo evitado del comprador, sino el costo de oportunidad del vendedor.

Estas políticas se traslapan, duplican, y a veces crean conflicto en variables claves: vendedores elegibles, compensación a los vendedores, y los derechos y deberes de interconexión. Nótese que hay cuatro enfoques diferentes con respecto a la compensación: costos evitados por la empresa regulada, el costo de oportunidad del vendedor, tarifa minorista y ninguna de las anteriores. Esta no es una aproximación racional y efectiva en costo con respecto a las energías renovables.

Tanto por debajo como por encima de estas políticas, hay otros mecanismos para hacer llegar dinero a los desarrolladores de energías renovables, sea de los contribuyentes o de los consumidores que pagan las tarifas. Estos mecanismos incluyen *fondos que se pagan directamente por los contribuyentes o los consumidores* (subvenciones, arrendamientos, préstamos, garantías, cargos por los beneficios al sistema o sobretasas al retorno de capital) y *beneficios fiscales* (depreciación acelerada, incentivos fiscales sobre el capital y para la producción,

menores tasas impositivas sobre la tenencia o venta de bienes raíces, sobre la manufactura y otros créditos fiscales). La última capa está formada por los *esfuerzos para influenciar el comportamiento de los consumidores* con base en el diseño tarifario para consumidores minoristas, programas para promover la eficiencia energética en los hogares y ofertas para comprar reducción en la demanda.

Seleccionar la fuente de estos fondos —contribuyentes o consumidores— es un asunto aparte que por lo general se decide con base en el principio de rentabilidad política, que aumenta si se otorga un beneficio y disminuye si se asigna un costo. Es por esto que existen tal cantidad de políticas que son promulgadas por acciones legislativas, pero costeadas por las acciones regulatorias.

¿Cómo interactúan entre ellas estas políticas traslapadas? ¿Se duplican, socavan o refuerzan? La falta de respuestas —o de aceptación de la pregunta— parece atribuible a al menos una de dos causas: A que no sabemos qué es lo que sí funciona, por lo que intentamos todo; o a que cada grupo de interés quiere algo en particular, por lo que lo más fácil es darles gusto a todos en vez de entrar al detalle.

¿Algunas de estas “protecciones” socavan nuestros objetivos?

Constantemente vacilamos en aumentar las tarifas para reflejar los costos reales, sobre todo en cuando la economía no marcha bien. Nos preocupa que nuestros pobres no puedan pagar o nuestra industria competir, por lo que no solo demoramos los incrementos, sino que otorgamos descuentos. Pero el consumo excesivo inducido por estos descuentos no beneficia a nadie en el largo plazo. El sobreconsumo provoca sobreinversión, lo que conlleva a costos varados, inversionistas y contribuyentes varados, y eventualmente a ciudadanos cínicos que pierden la fe en sus gobiernos pues ahora les toca pagar tarifas altas para compensar las tarifas bajas de sus padres. ¿No pareciera obvio que una mejor política sería establecer los precios correctos y concientizar a los consumidores con respecto a las consecuencias de su comportamiento, y entonces utilizar otros recursos, como los que provienen de los contribuyentes, para ayudar a los pobres y a las industrias?

¿Definimos claramente la relación costo-efectividad?

En principio, resulta sencillo definir el concepto costo-efectividad: Es lograr el mayor retorno posible sobre lo invertido. Pero ¿retorno para quién y con el dinero de quién? ¿El retorno relevante debe ser local, estatal, nacional o global? ¿Quién lo debe recibir, los electores de este año o los ciudadanos del siglo que viene? ¿Quién debe pagar, los padres o los hijos? Y si insistimos en lograr el balance perfecto entre el retorno y la inversión en cada ciclo electoral, ¿es posible lograr el costo-efectividad?

El cálculo de la relación costo-efectividad es opacado por el mito del “hombre exitoso por sus propios méritos”. En la política energética de los Estados Unidos esto no existe. Cada tecnología cuenta con muchas ayudas: garantías para préstamos, depreciaciones aceleradas, créditos fiscales, límites a las responsabilidades del productor, protección en casos de bancarrota y más. (Sin duda esta larga lista de apoyos públicos le recordó a algunos lectores lo dicho por C. Wright Mills: “Nadie habla más sobre la libre empresa, la competencia y que gane el mejor, que quien heredó de su padre la tienda o la granja”). Cuando una tecnología logra el éxito comercial, ¿cómo evaluamos lo aportado por cada contribuyente? ¿Cómo sabemos qué ayuda descartar suponiendo que esta tecnología de todas formas hubiera tenido éxito sin ella?

¿Y estamos conscientes de que la ayuda destinada a una tecnología puede incrementar el costo para otra? El destinar recursos para invertir en nuevas tecnologías es distinto a invertir para lograr que otras ya existentes se vuelvan “competitivas”. Subsidiarnos la energía nuclear, el petróleo y el carbón al darles ventajas de precios sobre la eólica, solar o geotérmica, para luego subsidiar a las segundas a fin de hacerlas “competitivas” con respecto a las primeras. ¿Tiene esto un sentido costo efectivo?

Recomendaciones

Los reguladores más alertas no solo ven hacia el futuro, sino que también evalúan las políticas pasadas. Desde mediados de la década de 1980, docenas de proveedores de servicios públicos de electricidad y telecomunicaciones se han fusionado de forma horizontal, vertical o en conglomerados, e incluso de formas distintas a las mencionadas. Cada uno de los solicitantes auguraba “sinergias” con alegatos idénticos a los de fusiones anteriores. Un cuarto de siglo más tarde, y después de que se han gastado millardos de dólares en primas sobre estas adquisiciones, no contamos con estudios que comprueben que estos alegatos resultaron verídicos, aún cuando los hijos y nietos de quienes realizaron la fusión original aparecen en el mismo estado donde esta se dio. Las políticas con respecto a las fusiones son solo un ejemplo de las lagunas que existen entre supuestos y evidencias.

Podrá sonar somnífero, pero un proceso continuo de estudio organizado por legisladores y reguladores es una solución. Esto daría mejores resultados que las evaluaciones continuas sobre la conveniencia de la permanencia de un programa o una agencia basada exclusivamente en el análisis de presupuestos y burocracias. Para hacer más tersa la evolución de las políticas, debemos incluir las perspectivas (no las posiciones) de las entidades reguladas, usuarios, inversionistas, tecnólogos y académicos en busca del principio costo-efectividad. Solo así podremos evitar los bandazos y sobreacciones que llevan a la pérdida de confianza tanto en los legisladores como en los reguladores.

36

Las relaciones jurisdiccionales entre la federación y los estados: Escoja su metáfora

Solo una sociedad que actúa como una gran familia, y no como muchos entes separados, puede tener esperanza.

Anwar Sadat

P*erros y gatos, estancamiento, coexistencia pacífica, juego paralelo, el cordero cenando con el león, un mano a mano o baile de pareja.* Estas son algunas metáforas que, en orden ascendente de efectividad, describen la relación jurisdiccional entre la federación y los estados. En los siguientes cinco ensayos exploraré estas relaciones buscando explicar éxitos y fracasos. En este primero estableceré el contexto. Las industrias reguladas son industrias multi-estatales que atienden mercados locales. Es inevitable que el gobierno federal y los estados desempeñen papeles simultáneos, donde cada uno es necesario para el éxito del otro. ¿Pero por qué esta interdependencia produce tanta irritabilidad? Entender estas razones contribuirá a una mejoría.

No hay escapatoria: Cuando las industrias reguladas son interestatales, la simultaneidad entre federación y estados es inevitable

Hasta la década de 1980, la regulación estatal y la regulación efectiva coincidían frecuentemente, pues los activos en infraestructura, las fronteras corporativas, las actividades de negocios y los mercados relevantes eran, básicamente, intraestatales. Pero esto ya no es así. Ahora los consumidores de electricidad y gas dependen de fuentes de generación y producción distantes, las cuales

son traídas por redes que atraviesan varios estados, por lo que su consumo contamina el aire y el agua de otros estados. Los consumidores locales de agua se benefician de (y pagan por) que esta cumpla con los estándares nacionales de calidad. Los usuarios locales de telefonía dependen de un mercado de proveedores nacionales, los cuales utilizan redes de infraestructura interestatal de telecomunicaciones.

“Interestatal” no es una carga que soportar, sino una oportunidad para aprovechar. En este contexto interestatal, la “regulación efectiva” ya no es sinónimo de “regulación exclusivamente estatal”. En alguna ocasión escuché a un comisionado estatal afirmar que “si no estamos para preservar la regulación estatal, entonces ¿para qué estamos?”; el señor está equivocado. La misión no es preservar la jurisdicción, sino hacerla efectiva. La efectividad jurisdiccional requiere de papeles definidos de forma racional con un solo propósito: inducir a las industrias reguladas a un desempeño óptimo. Para lograr esta meta, la responsabilidad regulatoria se debe alinear con la actividad de la industria.

El enfocarse en el desempeño de la industria, en vez de las ganancias o pérdidas en una cierta jurisdicción, ayuda a evitar un error relacionado: Aislar a un regulador de otro, atacando o disfrutando de los beneficios de esta circunstancia y pasando por alto la ironía de lo anterior. Estas inconsistencias existen fuera de la regulación, como despreciar a “Hollywood” pero disfrutar de sus películas, ridiculizar a “Nueva York” pero sintonizar a Letterman o a Leno, quejarse de los “subsidios” federales mientras manejamos en una carretera interestatal, y el *skinhead* cuya comida favorita son los burritos (este Skinhead es referido por el ensayista Richard Rodríguez en *McNeil Lehrer Newshour* el 2 de noviembre de 1995). Y esto también ocurre con la regulación: Nos quejamos del control que se ejerce en el Noroeste sobre las hidroeléctricas de bajo costo al mismo tiempo que cocinamos el salmón de la región, o menospreciamos la falta de cobertura de banda ancha en las zonas rurales de Estados Unidos mientras tostamos su maíz.

No puede haber un desacuerdo de principio con la realidad “interestatal”. Pero entonces, ¿por qué resulta que la “tensión entre la federación y los estados” es la norma? ¿Por qué se enfatiza tanto la “cooperación entre la federación y los estados”, como la Reyna de Shakespeare “que protesta demasiado”? (*Hamlet*, Acto 3, Escena 2)

¿A qué se debe que la interdependencia produzca tanta irritabilidad?

La presencia federal y estatal simultánea es inevitable, pero la irritabilidad y tensión permanente no lo son. Esta relación es cambiante y depende de los asuntos y de los hechos. A continuación cuatro ejemplos:

1. *Cuando los intereses nacionales y estatales chocan.* Considérese el tendido de redes de transmisión o de ductos, donde el interés nacional por contar con transacciones eficientes y un suministro confiable entran en conflicto con el interés estatal por proteger sus recursos naturales y la estética. La tensión es natural: Es difícil para un estado ponderar objetivamente sus deseos frente a las necesidades nacionales, como también lo es para un regulador federal distante evaluar las pasiones locales en toda su dimensión. La tensión es inevitable, pero podemos ahorrarnos las expresiones de choque y consternación. Hace más de 200 años el pueblo norteamericano aprobó la Constitución, cuya Cláusula de Comercio buscaba convertir a las 13 economías coloniales en una nación de comercio. Desde entonces, decisiones subsecuentes de la Suprema Corte les han recordado a las legislaturas estatales que esta cláusula les prohíbe a los estados, en su calidad de reguladores, acaparar bienes (incluyendo sus recursos en tierras, escénicos y medioambientales) en detrimento de otros estados. (Ver *Philadelphia v. New Jersey*, 437 U.S. 617, 624 en el que se invalida la prohibición establecida por Nueva Jersey a importar basura proveniente de otros estados, pues “para cuando una legislatura estatal ejerce un proteccionismo económico simple, una regla de invalidez per se ha sido erigida”).

2. *Cuando un asunto federal vs. uno estatal es, en el fondo, uno estatal vs. uno estatal.* Pareciera que las batallas de asignación de costos entre estados no tienen fin, y cuando son finalmente resueltas en la FERC, el ganador alaba “la nobleza de la neutralidad federal”, y el perdedor “ataca la apropiación perpetrada por la autoridad federal arrogante”. Esto me recuerda a mi maestra de matemáticas de secundaria, la profesora Fitzpatrick, que alguna vez dijo “Muchachos, yo sé cómo ustedes se refieren a las calificaciones: Si es ‘B’ o más dicen ‘mira lo que saqué’, pero si es ‘C’ o menos, entonces es ‘mira lo que ella me puso’”.

3. *Cuando la agencia federal toma decisiones que incrementan los costos de consumidores que están dentro de la jurisdicción estatal.* La Agencia de Protección al Ambiente establece los estándares de calidad con los que debe cumplir el agua, la FERC aprueba la inclusión de “factores” a la tarifa de transmisión y la Comisión Federal de Comunicaciones (FCC) aprueba una modificación universal al servicio que aumenta los costos: Estas decisiones tal vez favorezcan a la nación a largo plazo, pero aumentan los costos para los consumidores locales en el corto plazo. La distancia política entre el tomador de decisiones y los afectados es la fuente de la tensión, pero también puede ser la fuerza de la solución (pues la entre mayor es la distancia política es más fácil que el tomador de decisiones a “haga lo correcto”).

4. *Cuando la agencia federal y las estatales difieren sobre el papel de la regulación.* Aquí los dos estratos de gobierno no difieren sobre el papel de cada uno, sino con respecto al de la regulación. Esto lo vemos más frecuentemente en disputas sobre “desregulación”. (Para una discusión sobre las diferencias con respecto a este término, ver los Ensayos 23 y 24). Resulta frecuente que los estados critiquen a la FERC y a la FCC por su posición con respecto a que la competencia es suficiente para apoyar una menor presencia regulatoria. Esta no es una disputa entre jurisdicción estatal-federal; es una diferencia de enfoque y técnica regulatoria y, para algunos, de escrupulosidad regulatoria.

Pero cuando los ánimos están lo suficientemente caldeados, el desacuerdo sobre políticas escala a uno sobre integridad y territorialidad. Pat Wood, ex presidente de la FERC buscó establecer políticas regionales de transmisión y mercados regionales organizados. Sus metas eran racionalizar la inversión en infraestructura, diversificar las opciones para los usuarios, incrementar la rendición de cuentas de los mercados y reducir los costos de largo plazo. Mucha gente, con base en su posición económica, tenía razones predecibles para apoyarlo u oponerse. Esto es la regulación. Lo que devaluó el debate fue la hipérbole, como cuando un comisionado estatal, probablemente inconsciente de los vaivenes históricos, acusó a Wood de coaccionar a los estados a “una marcha forzada”.

Conclusión

Nuestras industrias reguladas desempeñan muchos servicios, algunos cercanos al consumidor y otros lejanos, algunos locales y otros a lo largo de varios estados. El propósito de la regulación es el de inducir a un desempeño de alta calidad. La asignación de papeles regulatorios nos obliga a preguntarnos: ¿Qué acciones específicas queremos de nuestras industrias reguladas? ¿Cuáles son las agencias regulatorias mejor posicionadas para producir este desempeño? La efectividad debe prevalecer sobre territorialidad, y la sustancia sobre la emoción: Estos son los énfasis que con mayor probabilidad nos llevan al éxito.

37

Regulación coordinada o lucha jurisdiccional: ¿Cuál producirá un mejor desempeño de la industria?

Ningún hombre es una isla por sí sola; todo hombre es una pieza del continente, una parte del todo.

John Donne

En el Ensayo 36, *Las relaciones jurisdiccionales entre la federación y los estados: Escoja su metáfora*, hice notar que en el caso de las industrias interestatales, la simultaneidad federal-estatal es inevitable y, a la vez, buena para los consumidores. ¿Entonces por qué esta interdependencia produce tanta irritabilidad? Un caso que la ilustra es cuando la disputa “estado vs. federación” es en realidad una disputa entre estados. En este ensayo exploraré este ejemplo en tiempo real: específicamente sobre el malestar que existe en algunos estados con respecto a la jurisdicción que tiene la FERC sobre “el criterio de uso adecuado de los recursos”.

Cuando los conductores deciden a qué velocidad van persiguen sus intereses privados: cita con el dentista, calentar la cena, llegar para declarar en una corte o asistir a un partido de fútbol. Lo mismo ocurre con las aerolíneas: salir a tiempo, reducir los costos laborales, evitar turbulencias. El hecho que los intereses particulares difieren frecuentemente del interés público es la razón por la que regulamos: estableciendo límites de velocidad y señales de tráfico para conductores, así como reglas de seguridad y controles de tráfico aéreo para las aerolíneas.

Los compradores y vendedores de energía eléctrica también persiguen sus intereses particulares. Los consumidores quieren el servicio a un costo razonable, los distribuidores mayoristas de este servicio público obtener rentas estables, los dueños de la generación buscan producción máxima a precio máximo, nadie quiere apagones. En un sistema de transmisión interestatal e interconectada, las decisiones individuales, no reguladas, y que persiguen sus intereses particulares, producirían inestabilidad eléctrica. En consecuencia regulamos: La FERC certifica a las entidades confiables aprueba tarifas de transmisión regional y asigna costos de transmisión multiestatales.

Y ahora tenemos a la FERC exigiendo requisitos de capacidad adecuada. La FERC ha aprobado tarifas de transmisión regional que requieren que las “entidades que sirven a las cargas” (los menudistas con la obligación legal de suministrar cargas que dependen del sistema de transmisión regional), cuenten con una capacidad específica de generación por encima de los requerimientos de carga de sus consumidores. Esta reserva a la mano reduce la probabilidad de apagones en caso de que se presente una demanda no anticipada o si un equipo dejara de funcionar.

Algunos estados se oponen no solamente a la magnitud de estos mandatos, sino también a que la FERC tenga la autoridad para imponerlos. Argumentan con base en una interpretación legal: ¿La jurisdicción legal exclusiva con la que cuenta la FERC, tanto sobre los mercados mayoristas como sobre los servicios de transmisión en el comercio interestatal, incluyen la autoridad para obligar a estos entes menudistas a cumplir con los requerimientos de generación adecuada?

Dejando a un lado la interpretación legal, la pregunta de política pública es clara: Sin regulación, ¿el uso de un sistema interconectado guiado por el interés particular provocaría problemas de confiabilidad para otros usuarios? La pregunta lleva a una respuesta afirmativa. Por lo tanto, resulta inevitable regular los comportamientos locales que afectan la suficiencia de capacidad interestatal.

Entonces, ¿quién debe regular? No puede ser la comisión estatal. La regulación es necesaria cuando el comportamiento privado se desvía del camino del interés público. En un sistema de transmisión interconectado, la divergencia puede ocurrir cuando algunos usuarios de transmisión, persiguiendo sus intereses particulares, les causan problemas a otros actores. Al igual que como las líneas aéreas no pueden ser quienes controlen del tráfico aéreo, los usuarios de la transmisión tampoco pueden ser quienes regulan la idoneidad del sistema.

¿Si una comisión estatal no es una usuaria de la transmisión, entonces por qué no puede ser el regulador? Pues por la misma razón por la que un solo estado no puede decidir las prioridades de tráfico en un espacio aéreo multi-estatal. Si bien es cierto que una comisión estatal es un regulador, ejerce estas funciones para

inducir a las empresas prestadoras de servicios públicos dentro de su estado a servir a sus clientes internos al menor costo posible. Imponer requerimientos de suficiencia dentro de un estado significaría aumentar los costos dentro de este. En un sistema interconectado, los beneficios de ese costo intra-estatal fluyen en parte, e inevitablemente, hacia otros estados. Esta es la clásica “externalidad positiva” en la que cada estado, por sí solo, invertiría menos al no recibir todos los beneficios de su inversión. Por lo tanto, la suma de las acciones de cada estado, viendo por su interés propio, no derivarán en una suficiencia regional. Y ningún consumidor querría vivir en una región donde la confiabilidad del servicio dependiera de la suma de las acciones voluntarias de cada uno de los estados. Es por esto que debe ser alguien con una visión global quien asuma el control y asigne obligaciones.

Esto hace que el ámbito federal sea la última instancia para regular con respecto a la suficiencia en la capacidad de generación eléctrica. Algunos estados aceptan esta realidad, por lo que podrán objetar las técnicas y los procesos de la FERC, pero no su jurisdicción. Otros estados, molestos con la parte de confiabilidad que les asigna la FERC, culpan a esta y al Congreso por “limitar las prerrogativas de su estado”. Entonces, ¿cómo podemos salir de esta caja?

La opción está entre (a) permitir que el “control local” esté por encima del interés nacional, y (b) perseguir el interés nacional pero con sensibilidad a los factores locales. La preocupación legítima no es con relación a un ente regulador nacional que prescriba resultados dentro de un estado, pues para lograr la confiabilidad, a veces las prescripciones supra estatales son inevitables. Más bien, la preocupación legítima es que al prescribir resultados, quien lo haga pase por alto las preocupaciones locales. No puede haber un “control local” de las decisiones que afectan intereses que no son locales; sin embargo, el foro federal debe tomar en consideración hechos y valores locales. “Tomar en consideración” no significa “estar atados por” u “honrar a toda costa”, sino “sopesarlos junto a otros hechos y valores”.

¿Pues qué no es esto lo que ocurre ahora? ¿Alguien puede afirmar, de forma persuasiva, que los estados no tienen los mecanismos para ser “escuchados” por la FERC? Existen procesos oficiales, visitas mutuas a las conferencias y mesas de trabajo nacionales o regionales, estudios conjuntos y un sin número de reuniones informales. Los estados son escuchados. Un regulador federal no está “ignorando las preocupaciones estatales” por el solo hecho de considerar que tienen un peso menor al que se hubiera deseado, o por decidir que algunos estados buscan un resultado injusto que los llevaría a beneficiarse de la confiabilidad pagada por otros.

De la irritabilidad jurisdiccional a la realización de políticas bi-jurisdiccionales: Tres ideas

Mejorar la capacidad mutua de escuchar. En cualquier conversación, lo que mejora la capacidad de escuchar es el hablar sobre lo que le preocupa a las otras partes. (Ver cualquier libro de Deborah Tannen, Profesora de lingüística de la Universidad de Georgetown). Así, un regulador estatal le *habla* a la agencia federal sobre lo que a esta le interesa, si le *habla* como un co-regulador que busca soluciones a problemas multi-estatales, en vez de como un actor en el mercado que busca proteger únicamente a sus residentes. El regulador federal hará lo propio con las preocupaciones estatales si describe su propósito como el de buscar servir a la suma de los intereses estatales legítimos.

Reconocer interdependencias y beneficios mutuos. Al aprobar los términos y condiciones para la transmisión intra-regional, la FERC genera oportunidades para que las empresas prestadoras de servicios públicos estatales incursionen al mercado regional. La aprobación de los términos y condiciones para los servicios al por menor de cada estado le permite a las empresas prestadoras de servicios públicos, en su carácter de comprador, generar demandas que estimularán la competencia entre mayoristas. Cada jurisdicción puede moldear de forma positiva al mercado. Con base en un reconocimiento mutuo, cada una puede ayudar a la otra a hacer mejor su trabajo, lo que constituye un mejor resultado que buscar la remoción del otro por medio de ataques y apelaciones sobre la jurisdicción.

Enfocarse menos en los “intereses nacionales” e “intereses estatales”, y más en lo que verdaderamente importa: el desempeño de la industria. Medimos el desempeño de la industria en términos de eficiencia económica, confiabilidad, innovación de producto y satisfacción del cliente. Los actores económicos relevantes —el industrial escogiendo la ubicación de su planta, el inversionista en generación seleccionando la tecnología y el sitio, la empresa prestadora de servicios públicos de carga eléctrica diseñando su portafolio de oferta— no están pensando en términos de federación vs. estado, sino en resultados. Y esto mismo deberían hacer nuestros reguladores.

Conclusión

No hay dos intereses (nacional y estatal), sino una sola meta: una industria con un desempeño de alta calidad. Para lograrla, puede existir un papel nacional y otro estatal, pero no hay intereses nacionales e intereses estatales.

38

La paz jurisdiccional requiere de propósitos conjuntos

A lo largo del proceso evolutivo, aquellos que son capaces de entablar cooperación social de varios tipos, tienen una mejor oportunidad de sobrevivir y reproducirse.

Robert Nozick

En el Ensayo 36, *Las relaciones jurisdiccionales entre la federación y los estados en Estados Unidos: Escoja su metáfora*, hice notar que mientras la simultaneidad entre estado y federación en la regulación de industrias interestatales es inevitable, esta interdependencia sigue produciendo irritabilidad. En el Ensayo 37, *Regulación coordinada o lucha jurisdiccional: ¿Cuál producirá un mejor desempeño de la industria?* argumenté que el resultado mejorará si la comisión estatal actúa como un co-regulador de la industria y no como un defensor de los intereses de los consumidores estatales. Habiendo descrito los problemas y sus fuentes, ahora empezaré a explorar las soluciones. El tema es sencillo: La paz jurisdiccional requiere de propósitos conjuntos.

Evite la sobre simplificación entendiendo el “porqué” jurisdiccional

La gente se refiere a la “relación federación-estados” como si solamente existiera una sola, cuando hay por lo menos cinco. Entendiendo el “porqué” detrás de cada una —la mezcla de propósitos nacionales y valores locales— se puede sustituir la tensión con propósitos conjuntos. Consideremos los siguientes casos de relaciones entre federación y estados:

1. *La ley federal obliga a los estados a tomar acciones específicas para implementar una política nacional.* La sección 210 de PURPA requiere que cada estado administre las obligaciones que estas tienen de comprar electricidad al mayoreo de los generadores “calificados” (energías renovables y cogeneración), a tarifas basadas en los “costos evitados” de cada empresa que presta servicios públicos. *¿Por qué?* Porque el Congreso decidió diversificar las fuentes de generación eléctrica de los Estados Unidos de acuerdo a los tipos de combustible y de proveedores, pero consideró que los estados son los expertos con respecto a las alternativas de suministro y costos.
2. *La Ley Federal que establece la política nacional reconoce la necesidad de que los estados se involucren, pero limita su campo de acción.* En el 2005 el Congreso aprobó añadir la Sección 215 a la Ley Federal de Electricidad de 1935, la cual convierte a la FERC en la máxima autoridad con respecto a la confiabilidad del sistema eléctrico mayorista, permitiendo regulación estatal solamente si esta resulta “consistente con” las reglas federales. *¿Por qué?* Porque el Congreso quería que un ente nacional (una “organización con certificación de confiabilidad eléctrica” otorgada por la FERC) estableciera estándares nacionales para usuarios, dueños y operadores de una red multi-estatal e interconectada, permitiendo los ajustes estatales siempre y cuando no demeriten los estándares nacionales. Permita varios chefs en la cocina, siempre y cuando la actividad extra no derrame la sopa.
3. *La Ley Federal impide por completo la actividad estatal.* En la Sección 201 de la Ley Federal de Electricidad (como la interpreta la Suprema Corte en el caso *New York v. Federal Energy Regulatory Commission*, 535 U.S. 1 (2002)), en 1935 el Congreso le otorgó a la FERC jurisdicción exclusiva sobre la transmisión de energía eléctrica “desagregada” en el comercio interestatal. *¿Por qué?* Porque la red interconectada entre estados no conoce fronteras. Los electrones que entran a la autopista en un estado, afectan el tráfico en otros estados. Como lo predijeron los constituyentes en la década de 1780, una nación de comercio no puede ceder ante la suma de preferencias del estado en conflicto.
4. *La Ley Federal condiciona los beneficios federales a ciertas acciones estatales.* Estados Unidos tiene subvenciones federales en transporte para los estados si estos obligan al cumplimiento de límites de velocidad y permiten la vuelta a la derecha en rojo. También se tienen subvenciones federales para estados que investigan el diseño de las tarifas eléctricas. *¿Por qué?* Porque los ingresos provenientes de impuestos federales deben servir a los intereses nacionales, en este caso, a reducir el uso de combustibles fósiles.

5. *La Ley Federal le permite a los estados a actuar sin limitantes.* La Sección 201 de la Ley Federal de Electricidad de 1935 le niega a la FERC autoridad sobre ventas de electricidad al por menor. *¿Por qué?* Porque el Congreso creía que (a) el consumo menudista equivale a consumo local, y (b) que el uso local solo tiene efectos locales. Esto era cierto en 1935, pero hoy resulta falso. Los deshechos generados por un estado son una carga para los otros. Si las tarifas eléctricas menudistas en un estado causan una carga pico innecesaria, la inversión extra de capital requerida para la generación y transmisión provocan costos regionales. De forma similar, el consumo innecesario obliga a quemar más combustible, lo que conlleva un aumento en el costo del energético y de las emisiones permitidas para todos. Dicho de otra manera: Los mercados de combustibles fósiles y emisiones son mercados multi-estados. La demanda innecesaria aumenta los precios en el mercado, y una disminución en la demanda hace que los precios del mercado bajen. *¿Quieres que tu estado vecino incremente o disminuya su demanda? ¿Consideras que tu estado vecino opina de la misma manera?* De regreso a la jurisdicción: lo que alguna vez fue local, ahora es nacional. Así que vemos al Congreso y a la FERC entrando al territorio menudista al abordar estructuras tarifarias y sobre la administración de la demanda. *¿Están “atropellando valores estatales” o protegiendo a los estados los unos de los otros?*

Definir la meta común para luego asignar las obligaciones para lograrlo

En el terreno de la jurisdicción colegiada, hay tres prerrequisitos para el éxito:

Encuentre primero la misión común para luego definir quién hace qué mejor.

Imaginemos una sala de operaciones o un conjunto habitacional de Hábitat para la Humanidad. Ahí los trabajadores se concentran en un propósito y en el desempeño, y sus papeles son determinados por sus conocimientos y pericia. No hay desacuerdos sobre jurisdicción.

Piense en plastilina, no en concreto. Mis colegas estatales frecuentemente dicen que los estados “protegen al consumidor”, mientras que la federación hace— otra cosa. *¿No son más maleables los papeles?* No hay nada exclusivamente estatal con respecto a la “protección al consumidor”. Existen numerosos ejemplos de presencia exclusivamente federal, como en los casos de la seguridad en alimentos y medicinas. Nada puede ser más “local” que un individuo ingiriendo papas y pastillas, pero la seguridad de estos es regulada por la nación. *¿Por qué?* Porque un susto local voltear de cabeza a los mercados nacionales. (La contaminación de espinaca en la costa oeste de los Estados Unidos provocó que se tuvieran que vaciar estantes en la costa este). La radioactividad envenena a la gente, otro ejemplo de efectos locales, pero la seguridad nuclear es un asunto

exclusivamente federal. (Lo ocurrido en Three Mile Island provocó que toda una nación perdiera su confianza por décadas). La integridad de una industria necesita de la presencia federal.

Si el propósito de la regulación es el desempeño, hay que otorgar jurisdicción donde se presentan riesgos de desempeño. Por ejemplo, las farmacéuticas: Algunos riesgos se originan en la investigación, diseño, producción y etiquetado —mercados nacionales, regulación nacional. Otros surgen al momento de recetarlos, en el marketing y en las ventas —actividades locales, por lo que queda en manos de los estados el otorgar licencias a médicos y farmacéuticos. Nadie cuestiona estas asignaciones de sentido común. En el agua, su recolección, almacenamiento, tratamiento, entrega y venta son básicamente locales, por lo que esto lo regula cada estado. La calidad del agua tiene causas y soluciones tanto locales como federales, por lo que su regulación se da en estos dos estratos (lo que requiere de consistencia y coordinación entre la federación y los estados).

Quizás el problema en este diálogo está en la frase “protección al consumidor”. ¿Protección de qué? Si la regulación se centra en el desempeño, entonces “protección” significa cuidar de un desempeño por debajo de la media. Hay que regular el desempeño donde este ocurre: Cuando afecta a los mercados nacionales, necesita regulación federal, y cuando el desempeño solo concierne a mercados locales, con la regulación estatal basta.

Resolver el problema desde la fuente: en el Congreso

En electricidad, telecomunicaciones y gas, las disputas jurisdiccionales han llegado a los tribunales, pero estos no pueden encontrar soluciones apropiadas cuando las viejas leyes han perdido su lógica; solamente pueden elegir ganadores y perdedores entre las partes que se disputan con base en esas leyes viejas. Los tribunales no se preguntan “¿cuál es la mejor asignación de los papeles jurisdiccionales?”, sino únicamente “¿quién gana o pierde en el caso concreto que se nos presenta?”

Los papeles jurisdiccionales de hoy provienen de leyes federales que datan de hace 75 años y que fueron diseñados para un mundo más sencillo. Estos se han enmendado de forma esporádica y oportunista, pero no integral y objetiva; y solamente el Congreso puede volver a diseñar una solución. ¿Tiene el Congreso esta capacidad? Todos sabemos que hay legisladores y personal con gran capacidad intelectual e integridad. El problema no está en el Congreso, sino en los que lo arrastramos a actuar en direcciones múltiples e inconsistentes, lo que lleva a producir leyes con múltiples inconsistencias y sin dirección. Un propósito conjunto y una asignación adecuada de roles eliminará inconsistencias y nos dará dirección.

39

Relaciones federación-estados: Una súplica por el alfabetismo constitucional

“Esta es una victoria para la Décima Enmienda”, declaró la Gobernadora de Arizona con respecto a una decisión de la Suprema Corte que nunca mencionó la enmienda y que nada tenía que ver con ella.

El tema era la Cláusula de Supremacía y no la Décima enmienda. Al revisar la ley de inmigración de Arizona, la Corte anuló tres provisiones por estar supeditadas a la ley federal. ¿Y la cuarta provisión? La Corte no decidió sobre su validez, pues “[h]ay una incertidumbre fundamental con respecto a qué quiere decir [esta] y cómo va a ser ejercida.” (Revirtiendo así el interdicto de la corte menor, con lo que permitió que esta entrara en vigor —lo que es distinto a declararla constitucional—). Así, la Corte no declaró de manera afirmativa que *ninguna* de estas provisiones fueran constitucionales. (Algo difícil de creer al ver los titulares y los comunicados de prensa).

¿Qué tiene que ver la inmigración en Arizona con la regulación de empresas que prestan servicios públicos? Los asuntos de jurisdicción entre la Federación y los estados están relacionados con, pero no limitados a, la Cláusula de Supremacía, y estos abundan en las industrias de electricidad, gas y telecomunicaciones. Hace un siglo los estados le otorgaron a cientos de empresas prestadoras de servicios públicos el derecho a servir, muchas veces protegidas como monopolios estatales. Junto con ese privilegio les establecieron obligaciones de desempeñarse de forma confiable, segura, no discriminatoria y a precios fijados de manera justa y razonable. Pero, por sí sola, la regulación estatal resultó ser insuficiente. Las características interestatales de estas empresas y su papel fundamental y creciente

en el desarrollo de la infraestructura nacional, llevaron a que en 1930 el Congreso diseñara una presencia regulatoria particular. El éxito de nuestra estructura regulatoria dual ha dependido de límites legales claros y de reguladores que cooperan con base en propósitos comunes y políticas consistentes.

Ha sido un viaje ajetreado. Las disputas jurisdiccionales entre la Federación y los estados permean en las políticas públicas de las agencias, y muchas terminan en tribunales. La energía nuclear, el servicio universal, los precios desagregados de los servicios de red, la localización física de las redes de transmisión, la asignación de costos multiestatales, los límites a las estructuras corporativas y los valores medioambientales: Esta es una lista corta de atolladeros jurisdiccionales que los jueces han tenido que resolver, pues los reguladores no pudieron. (La reciente Resolución 1000 de la FERC con respecto a la planeación regional de transmisión va, en este momento, rumbo a los tribunales). Entre mayor sea el costo, más ajetreado resulta el camino.

Bien vale la pena tomarnos el tiempo para examinar y debatir, de forma continua, si la relación jurisdiccional establecida en la década de 1930 sigue siendo teniendo sentido en el mundo del 2014. La co-regulación requiere de propósitos compartidos, de flexibilidad basada en hechos, de la asignación de responsabilidades regulatorias con base en competencias comparativas y de respeto por las necesidades legítimas pero diferentes entre las del ciudadano común y las de los mercados financieros, así como las de los negocios locales y las que tiene el capital internacional. Todos estos factores varían con el paso del tiempo. La gente inteligente y dedicada puede llegar a respuestas diferentes, por lo que el discutir resulta inevitable y ayuda a afinar las ideas.

Lo que es evitable, y no ayuda, es la retórica enraizada basada en el analfabetismo constitucional. “Derechos estatales”, “Décima enmienda”, “Soberanía” y “usurpación” son términos con una resonancia de oratoria desproporcionada a su relevancia constitucional. La gran mayoría de las cuestiones federación-estados se reducen a uno de los siguientes cuatro temas, donde los primeros dos se refieren a los límites del poder federal, mientras que los últimos a los límites de los poderes estatales.

1. *¿Ha excedido el Congreso sus poderes de comercio interestatal?* La Cláusula Constitucional de Comercio le otorga al Congreso la facultad de regular el comercio interestatal, pero la preeminencia federal-estados es posible únicamente si el Congreso actúa en el ámbito de sus facultades. Hay que recordar, sin embargo, que si una actividad local afecta al comercio interestatal, aún si lo hace de forma indirecta, sigue siendo comercio interestatal. (Ver lo que le ocurrió a Roscoe Filburn, ciudadano de Ohio y agricultor que solo quería cultivar un poco más de trigo para su familia, o

a Ollie McClung, ciudadano de Alabama que consideraba que el Congreso no tenía jurisdicción para obligar a su restaurant *Ollie's Barbecue* a atender a gentes de todas las razas). (*Wickard v. Filburn* [1942] y *Katzenbach v. McClung* [1964] son casos que todo estudiante de derecho norteamericano aprende con respecto a este tema. Por cierto, Filburn y McClung perdieron).

2. *¿Interfieren las leyes federales con los poderes reservados a los estados?* La Décima Enmienda establece que “los poderes que no le sean delegados a los Estados Unidos por la Constitución, o prohibidos por esta a los estados, quedan reservados a los estados”. Esta es una imagen espejo de la Cláusula de Comercio. Si el Congreso está actuando en una materia que no se relaciona con el comercio interestatal, pero pretendiendo estar por encima de los estados, está interfiriendo con poderes que les están reservados a estos. La Décima Enmienda también evita que el Congreso “expropie” al aparato legislativo estatal para implementar objetivos federales.
3. *¿El programa regulatorio estatal viola, discrimina en contra o indebidamente le asigna cargas al comercio interestatal?* El poder que le otorga la Cláusula de Comercio al Congreso refleja la visión de los Fundadores de una nación unificada por el comercio. Implícita en esta visión, pero hecha explícita por las cortes, está la “La Cláusula de Comercio latente”, la cual tiene dos características. La primera es que prohíbe el provincialismo al impedir que un estado imponga barreras comerciales, discrimine contra vendedores o compradores de otros estados (a menos que el estado mismo sea un “participante en el mercado”) o acapare sus recursos naturales para el beneficio de sus ciudadanos. La segunda es que un estado puede imponerle cargas al comercio por medio de la regulación, pero esta debe guardar una relación razonable con los beneficios locales que genera.
4. *¿Pretendió el Congreso estar por encima de las leyes estatales?* Como lo dijo la Corte en su decisión con respecto a la inmigración en Arizona, “de la existencia de dos soberanías se deriva la posibilidad de que las leyes puedan entrar en conflicto o en contradicción de propósitos”. Siempre y cuando el Congreso actúe dentro de sus poderes constitucionales, la Cláusula de Supremacía le permite tener preeminencia sobre las leyes estatales. En un espectro que va desde la uniformidad nacional a los experimentos estatales, los miembros electos del Congreso tienen la prerrogativa de decidir al respecto. Este derecho de preeminencia puede ser expreso o implícito, pero siempre se origina de la intención del Congreso. No hay ningún lector de este ensayo, o ningún ciudadano de los Estados Unidos que no se haya beneficiado de esta consistencia nacional derivada del poder preeminente del Congreso.

* * *

Estas son las cuatro formas en que se puede abordar la relación legal entre federación y estados. Dentro de cada categoría, los tomadores de decisiones ponen en una balanza valores, ninguno de los cuales es absoluto. Un siglo de regulación de empresas prestadoras de servicios públicos ha generado casos que caen dentro de estas cuatro categorías, lo que nos brinda un cuerpo legal —e incluso literario— que nos permite disciplinar nuestro diálogo, limar las asperezas generadas por las disputas y prevenir las posiciones absolutistas que solo retrasan los acuerdos.

La Constitución es —y perdón por el oxímoron— lenguaje político sagrado. El alfabetismo previene la demagogia. El ganador es la democracia.

40

Relaciones intra-regionales: ¿Pueden las semejanzas entre los estados ser más fuertes que sus diferencias?

Darle entrada al [proteccionismo] implicaría abrirle la puerta al rápido fin de nuestra solidaridad nacional. La Constitución fue enmarcada bajo el dominio de una filosofía política con un alcance menos provincial. Fue enmarcada dentro de la teoría que los habitantes de varios estados deben nadar juntos o hundirse juntos, y de que en el largo plazo la prosperidad y la salvación están en la unión y no en la división.

Baldwin v. G. A. F. Seelig, 294 U.S. 511, 523 (1935)

Esta cuarta fotografía en la galería estados-federación hace referencia a un generador de tensión fundamental: el conflicto entre estados, al que de forma más cortés se le llama “relaciones intra-regionales”.

Contrastes en el compromiso comunitario

Detrás de la amistad y confianza lograda por la convivencia de la comunidad regulatoria estatal, hay una gran cantidad de gruñidos, crujido de dientes y supresión de la lógica. A continuación algunos ejemplos de lo que la gente se pregunta con respecto a los otros:

1. ¿Por qué insisten los estados productores de carbón en que tienen derecho a tarifas bajas, cuando estas estimulan el consumo eléctrico, el cual le provoca costos por la contaminación a otros estados?
2. ¿Por qué los estados con hidroeléctricas insisten en que los beneficios son “suyos”, cuando los costos bajos de esta fuente de generación se deben más a la naturaleza, al destino geográfico, a los contribuyentes federales y a los trabajadores de la década de 1930, que a cualquier esfuerzo e innovación emprendidos por los residentes de esos estados?
3. ¿Por qué los residentes de los estados productores de energía nuclear se quejan de la regulación federal que los obliga a cubrir los costos de enterrar los desechos nucleares que producen, a sabiendas de que si no se dispone de ellos con sumo cuidado, los costos los pagarán otros por millones de años?
4. ¿Por qué los estados que consideran a la generación eólica como una fuente para su desarrollo económico y una oportunidad de mejorar la calidad del aire local, hacen todo lo posible para que sean otros estados los que provean los fondos necesarios para la inversión en transmisión?
5. ¿Por qué tantas plantas de generación urbana están contiguas a vecindarios de bajos ingresos?
6. ¿Por qué nos esforzamos más en asignarle costos a otros que en entender y hacer frente a nuestras responsabilidades?
7. La Resolución 719 de la FERC obliga a que cada Organismo de Transmisión Regional (RTO por sus siglas en inglés) permita que los “agregadores de clientes al menudeo” (ARCs por sus siglas en inglés) subasten reducción de demanda en su mercado organizado, a menos que el estado prohíba la participación de clientes al menudeo. Pero un estado que prohíbe esta participación evita que la curva de demanda de la región se desplace a la izquierda; esta es una forma elegante de decir que si un estado bloquea la respuesta eficiente a la demanda, los precios de la región se mantendrán por arriba de lo necesario. ¿Por qué este comportamiento se considera aceptable por el hecho de ser una “prerrogativa estatal”? Una pregunta al margen: ¿Por qué un regulador nacional con la obligación legal de procurar beneficios para todos los clientes, permite y le da cabida a políticas estatales que reducen los beneficios para todos los consumidores?

En contraste, mencionaré algunos ejemplos en los que los estados son generosos:

1. Algunos estados hacen que sus contribuyentes paguen un cargo extra para atraer fuentes de generación renovables o para incrementar la eficiencia energética, aun cuando estos beneficios de diversidad de oferta, reducción

de emisiones y de demanda, también producirán costos y precios más bajos para consumidores de otros estados.

2. Algunos estados subsidian la educación de la siguiente generación de ingenieros eléctricos, trabajadores de campo y técnicos, todo con el fin de que las luces del país se mantengan encendidas, aún cuando algunos de ellos llevarán su conocimiento a otros estados.
3. Algunos estados son generosos al proveer asistencia a la gente de bajos recursos, dándole así dignidad a nuestros pobres, lo que hace que el país en su conjunto sea una nación más civilizada.
4. Algunos estados del oeste trabajan para integrar información sobre patrones de población, disponibilidad de recursos, vulnerabilidad medioambiental y la tolerancia del costo político, todo con el fin de lograr soluciones eléctricas regionales que reconozcan los riesgos y oportunidades comunes.

Causas de la tensión intra-regional

¿Por qué tenemos más ejemplos de confrontación que de cooperación? El problema surge, en parte, de una combinación del gradualismo y de una insistencia en “que nunca haya perdedores”. En la regulación el gradualismo es inevitable, pues tomamos decisiones casuísticas: este activo, esa asignación de costo, este añadido a la transmisión o ese incremento tarifario. En los 162 juegos de la temporada de las Ligas Mayores de Baseball, cada juego es a ganar o perder; de forma similar, cada decisión regulatoria es desnudada en busca de sus atributos negativos. Por otra parte, mientras que cada estado busca “colaborar” y “llegar a acuerdos”, nadie quiere perder, ni una sola vez, aún si una pérdida hoy puede producir ganancias mañana. Sin embargo, los beneficios de largo plazo requieren de sacrificios en el corto plazo. Así que al cortar en pedazos nuestras políticas públicas, distorsionamos la visión y depreciamos su valor. El no aceptar perdedores nunca, produce pérdidas reales.

El problema también deriva de la confusión sobre palabras y acciones. Consideremos la frase “derechos estatales”. El enfocarnos en los “derechos” deriva en una mentalidad de derechos adquiridos, lo que lleva a una preocupación por ganar. Pero no existe tal cosa como “derechos estatales”, pues quienes tienen derechos son los individuos; los estados tienen facultades. (Ver la Décima Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos “Las *facultades* que no son delegadas a los Estados Unidos por la Constitución, o que no les están prohibidas a los estados explícitamente por la Constitución, están reservadas para los respectivos estados o para el pueblo” [énfasis añadido]). En la regulación, las facultades relevantes son los que se tienen para regular el desempeño de la industria.

Teniendo en cuenta los poderes y el desempeño, consideremos ahora la diferencia entre el estado como parte interesada (por ejemplo, cuando procura los intereses de sus residentes sobre los de los no residentes) y el estado como regulador (como sería cuando se centra en mejorar el desempeño de la industria). Si nos enfocamos menos en lo que se puede ganar o perder, y más en el desempeño, entonces nos centramos menos en pérdidas y más en beneficios.

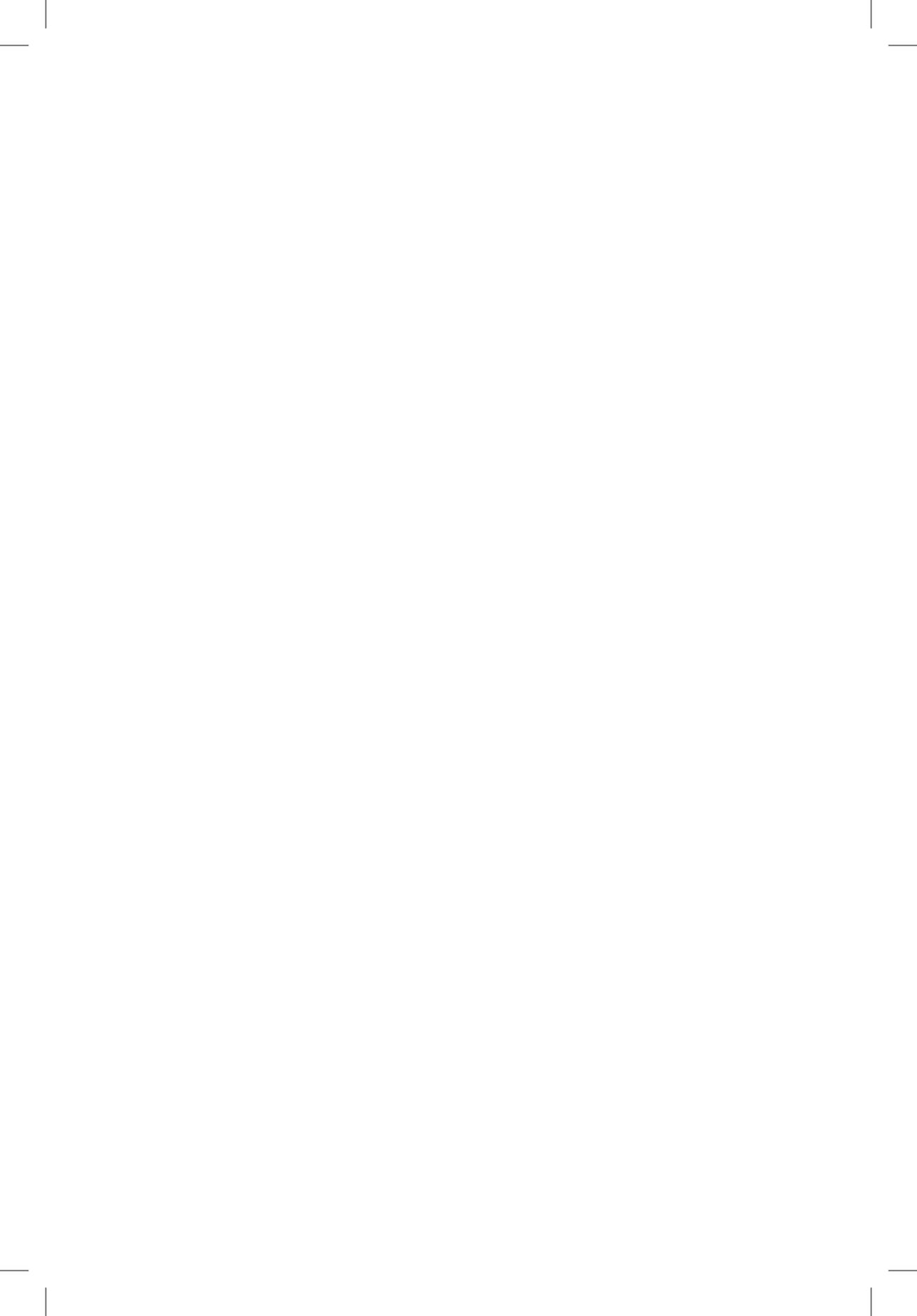
Solución

Los estados quieren deferencias por parte de las agencias federales. Pero ¿quién las merece más? ¿Aquellos que difieren los costos y que prefieren que nadie gane nada a que los beneficios sean para otros al centrarse en cuestiones internas y en el corto plazo; o aquellos que planean y buscan expandir el pastel, los que ponen el énfasis en lo externo y en el largo plazo? ¿Los estados merecen —y obtienen— mayor credibilidad de los reguladores federales si son vistos —y actúan— menos como defensores de sus consumidores, y más como co-reguladores que buscan resolver un problema nacional?

En un artículo publicado en *The New Yorker* (“¡NO LO HAGAS! El secreto del auto control” 18 de mayo de 2009 por J. Lehrer) describe estudios de larga temporalidad realizados a niños de cuatro años en la década de 1960. Los investigadores les daban una opción: un malvavisco inmediatamente, o dos quince minutos después. Los pequeños que lograban diferir la gratificación por 15 minutos, resultaron tener mejores calificaciones al llegar a la preparatoria y en los exámenes SAT; y décadas después, mejores índices de masa corporal, carreras y vidas. Aún cuando los investigadores atribuyeron estas diferencias en el comportamiento a aspectos predeterminados en cada niño, la variable de la gratificación inmediata siguió siendo importante. Hay formas de alterar estos aspectos predeterminados por medio de técnicas que fortalecen la fuerza de voluntad en los niños. (Encontraron que había más posibilidades de tolerar la espera si el niño le daba la espalda al malvavisco o si se cubría los ojos. Otras técnicas exitosas incluían “patear la mesa, jalarse el cabello o acariciar los malvaviscos como si fueran un pequeño animal de peluche”).

Algo similar ocurre con los electores, aquellos que aprenden a diferir la gratificación tienen vidas mejores, al igual que su descendencia. Pero, ¿qué tiene que ver todo esto con los reguladores? Ellos, en su calidad de expertos en su materia, pueden enseñar a cambiar el enfoque. Si bien la regulación es política (pues sus decisiones asignan obligaciones, beneficios y costos), está un paso alejada de la política, ya que sus prácticas y procesos enfatizan la búsqueda de hechos, principios y consistencia por encima de ganancias inmediatas, luchas de poder y ocurrencias (por no decir patear la mesa, jalar cabellos o acariciar malvaviscos). Los reguladores cuentan con la credibilidad institucional necesaria

para ayudar a los ciudadanos a entender la necesidad de diferir la gratificación. Es por esto que los gobernadores que presionan a sus comisiones en año electoral para que “bajen las tarifas” están equivocados, en tanto que aquel gobernador de Nueva Inglaterra que le dijo al presidente de su comisión “déjame la política a mí, tu concéntrate en el largo plazo”, estaba en lo correcto.



SEXTA PARTE

Práctica y procesos

El derecho procesal puede resultar restrictivo. Las comisiones deben darle respuesta a las solicitudes, otorgar audiencias y emitir resoluciones a tiempo. Pero el regulador no es un cocinero de comida rápida que corre para servir lo que sus comensales han ordenado. Los reguladores efectivos planean un menú, deciden qué ingredientes usar y sirven alimentos nutritivos.

El paso esencial consiste en hacerse cargo de enmarcar los asuntos. Los solicitantes encuadran sus casos buscando avanzar intereses privados propios, en tanto que los reguladores efectivos vuelven a enmarcan estos casos para poner al interés público como elemento central. También reconocen el poder de las opciones ‘por defecto’, esto es, de aquellas no-decisiones que fluyen por inercia. Como aquellas naciones que hacen de la donación de órganos “elegir ser excluido” en vez de “elegir ser incluido” (salvando así miles de vidas), los reguladores efectivos establecen políticas que promueven el interés público cuando las empresas reguladas o el público no actúan.

Todo se reduce a un enfoque basado en el desempeño. Estableciendo estándares y haciéndolos cumplir, los reguladores pueden diseñar procesos que induzcan el resultado correcto. Para un regulador efectivo, una revisión tarifaria no constituye tan solo una solicitud de ingresos, sino una prueba de desempeño. En contraste, si se dejan estos incrementos tarifarios en la modalidad de piloto automático, utilizando fórmulas tarifarias, ajustes y recargos, se induce a un trance, que es el enemigo del estado de alerta.

Los procesos regulatorios actuales tienen dos elementos que socavan la eficacia. Una es la noción de que cada petición merece una audiencia en la que cada parte tendrá derecho a expresarse, sin importar el tiempo que consuman ni el mérito que ofrece. Este derecho omnipresente “a ser escuchado” genera una especie de “Tragedia de los Comunes” de Garret Hardin: documentos y salas de audiencia tan abarrotadas que nadie tiene ni el tiempo ni el espacio para pensar. La presión constante por lograr “arreglos” es otro problema. El término resulta

ser un equívoco, pues en regulación las partes no pueden resolver casos; son las comisiones quienes toman las decisiones. Los “arreglos” (entendiendo por estos los convenios que las partes le proponen a la comisión) son útiles únicamente cuando hay intereses privados en juego. Pero cuando los casos afectan al interés público (lo cual casi siempre ocurre en la regulación), los “arreglos” normalmente terminan siendo el reflejo de la posición de la parte que cuenta con más recursos, esto es, aquella con la mayor capacidad para “sostener” sus posiciones. El adoptar acuerdos pasivamente implica presidir en vez de liderar. Una comisión puede alentar arreglos y aún así liderar si establece los principios que deben seguir las partes que potencialmente llegarían a un acuerdo.

El ejemplo más prominente de pasividad regulatoria es la aceptación continua e irreflexiva de que el monopolio establecido es quien debe ostentar de forma permanente esta posición. Frecuentemente hablamos de competencia como el medio para que los vendedores rindan cuentas; y si la competencia tiene este mérito, ¿por qué no establecer competencias periódicas por el derecho a ser el monopolio?

41

“Enmarcar”: ¿Desvía la atención regulatoria?

Enmarcar apropiadamente una discusión es ‘un acto éticamente significativo.’

R. Frank, “El Impacto de lo Irrelevante”, *The New York Times* (30 de mayo de 2010) (citando a los profesores de psicología D. Kahneman y A. Tversky)

... Descripción es prescripción. Si logras que la gente vea el mundo como tú lo ves, habrás enmarcado, de forma involuntaria, todas las opciones subsecuentes.

D. Brooks, “Descripción es Prescripción,” *The New York Times* (26 de Noviembre de 2010) (discutiendo a León Tolstói)

La mayoría de los procesos regulatorios son iniciados por las empresas que prestan servicios públicos que buscan, de alguna manera, incrementar sus utilidades. Siendo la utilidad parte del interés público, sus solicitudes merecen nuestra atención. ¿Pero qué ocurre si estas están “enmarcadas” con la intención de desviar nuestra atención de la misión regulatoria a favor del interés público?

Robert Frank, Profesor de Economía en la Universidad de Cornell, escribe sobre las diferencias entre la publicidad falsa y las “exageraciones promocionales”. Las leyes de los Estados Unidos prohíben las primeras, pero permiten las segundas. ¿Por qué? Según Frank se debe a que asumimos que los ciudadanos son “adecuadamente escépticos”.

No tan rápido. Estudios sobre el comportamiento indican que debemos ser escépticos sobre nuestro escepticismo. Frank describe un estudio psicológico

llevado a cabo en la década de 1970, en el que a los sujetos se les pedía girar una rueda y luego adivinar qué porcentaje de los países africanos eran miembros de las Naciones Unidas. Ellos asumían que la rueda era neutral, cuando en realidad estaba trucada: para un grupo siempre se detenía en 10 y, para el otro, en 65. En promedio, los integrantes del primer grupo respondieron que 25%, mientras que los del segundo 45%, lo que mostraba que la rueda irrelevante influenciaba su juicio. Los psicólogos concluyeron, en una publicación de 1981, que “la opción de enmarcar una decisión es un acto éticamente significativo”.

Las propuestas de las empresas que prestan servicios públicos no son necesariamente “exageraciones promocionales”, pero sí un ejercicio de enmarcar: enmarcar la búsqueda de intereses privados (rentabilidad o mantener un porcentaje de mercado) como si fuera a favor del interés público (viabilidad, confiabilidad o “sinergias”). ¿Este marco determina, o al menos influencia, qué problemas reciben la atención regulatoria y qué soluciones son aprobadas? ¿El enmarcar nos desvía de nuestra misión a favor del interés público?

Para tres tipos de solicitudes comunes que formulan las empresas que prestan servicios públicos, describiré la forma de enmarcar, la propuesta y el riesgo de desviación. Lo que se revela es el falso conflicto entre el marco de interés privado que le da el solicitante, y la misión del regulador a favor del interés público. Al identificar y eliminar el falso conflicto, evitamos desviarnos del objetivo, y solo entonces pueden ser atendidas simultáneamente las necesidades de la empresa que presta servicios públicos y las del público.

Ejemplo #1: “Formulas Tarifarias”

Marco: “Enfrentamos costos que aumentan rápidamente, por lo que necesitamos de mecanismos expeditos de recuperación de costos”

Propuesta: Establecer una “Fórmula tarifaria”, un mecanismo mediante el cual la mayoría de los incrementos en costos se trasladan a los clientes sin necesidad de revisiones tarifarias.

Riesgo de desviación: Si los costos están aumentando sería más adecuado preguntarnos si la empresa prestadora de servicios públicos está haciendo sus mejores esfuerzos, utilizando las prácticas más efectivas para identificar y controlar estos factores de costo. ¿La compensación depende de la competencia? Enfocarse solamente en la recuperación de costos desvía la atención de la responsabilidad que tiene la empresa.

Falso conflicto: No existe ningún conflicto entre hacer expedita la recuperación de costos e insistir en las mejores prácticas. Sin embargo, sí debemos decidir cuál meta es la condición mínima. “Demuestre que está utilizando las mejores prácticas,

y luego haremos expedita la recuperación de costos” es un mejor enfoque que “haremos expedita la recuperación de costos porque así lo solicitó usted”.

Ejemplo #2: Fusiones interregionales de empresas que prestan servicios públicos

Marco: “Necesitamos ser ‘más competitivos’ produciendo sinergias”

Propuesta: Una fusión entre los conglomerados de las empresas que prestan servicios públicos, unas en el medio oeste y las otras en el sureste.

Riesgo de desviación: La mayor parte de los reguladores no se despiertan cada mañana diciendo “El camino para incrementar el desempeño es por medio de fusiones, vamos a decirles a nuestras compañías prestadoras de servicios públicos que esa es la ruta a seguir”. A pesar de las docenas de fusiones ocurridas en los últimos 25 años, nadie ha podido probar que al rebasar un tamaño mínimo, la combinación de dos compañías grandes conlleve a menores costos unitarios, mayores índices de innovación, mejor servicio al cliente o que el menor número de participantes traiga consigo una mejor competencia. Las propuestas de fusiones ocupan, cuando menos, de 6 a 12 meses de los recursos regulatorios; tiempo que sería mejor utilizado identificando mejores prácticas e induciendo su adopción por parte de las empresas locales prestadoras de servicios públicos.

Falso conflicto: Las fusiones pueden ser eficientes. Las fronteras del área de servicio de muchas prestadoras de servicios públicos fueron definidas hace más de 70 años. El progreso tecnológico en la generación de energía y en telecomunicaciones definitivamente ha cambiado las economías de escala y alcance. El determinar si estos cambios favorecen a empresas más pequeñas (permitiendo la separación eficiente de funciones actualmente integradas) o empresas grandes (permitiendo la integración de activos y actividades distantes) es un tema que merece más atención. Una fusión o una desinversión le permiten a los reguladores explorar estas preguntas. Pero la propuesta de una fusión oportunista, enmarcada en “o la aprueban para septiembre o el trato se cae”, impide este tipo de reflexiones.

Ejemplo #3: La “aprobación previa” de una planta eléctrica importante

Marco: “Necesitamos una planta de 400 MW de capacidad firme de largo plazo, la cual debe estar lista en cinco años. Pero sin tener certidumbre sobre la recuperación de costos desde ahora, no podremos financiarla y asegurar que estará lista a tiempo”.

Propuesta: La aprobación previa de la decisión de la construcción de una planta eléctrica importante, junto con el compromiso de permitir la recuperación de los costos de construcción.

Riesgo de desviación: Al insistir en que el regulador se centre en un proyecto específico —sus costos, financiamiento y temporalidad— la prestadora de servicios públicos desvía la atención de los asuntos más importantes: ¿Ha explorado la solicitante todas las opciones? ¿La prestadora de servicios públicos ha logrado que sus consumidores tomen todas las medidas costo-eficientes a fin de reducir la demanda y el consumo? ¿Ha diseñado la comisión esquemas tarifarios que induzcan al uso eficiente? ¿Ha arrinconado la empresa a los reguladores presentando el proyecto de último momento, de tal forma que no haya tiempo de estudiar otras alternativas?

Falso conflicto: No existe un conflicto inherente entre inducir a un consumo eficiente y construir capacidad adicional. El conflicto surge cuando el carruaje va por delante del caballo: construir ahora y atender el tema del consumo eficiente después. La forma de evitar el conflicto es estableciendo condiciones previas: “Aprobaremos los proyectos que surjan a partir de una investigación que analice todos los escenarios razonables y que clasifique a todas las opciones con base en su costo-efectividad”.

* * *

El hecho de enmarcar surge con tanta frecuencia que ya casi no lo notamos. Y funciona (para quien lo hace, claro) por tres razones: (1) No depende del engaño sino de que nos desviemos del objetivo enfatizando lo que es importante para quien enmarca la cuestión en lugar de enfatizar lo que es importante para el público. (2) Toda propuesta de este tipo tiene algún ingrediente de interés público: La recuperación de costos no debe quedarse atrás de los gastos, las fusiones pueden llevar a mayores eficiencias y contar con plantas nuevas pueden evitar apagones. Contrario a lo que ocurre con las ruedas de los psicólogos, el marco que imponen las empresas prestadoras de servicios públicos rara vez resulta irrelevante. (3) El enmarcar reacomoda las prioridades de los reguladores, pues las solicitudes presentadas por estas empresas tienden a traer consigo plazos legales, en tanto que las iniciadas por la comisión no.

Soluciones: Podemos insistir en que somos neutrales y que el enmarcar no nos afecta, pero los investigadores del comportamiento nos indican que muy probablemente estemos equivocados. Una solución obvia sería reformular los procesos regulatorios iniciados por privados como investigaciones de interés público; formulando preguntas más profundas, consolidando a una serie de casos en investigaciones más amplias y condicionando aprobaciones privadas a la realización de compromisos públicos. Los legisladores también pueden

ayudar promulgando leyes que hagan que los procesos iniciados por la comisión no sean menos obligatorios que los iniciados por las empresas reguladas. Y si una comisión no cuenta con los recursos suficientes para seguir sus propias prioridades se lo debe hacer saber a los legisladores, cuyos electores, de estar informados, no tolerarían que los recursos de los contribuyentes se destinaran solamente a atender solicitudes de los privados.



42

Decisiones predeterminadas: ¿La regulación las está abordando al revés?

Le sugiero leer el libro *Nudge (Un pequeño empujón)* por Richard H. Thaler y Cass R. Sunstein (Yale University Press, 2008), pues su contribución a la regulación es potencialmente profunda. En una sección titulada “Opciones por defecto: Acolchonando el camino a la menor resistencia” (pp. 83-91), los autores afirman que:

1. “La inercia, la predisposición por el statu quo y el heurístico ‘sí, lo que sea’ están generalizados.”
2. “Todas estas fuerzas implican que si, para una elección dada, hay una opción predeterminada —una que ocurrirá si quien debe escoger no hace nada— entonces podemos esperar que una gran cantidad de gente termine con esa opción, sea o no buena para ellos”
3. “Las opciones por defecto son ubicuas y poderosas. También son inevitables, en tanto que, para cualquier nodo de decisión dentro de la arquitectura de un sistema, debe existir una regla asociada que determine lo que le ocurrirá al tomador de decisiones si no hace nada”
4. “Claro, normalmente resulta que si no hago nada, nada cambia; lo que ya esté ocurriendo seguirá pasando. Pero no siempre.”

El caso concreto que analizan es el de la donación de órganos. Alemania y Austria tienen opciones por defecto distintas. La de Alemania es “elegir ser incluido”: para realizar la donación, el consentimiento del ciudadano debe ser explícito. En cambio, la de Austria es “elegir ser excluido”: la ley presume que existe el consentimiento del ciudadano a la donación, a menos que este la rechace explícitamente. ¿En estas dos naciones colindantes, qué porcentaje de la población está de acuerdo con la donación de órganos? En Alemania el 12%, en Austria el 99%. ¿La diferencia en vidas salvadas? millares.

Los autores argumentan a favor de una paradoja aparente: la del “paternalismo libertario”. Están a favor de que la política pública le dé opciones a la gente (libertarismo), pero que los guíen hacia la decisión “correcta” (paternalismo). La política pública no debe ni ignorar las debilidades de la gente, ni forzar sus opciones; pero si les puede dar un “pequeño empujón”. Este pequeño empujón requiere que quienes elaboran las políticas públicas, diseñen las opciones por defecto correctas.

En nuestro campo, ¿qué pasa cuando la inercia se hace cargo? ¿cuándo los reguladores deberían decidir algo pero no lo hacen? ¿nuestras opciones por defecto tienen sentido? A continuación cinco ejemplos.

Eficiencia energética

Los consumidores no invierten lo suficiente en eficiencia energética. Sobrevaloran los costos iniciales y subestiman los beneficios de largo plazo; estos requieren de un periodo de recuperación demasiado corto; están dispuestos a pagar pasivamente un 18% de intereses sobre el balance de su tarjeta de crédito, pero no hacen nada para ganar un retorno de 18% al invertir en eficiencia energética. La inercia es poderosa, y daña a los consumidores y al medio ambiente.

Aun así, para la mayor parte de las políticas de eficiencia energética, la opción por defecto —la que ocurre si el consumidor no elige una— es la de no hacer nada, es decir, continuar por el camino de la ineficiencia, el cual nos lleva a una situación peor. Es cierto que existen programas disponibles pero, para desencadenar los beneficios, el consumidor debe actuar: encontrar, contratar y pagarle a un auditor energético; escoger entre múltiples termostatos, cubiertas para calentadores, tipos de aisladores térmicos y reemplazar ventanas; todo lo anterior requiere de un análisis matemático avanzado para comprobar que pagar ahora llevará a beneficios futuros; buscar un banco y llenar los formularios para el préstamo; y finalmente, hacer un desembolso grande. ¿Qué ciudadano común y corriente hace todo esto cuando hay un partido de fútbol que jugar o un capítulo de Bob Esponja por ver? La opción de “elegir ser incluido” es nuestra predeterminación, la cual lleva al fracaso de las políticas de eficiencia energética.

¿Por qué la opción por defecto no es “elegir ser excluido”? Esto significa que a menos que usted diga lo contrario, un auditor independiente autorizado por la comisión visitará su casa, determinará cuáles son las inversiones más costo-eficientes, gestionará el financiamiento y a los instaladores, y organizará todo para que los ahorros producto de lo anterior terminen siendo mayores a los costos incurridos, de tal manera que la billetera del cliente quede intacta, en tanto que aumenta la eficiencia energética de su casa. ¿Por qué tenemos el esquema de opciones por defecto al revés?

Competencia minorista

Hace diez años, algunos estados modificaron sus leyes para permitir la competencia en la suministro minorista de energía. El objetivo era contar con múltiples prestadores de este servicio que compitieran con base en precio, servicio al cliente e innovación de productos. Estos experimentos tuvieron que remontar dos obstáculos interdependientes: la dominancia del suministrador ya establecido, y la inercia del consumidor.

En la mayoría de los estados, la opción por defecto operaba al revés. Si el consumidor no elegía a un suministrador, este sería el que ya estaba establecido. Y como la mayor parte de los consumidores residenciales no seleccionaron (inercia), la dominancia del proveedor ya establecido continuó. La opción por defecto socavó por completo el propósito del nuevo marco legal. Este fracaso era innecesario, pues sin eliminar la opción del suministrador establecido (la postura libertaria) se pudo haber diseñado una opción por defecto que favoreciera la intención de la ley (paternalismo). ¿Por qué no predeeterminar que los clientes que no elijan serán canalizados a los nuevos suministradores y no a los ya establecidos: (a) en proporción al porcentaje de mercado de los nuevos entrantes; (b) de forma aleatoria; (c) en proporción a los beneficios ofrecidos por los nuevos oferentes, como por ejemplo, contribuciones a un fondo para usuarios de bajos ingresos; o (d) con base en méritos establecidos y aplicados por el regulador?

Cada una de estas opciones presenta sus propios inconvenientes, pero también los hay cuando la opción por defecto es a favor del operador establecido, cuya dominancia del mercado era justo el problema que desde un principio motivó la expedición de la nueva legislación. La competencia al menudeo en el suministro de electricidad como un medio para diversificar la competencia en el segmento residencial fracasó en la mayoría de las jurisdicciones. La política de predeeterminación a favor del oferente a través de una opción por defecto “elegir ser incluido” en vez de “elegir ser excluido”, fue una de las razones del fracaso.

Estructura tarifaria

Las tarifas basadas en costos integrales son fundamentalmente tarifas promedio calculadas dividiendo el requerimiento de ingreso entre las ventas esperadas. Son tarifas invariables a lo largo del día y del año. Pero precisamente porque los costos reales varían a lo largo del día, la semana y el año, estas tarifas promedio no envían las señales de precio correctas, a diferencia de las tarifas horarias. Cuando las señales de precio son certeras inducen a un comportamiento eficiente, preservando recursos para todos los ciudadanos. Algunos estados sí contemplan la opción de tarifas horarias, pero la inercia sigue siendo poderosa. ¿Si las tarifas basadas en costos integrales están equivocadas, y las horarias son las adecuadas, entonces, cuál es la mejor opción por defecto?

El personal al servicio de las comisiones

¿Cómo está conformado el personal de las comisiones reguladoras? La estructura estándar fue diseñada hace 20 o 30 años, cuando los mercados y las transacciones eran distintos. Al surgir nuevos asuntos y retos, estos son afrontados con base en las reglas del servicio civil y las limitaciones presupuestarias: Tendemos a rotar al personal a áreas nuevas sin que estos tengan la educación adecuada, en vez de contratar nuevos empleados expertos en los nuevos asuntos. La estructura estándar no debe ser estática o reactiva, sino con base en un análisis anticipado: ¿Cuáles son los nuevos retos?, ¿qué aptitudes son las adecuadas para afrontar dichos retos?, ¿debemos re-capacitar al personal existente o buscar gente nueva? Los procesos de contratación deben ser tan flexibles como los retos de la industria lo demanden.

Marco legal

Las empresas competitivas y las organizaciones sin fines de lucro evalúan sus oportunidades, reestructuran sus prioridades, su personal y sus recursos constantemente para estar en las mejores condiciones posibles. Su estándar es estar alerta, evaluando, ajustando y reinventando para alinear sus decisiones con la demanda.

El marco legal de una comisión requiere de las mismas atenciones constantes. Los legisladores y las comisiones, combinando sus ventajas comparativas, deben identificar estructuras de mercado que incentiven, establecer estándares de excelencia, administrar riesgos económicos e inducir innovación. Pero ese no es nuestro estándar. Nuestro marco legal tiene cien años y ha cambiado únicamente cuando una urgencia política o la presión de un grupo de interés mueven al legislativo a enmendarlo, usualmente añadiendo responsabilidades pero no recursos. Estas intervenciones esporádicas no siempre producen un todo coherente.

Un mejor estándar sería establecer un requisito legislativo de que cada dos años la comisión y el congreso produzcan una hoja de ruta y un plan conjunto. Estos documentos deben describir los retos que enfrenta cada industria regulada; luego evaluar que tan adecuada es la relación entre la estructura de la industria y su desempeño, entre las obligaciones de la comisión y su autoridad, y entre estas y el personal con el que cuenta. Junto con el documento habría un cambio legal que refleje todas estas necesidades. ¿Existe un mejor estándar para ajustar la autoridad de la comisión a fin de asegurar que logrará el interés público?

43

El desempeño de la empresa prestadora de servicios públicos: ¿Lo reconoceremos cuando lo veamos?

Por muchos años, las soluciones instantáneas de libro de texto para lograr mayor calidad han sido las de contratar a más inspectores de calidad. Desafortunadamente, no es posible “inspeccionar en” o “auditar en” calidad. La calidad debe ser diseñada en y construida en.

Norman R. Augustine, *Las Leyes Agustonianas*

Durante mi encargo como Director Ejecutivo del Instituto Nacional de Investigación Regulatoria (NRRI), en un solo periodo de tres meses, los expertos del instituto intervinieron en un caso de bancarrota de una empresa de telecomunicaciones, en el análisis de una propuesta de \$2.4 billardos de dólares para construir una planta integrada de regasificación y generación a base de ciclo combinado, en un esfuerzo que involucró a 40 estados para orientar la planificación de la transmisión de varias empresas reguladas, y en una revisión tarifaria en la que estaban en juego cientos de millones de dólares. El elemento común en todos ellos fue el desempeño: un término que escuchamos con mucha menor frecuencia que “pre-aprobación”, “trabajos de construcción en proceso”, “requerimiento de ingreso” y “ayuda tarifaria”. ¿Le prestamos mucha más atención a flujos monetarios que a los estándares de desempeño?

Para hacerle frente a este desequilibrio, el NRRI publicó en el 2010 tres documentos técnicos acerca del desempeño de las empresas prestadoras de servicios públicos: *Cómo pueden las métricas de desempeño mejorar la regulación*; *El desempeño de las empresas prestadoras de servicios públicos: ¿Cómo pueden las comisiones estatales evaluarlo con indexación, econometría y análisis envolvente de datos?* y *¿En qué posición se encuentra su empresa prestadora de servicios públicos? Una guía regulatoria para definir y medir el desempeño*. En estos documentos se busca abordar el problema de forma conceptual. En este ensayo me centraré en el problema desde una perspectiva estratégica, identificando ocho obstáculos en el camino del desempeño, así como cinco formas para lograr un mejor balance.

Ocho obstáculos en el camino al desempeño

Control de turnos: La mayoría de los turnos surgen de propuestas presentadas por las empresas reguladas y deben ser procesados por las comisiones dentro de un plazo legal preestablecido. Al combinarse lo anterior con la limitación de recursos se termina desplazando las iniciativas de la comisión encaminadas a revisar el desempeño de estas empresas.

Rotación en la comisión: Debido a que sus periodos promedio son menores a cuatro años, los comisionados tienen menos experiencia que los ejecutivos de las compañías cuyo desempeño deben evaluar. Cuando esto se combina con la modestia se le quita filo a la herramienta de evaluación del desempeño.

La brecha de la pericia: Para realizar una revisión creíble con respecto al desempeño, se requiere que el regulador tenga una pericia equivalente a la de la empresa. Pero como el proceso no ha tenido prioridad histórica, este grado de pericia no es parte de la infraestructura regulatoria.

La brecha de recursos: La gran ironía de la regulación que nunca ha sido atendida es que las comisiones enfrentan congelamientos y recortes a sus presupuestos para ahorrarle dinero a los contribuyentes, en tanto que las empresas prestadoras de servicios públicos pueden contratar a todos los expertos que necesiten utilizando el dinero de los usuarios. La brecha de recursos resultante limita la capacidad de la comisión para llevar a cabo revisiones de desempeño. (Para ahondar con respecto a este problema, ver los Ensayos 50 y 51, *Recursos regulatorios: ¿El diferencial marca una diferencia?*).

Restricciones judiciales: Algunos tribunales han limitado la autoridad de la comisión para impugnar o prohibir actividades que realiza la empresa prestadora

de servicios públicos argumentando “prerrogativa gerencial”⁴⁹. En el sentido más restringido, estos fallos judiciales provocan que los reguladores renuncien a establecer estándares de desempeño y por tanto sean reacios a aprobar los costos asociados a dicho desempeño; y, luego, cuando la empresa se desempeña muy mal, los mismos reguladores dudan en penalizarla por temor a debilitar sus finanzas.

Tensión entre desempeño y financiamiento: Las empresas prestadoras de servicios públicos requieren de capital, y las fuentes de capital requieren de rendimientos predecibles. Las sanciones de desempeño hacen que los mercados de capital frunzan el ceño. Así, un problema crónico para los reguladores gira en torno a cómo emitir señales a los mercados de capital que indiquen que los dólares seguirán fluyendo, y al mismo tiempo condicionar ese flujo a un desempeño de alta calidad. El vellocino de oro de la comunidad inversionista es un “ambiente regulatorio amigable”. Los analistas financieros revisan minuciosamente las decisiones emitidas por la comisión para asegurarse que los dólares fluirán. Desafortunadamente, existe una tendencia de equiparar evaluación con animosidad, investigación con crear un ambiente hostil. Esta tendencia, junto con indicadores financieros de corto plazo, desalienta a que las comisiones realicen una evaluación de desempeño de largo plazo.

La falta de consensos en estándares o métricas: No existe un consenso regulatorio sobre cómo definir o medir el desempeño⁵⁰. Resulta complicado tanto diseñar métricas creíbles, como recolectar los datos necesarios. Estas dificultades desalientan los esfuerzos para comparar el desempeño entre empresas que prestan servicios públicos, así como el darle seguimiento a sus mejoras o desviaciones a lo largo del tiempo. Este problema tiende a perpetuarse: Al no haber consenso con respecto a los parámetros de desempeño, no hay diálogo sobre el tema; y al no existir este diálogo, no se da un progreso para medir y mejorar el desempeño.

La conexión competencia-confidencialidad: Aún las empresas prestadoras de servicios públicos que gozan de un derecho monopólico enfrentan la entrada de competencia —algunas de forma dramática (como le ocurre a los prestadores de servicio alámbrico ya establecido con aquellos que ofrecen un servicio similar pero inalámbrico)—. Para estas empresas, la supervivencia monopólica puede depender de su éxito competitivo. De tal manera que compartir información con respecto a sus fortalezas y debilidades les genera un riesgo competitivo.

⁴⁹ Ver el documento 2010-01 del NRRI titulado “¿Está preparada la fuerza de trabajo de las empresas prestadoras de servicios públicos para enfrentar las nuevas demandas? Recomendaciones a las comisiones estatales para llevar a cabo investigaciones”, pp. 28-38. www.nrri.org.

⁵⁰ Ver “¿En qué posición se encuentra su empresa prestadora de servicios públicos? Una guía regulatoria para definir y medir el desempeño” de Evangelina Shumilina (NRRI, 2010).

Cinco formas de lograr un mejor balance

Estos ocho factores provocan una gran variación en la atención que las comisiones le prestan al desempeño. Así, el riesgo que se corre es que las revisiones al respecto no se den de forma continua, incremental y profesional, sino únicamente después de un gran apagón o sobrecostos significativos, cuando los titulares de las noticias y la intervención política nos distraigan del análisis. Entonces, ¿cuáles son nuestras alternativas?

Definir el desempeño deseado. El desempeño cubre un gran número de áreas: seguridad, servicio al cliente, indicadores financieros, costos de operación, producción de planta, innovación, administración de activos, de visión administrativa y eficiencia de la fuerza de trabajo. Dado que el avanzar hacia algunos objetivos puede quitarle atención a otros, el especificar las prioridades implica aceptar concesiones difíciles. Pero este ejercicio produce expectativas mutuas, lo que le permite a la comisión obligar que la empresa regulada asuma sus responsabilidades.

Condicionar las aprobaciones de acuerdo con el desempeño. Las revisiones tarifarias se requieren en el marco legal, pero también el desempeño. Otorgar los incrementos tarifarios cuando estos se solicitan pero exigir un desempeño solamente cuando las cosas salen mal, resulta asimétrico. Cada solicitud presentada por la empresa prestadora de servicios públicos —una autorización para construcción, un aumento tarifario, una fusión o una desinversión— debe estar precedida por un compromiso de mejora. Cada aprobación por parte de la comisión debe estar condicionada a que se presenten evidencias de que se obtendrá dicha mejora.

Implante el desempeño en la organización y en los procesos de la comisión. Los negocios exitosos tienen divisiones y procesos dedicados al control de calidad, por lo que vale la pena replicar estas prácticas entre las comisiones. Una comisión puede establecer una agenda pública donde se dispongan revisiones sobre el desempeño de los regulados y su evolución a lo largo del tiempo. Dentro de una región, en especial en aquellas donde solo exista un proveedor del servicio público para muchos estados, las comisiones deben establecer comités interestatales que construyan un vocabulario común, para luego juntar sus conocimientos y procesos, aun cuando las ponderaciones varíen dependiendo del estado. Esto requiere de dinero y de un marco legal que les permitan a las comisiones allegarse de ese dinero.

Enmarque los procesos regulatorios como una investigación sobre desempeño y a las opiniones regulatorias como evaluaciones con respecto al desempeño. La comisión no es un supermercado donde las partes buscan beneficios, sino una agencia regulatoria obligada a establecer y hacer valer estándares de desempeño.

Si bien es cierto que el marco legal le permite a las partes enviar solicitudes y le impone a la comisión la obligación de contestar, esta respuesta no tiene que estar limitada por la solicitud. Esta es la diferencia central entre un tribunal y una comisión; las primeras están confinadas a las peticiones de las partes, en tanto que las segundas están obligadas a impulsar el interés público. Si bien esto requiere de más trabajo, al recibir una solicitud de revisión tarifaria, la comisión debe investigar no solo evidencias con respecto al costo de las operaciones, deuda y rendimientos, sino también exigir evidencia que muestre una mejoría en los procesos de la empresa regulada.

Hay que incluir a Wall Street. Alguna vez un ejecutivo de una empresa prestadora de servicios públicos de Oregón dijo “gracias a Dios que existen los reguladores, pues nos salvan de nosotros mismos”. En el largo plazo, los intereses de los inversionistas y de los clientes se alinean, pues los primeros tampoco se benefician de fallas en el desempeño ni de un sistema regulatorio que los pase por alto. Dado a que ninguna posición monopólica es permanente, un buen desempeño se vuelve la mejor protección para mantenerse en el mercado. Si los reguladores envían señales claras con respecto a las expectativas y sus consecuencias, este rigor traerá consigo mayores beneficios que costos.



44

“Prudencia”: ¿Quién está cuidando la tienda?

Este no era el momento para plantearse preguntas fundamentales. Sin duda no en las etapas formativas de un proyecto.

Norman R. Augustine, *Las Leyes Agustinas*

La emoción causa costos

La regulación tiene sus ecuaciones: para el requerimiento anual de ingresos, para el diseño tarifario, para los costos de capital y para calcular los impuestos brutos. Esta es otra:

$$EPP + OPI + RRI + CC = SC,$$

donde EPP es la emoción por producir políticas públicas, OPI son las oportunidades privadas de inversión, RRI son los reguladores con recursos insuficientes y CC los consumidores cautivos, y, claro, SC son los sobre costos. Conocida también como “tomar riesgos con el dinero de otros”, la ecuación predice una pérdida en la rendición de cuentas y un uso decepcionante de los recursos económicos cuando: (1) los responsables de las políticas públicas quieren algo desesperadamente; (2) la inversión privada está ansiosa de participar; (3) los recursos regulatorios no están disponibles, se encuentran distraídos o con exceso de trabajo; y (4) hay alguien ya no puede zafarse de la apuesta. Esta ecuación funciona tanto en industrias reguladas como en las no reguladas cuando los “cautivos” son, respectivamente, los clientes y los contribuyentes, respectivamente.

Contamos con datos históricos más que suficientes para respaldar esta ecuación: la generación de electricidad a partir de la energía nuclear en la década de 1970, ahorros y préstamos en la década de los ochenta y el sistema bancario y los bienes raíces en las siguientes dos.

¿Hoy día estamos en riesgo? Siete posibilidades

Estos ejemplos históricos tienen a sus contrapartes contemporáneas. A continuación siete causantes de costos y los argumentos de quienes los defienden:

Energía Nuclear: “Necesitamos contar con un mayor número de generadores de carga base, pues el carbón es sucio, el carbón limpio es una mera especulación y las renovables no son confiables. La energía nuclear ha aprendido de sus errores”.

Transmisión: “Durante dos décadas hemos matado de hambre a la inversión en este sector, la energía producida por medio de renovables está lejos de las cargas y la energía producida por los generadores de carga base debe llegar a los grandes centros de población”.

Carbón limpio: “El carbón es el recurso dominante para la generación de electricidad en los Estados Unidos, las renovables no pueden satisfacer la demanda de cargas base, y la energía nuclear sigue siendo una especulación tecnológica atorada por las disputas con respecto a cómo disponer y dónde almacenar sus desechos, y en caso de catástrofes tendrán que ser los contribuyentes quienes paguen para remediarlas.

Red inteligente: “Ayudará a que las empresas que prestan servicios públicos operen de forma más eficiente y confiable, reducirá las emisiones de gases de efecto invernadero al colaborar en el esfuerzo para que los consumidores reduzcan su demanda, lo que mejorará la planeación de las empresas y permitirá crear fuentes de trabajo”.

Exploración de gas de lutitas: “Estados Unidos puede ser ‘la próxima Arabia Saudita del gas’, lo que le permitirá reducir su dependencia energética externa y construir ‘un puente de bajo costo hacia el futuro’ comprándole tiempo para desarrollar la energía nuclear y el carbón limpio”.

Banda ancha: “Es el equivalente al Servicio Postal de Estados Unidos actualmente: Nuestra economía, futuro educativo y sociedad civil requieren que todos estemos conectados, sin importar la localización e ingresos”.

Infraestructura hidráulica: “Nuestros ductos y estaciones de bombeo tienen más de medio siglo, el tratamiento del agua se está haciendo más complejo y la población va creciendo, en tanto que la oferta de agua es fija. “Necesitamos arreglar nuestra plomería”.

Muchos intereses poderosos, todos presionando por su aprobación. ¿Está lista la regulación para enfrentar el reto?

¿Recibe suficiente atención la “prudencia”? Siete preocupaciones al respecto

Con el fin de prevenir costos excesivos, debemos insistir en la prudencia de las empresas prestadoras de servicios. Contamos con una herramienta legal: el estándar de “justo y razonable”. Pero aún quedan siete obstáculos.

Expectativas poco claras: “Justo y razonable” y “prudencia” son tan solo encabezados de capítulos. Las comisiones definen “prudente” como “lo que una persona razonable haría”. ¿Pero qué haría una “persona razonable” al tener que decidir sobre opciones que involucra millardos de dólares con respecto a energía nuclear, carbón limpio, transmisión y reducción de demanda? Las cortes han definido prudencia de forma circular, como evitar “costos no razonables”, operar con el “menor costo factible” y “operar con todas las economías razonables”. (Ver respectivamente *General Telephone Co. of Upstate New York, Inc. v. Lundy*, 17 N.Y.2d 373, 377, 218 N.E.2d 274, 277 (1966); *Potomac Electric Power Co. v. Public Service Comm’n*, 661 A.2d 131, 138 (D.C. App. 1995); and *El Paso Natural Gas Co. v. FPC*, 281 F.2d 567, 573 (5th Cir.) cert. denied, 366 U.S. 912 (1960)). Las expectativas regulatorias van desde “tolerable”, pasando por “promedio” hasta llegar a “excelente”. Se necesita tener mayor claridad.

Tensiones intra agencia: Los legisladores quieren que las comisiones impulsen sus recursos favoritos, y a la vez, aseguren la prudencia. Esto los pone en una situación delicada, pues una agencia que tiene por ley la misión de propagar al carbón limpio, difícilmente puede combinar este apoyo con escepticismo. Dos ejemplos más: La Ley Federal de Energía (Federal Power Act), en su sección 219 mandata a la FERC a impulsar la transmisión por medio de “incentivos”. Pero la prudencia requiere que la transmisión como solución sea mejor que todas las alternativas a la transmisión. ¿Cómo puede una agencia decidir en algo así, cuando tiene el mandato de impulsar a una de las alternativas? Algo similar ocurre con la FCC, quien ha declarado que la banda ancha es una prioridad nacional. A partir de esto, ¿puede la agencia arriesgarse a desalentar a los inversionistas examinando la prudencia de la banda ancha?

Este problema no es nuevo. La antigua Comisión de Energía Atómica tenía el papel dual de procurar el avance de la energía nuclear y el de garantizar su seguridad. La tensión resultante provocó que el Congreso separara estos dos papeles; la comisión se hizo cargo del tema de la seguridad y el Departamento de Energía de financiar la investigación nuclear. La Administración de Alimentos y Fármacos (FDA) es presionada por la industria farmacéutica para que apruebe

rápida las nuevas medicinas, mientras que el público espera que los proteja contra productos inseguros. El Departamento de Agricultura publica lineamientos nutricionales que alertan al consumidor con respecto al contenido de calorías o grasas excesivas, aun cuando en su misión está promover el bienestar de los productores de carne y queso.

Quienes proponen prudencia quedan marginados: Cuando una solución está rodeada de dinero y emoción, sus partidarios caricaturizan a quienes argumentan a favor de la prudencia como agentes opositores a la misión, y los marginan alegando que en realidad tienen “otra agenda”. Y, efectivamente, algunos escépticos tienen otras agendas, o peor aún, no tienen agenda, o alternativa por la que luchar, sino simplemente el hábito de decir que “no” a todo.

Asimetría de pericia: Para evaluar la prudencia se requiere conocimientos profundos de ingeniería y costeo de proyectos. Si se carece de una pericia interna equivalente a la que tienen quienes planean y construyen, la comisión vacilará en juzgar con severidad. Es cuestión de humildad. Ver los Ensayos 50 y 51 con respecto al problema del diferencial de recursos.

Puntos de referencia insuficientes: Estamos apostando millardos de dólares en cosas nuevas: tecnología, formas de financiamiento y en expectativas con respecto al comportamiento de los consumidores. La novedad implica que tanto los costos como los beneficios son inciertos. Las revisiones sobre la prudencia dependen de comparativos, pero cuando estamos ante productos nuevos con pocos oferentes y siendo los trajes a la medida una característica constante, es difícil encontrar comparaciones válidas.

Las revisiones sobre prudencia no son divertidas: No existe un buen momento para determinar la prudencia. En la etapa previa a los gastos, carecemos de la perspectiva y de la información que se necesitan para tomar decisiones vinculantes con respecto a topes de costos o sobre la aprobación de estos. A las comisiones no les gusta que sean los consumidores quienes asuman los costos producto de los resultados inciertos. En la etapa donde los gastos ya fueron incurridos, catalogar ciertos costos como imprudentes daña a la empresa regulada y se corre el riesgo de recibir ataques hacia la regulación misma con alegatos cliché como “visión retrospectiva 20-20”, “general después de la batalla” y de “ambiente regulatorio hostil”. Y también está el dilema “demasiado grande para caer”, cuando asignar las consecuencias apropiadas de costos puede terminar por dañar a la única empresa que provee su servicio. El punto medio —decisiones sobre la prudencia de costos durante la fase de construcción— también tiene sus propios percances, como el de involucrar a la comisión en las decisiones cotidianas de la administración.

Retórica e ideología: La regulación produce sentimientos encontrados. A la gente le gusta cuando protege, pero se oponen a ella cuando obstruye. Este dicotomía invita tanto a la satanización como a la demagogia de aquellos que sobre simplifican y acusan a los defensores de la regulación de querer “controlar y ordenar” y a quienes apoyan el libre mercado de llevar a que los mercados estén “fuera de control”. Así, hay que reconocer que cuando se trata de tecnologías no probadas, tanto los mercados como la regulación tienen sus debilidades: Un mercado es verdaderamente competitivo solamente si los consumidores tienen sustitutos, pero por lo general las tecnologías nuevas no los tienen; en tanto que la regulación ve con escepticismo a los resultados subóptimos que los experimentos inevitablemente traen consigo.

Conclusión

La emoción implica un costo, sobre todo si se marginan las revisiones sobre la prudencia. ¿Cómo podemos hacer que la prudencia vuelva a tener un papel central? Esta será la pregunta que abordaré en el siguiente ensayo.



45

El *timing* para la revisión tarifaria: ¿Hay que estar alerta o en piloto automático?

¿Con qué frecuencia debemos ajustar las tarifas? ¿De forma regular, por decir, cada dos años? ¿Solamente cuando alguien lo solicita? ¿O cuando se dispara algún factor, como la entrada en operación de una planta nueva?

de un regulador reflexivo

Esta pregunta tiene un lado técnico: ¿están aumentando o disminuyendo los insumos que más influyen en los costos?, ¿el panorama de los ingresos está siendo dominado por los ajustes, los sobrecargos o las cláusulas de actualización? y ¿La empresa prestadora de servicios está ganando de más o de menos con respecto a la rentabilidad de capital autorizado?

El asunto tiene aspectos que van más allá de la técnica. Replanteemos la pregunta: Cuando establezcamos tarifas, ¿qué funciona mejor, estar en alerta o en piloto automático? A continuación, pongo a su consideración cuatro ideas al respecto:

El papel de la Comisión: ¿árbitro o iniciador?

Tutorial para aquellos que se inician en la regulación: Los “requerimientos de ingreso anual” de las empresas que prestan servicios públicos son el total de recursos que la empresa necesita anualmente para pagar por sus gastos prudentes, para invertir prudentemente en infraestructura, reducir el principal de su deuda y pagar sus intereses, así como generarle ganancias razonables a los inversionistas. Para establecer las tarifas, repartimos y asignamos los requerimientos de ingreso entre las diversas clases de clientes, para luego dividir

los ingresos requeridos por cada clase entre las ventas estimadas para esa clase. Esto nos dará una tarifa de dólar/unidad de ventas.

El requerimiento de ingresos para una empresa que presta servicios públicos es una predicción que resulta de la suma de cientos de rubros de costos, y en cualquier momento estos rubros se desvían de la predicción correspondiente. Los criterios tarifarios tradicionales asumen que estas desviaciones, por encima o por debajo de los parámetros predichos, terminarán por balancearse. Cuando hay un desequilibrio, constante y en una sola dirección, alguien lo nota y se inicia una revisión tarifaria.

El regulador que está alerta cuenta entonces con un sistema de monitoreo permanente que le permite distinguir entre eventualidades y tendencias, y cuando detecta las tendencias, inicia una revisión tarifaria. Otros actores también pueden iniciar revisiones pero, dado que el regulador está al pendiente del tema, esto lo mantendrá a la vanguardia. Para el regulador alerta, un caso tarifario no es una disputa entre las partes interesadas en la que el regulador simplemente lleva el marcador, sino una investigación liderada por este, en el que utiliza la información y pericia de las partes para producir un resultado a favor del interés público.

El liderazgo de la comisión: ¿aceptarán los consumidores aumentos tarifarios?

Si la comisión pasa de ser un árbitro a un iniciador, ¿se arriesga a ser visto como responsable de un aumento tarifario? ¿es esto algo malo?

Los aumentos en los costos de las empresas que prestan servicios públicos son inevitables. Hay factores que no podemos ignorar, como las necesidades de capital largamente diferidas, las demandas de transmisión inducidas por la incorporación de renovables, la inversión en banda ancha, la seguridad en ductos y una red hidráulica envejecida. Nuestro objetivo es que el público vea a estas necesidades como obligaciones que debemos afrontar, y no como un recurso del prestador de servicios públicos para ganarse una renta ofensiva. Así, una comisión que actúa como iniciadora del proceso estará mejor posicionada para argumentar este caso. Un regulador que lidera trata a los consumidores como socios del interés público a los que se debe persuadir, y no como víctimas a las que hay que proteger.

Cuando la comisión asume un papel de tomadora de riesgos tiene un segundo beneficio: el incentivo de mitigar estas alzas inevitables por medio de reducciones en los costos. Bajo un esquema tarifario tradicional, la empresa prestadora de servicios públicos busca reducir los costos entre los periodos de revisión, pues un dólar ahorrado es un dólar de ganancia. Pero durante una revisión tarifaria, su incentivo es el contrario: argumenta que sus costos son altos para hacerse de

un colchón que le permita cortar costos entre revisiones. Saber esto le permite a la comisión tomar previsiones y ordenarle a la empresa que incluya testimonios sobre opciones de eficiencia operativa. Esto no quiere decir que la comisión esté obligando a la compañía a auto incriminarse; esta puede alegar en contra de los recortes propuestos. Pero esta auto examinación permitirá que contemos con un historial más completo. ¿Cuándo, si no en este proceso, puede la regulación presionar para lograr una efectividad de costos?

El enfoque de la comisión: ¿ingresos o desempeño?

La revisión tarifaria típica se centra en las tarifas, esto es, en alinear a los ingresos con los costos, lo que implica ver al público como entes que pagan tarifas. Pero si vemos al público más como consumidores de un servicio, podremos utilizar las revisiones tarifarias para probar el desempeño, y así asegurarnos que los consumidores obtengan valor por su dinero. Si hacemos revisiones tarifarias basándonos únicamente en factores de costo, nos estamos enfocando más en los ingresos que en el desempeño.

Para borrar esta asimetría, debemos realizar revisiones tarifarias no solo cuando los costos reales se alejan de los estimados, sino también cuando surgen oportunidades que permiten ahorrar costos. El regulador debe requerirle a las empresas que prestan servicios públicos que reporten con respecto a novedades en las mejores prácticas, para así contar con argumentos que le permitan obligarlas a ahorrar costos. Para darle la misma importancia al desempeño y a los ingresos, debemos hacernos anualmente dos preguntas: “¿cuáles son las cinco mejoras más relevantes que se han implementado en la operación, planeación e inversión en su industria?” y “¿qué acciones has tomado para incorporar estas mejoras en la cultura y prácticas de su empresa?” Así, las revisiones tarifarias ya no solo se centrarán en los ingresos.

En resumen: una empresa prestadora de servicios públicos promoverá una revisión tarifaria con el fin de aumentar sus ingresos y no para que se evalúe su desempeño. Un regulador reactivo se centrará en evaluar los ingresos, mientras que el activo buscará también inducir a un mejor desempeño.

Calibración de la comisión: ¿están alineados los protagonistas con el público?

Para regular, debemos calibrar: Intervenimos lo necesario, y solamente lo necesario, para alinear los intereses de negocios de la prestadora de servicios con el interés público. En el contexto de una revisión tarifaria, considere los dos escenarios posibles:

Cuando las tarifas son altas con respecto al costo: En este caso la prestadora de servicios públicos probablemente no va a buscar una reducción en las tarifas. Si la empresa cuenta con mejor información que el regulador, esta situación —la de generar rendimientos reales mayores a los autorizados— puede durar indefinidamente. Este comportamiento no es ni ilegal ni inmoral; es, simple y sencillamente, la búsqueda de ganancias. Pero esto difiere del interés público. (Algunas prestadoras de servicios públicos sí ofrecen reducciones tarifarias, sobre todo cuando las estima necesarias para retener clientes). Cuando esto ocurre, el regulador alerta interviene e inicia una revisión tarifaria.

Cuando las tarifas están bajas con respecto al costo: Sería de esperar que las prestadoras de servicios públicos buscaran aumentos tarifarios a tiempo, pero como todos los actores públicos, estas empresas actúan con base en evaluaciones políticas, entre las que está el retrasar aumentos cuando el público está irritable. Aunque la decisión parezca inspirada en el interés público, esta puede terminar por debilitar la situación financiera de la empresa o llevar a una escalada de aumentos posteriores. Los incrementos tarifarios graduales y moderados son menos disruptivos tanto para las finanzas de los hogares como para la confianza pública que los incrementos tarifarios grandes. Así que cuando las tarifas están muy bajas, el regulador alerta interviene de nuevo.

Conclusión

Lo que pareciera ser una pregunta mecánica —“¿Cómo debemos programar las revisiones tarifarias?”— conlleva a preguntas retadoras con respecto a la postura y preparación de la comisión. Para vincular todas las respuestas posibles, debemos tomar en cuenta dos sustantivos —ingresos y desempeño— y cuatro verbos: iniciar, liderar, enfocar y alinear.

46

Animosidad de la interconexión: ¿Los procesos regulatorios llevan a la “Tragedia de los Comunes”?

Imaginemos un pastizal abierto a todos... Como seres racionales, cada pastor buscará maximizar sus ganancias. Así, de forma explícita o implícita, más o menos consiente este se pregunta “¿Cuál es la utilidad que me genera el añadir un animal más a mi rebaño?”... El pastor racional concluye que la respuesta más sensata es la de sumar otro animal, y luego otro y otro... Pero esta es la misma conclusión a la que llegan todos y cada uno de los pastores que comparten este común. Y sobreviene la tragedia. Cada individuo está inmerso en un sistema que lo incentiva a incrementar su rebaño sin límites —en un mundo limitado. Y la ruina es el destino al que todos se dirigen, cada uno persiguiendo su interés particular en una sociedad que cree en la libertad de los comunes. La libertad en un común trae consigo la ruina para todos.

Garret Hardin, “La Tragedia de los Comunes,” *Science* (13 de Diciembre de 1968), disponible en http://www.garretthardinsociety.org/articles/art_tragedy_of_the_commons.html.

Nadie pone en duda los beneficios que trae consigo la interconexión: viajes aéreos accesibles, movilidad laboral, trabajar desde la casa y economías que resultan del comercio intrarregional. Y, sin embargo, los esfuerzos regulatorios de promover la interconexión eléctrica enfrentan una

oposición, aparentemente reflexiva y siempre intensa. Enraizado en la práctica y en la cultura regulatoria, este comportamiento tiene costos; los beneficios públicos se retrasan y se diluyen. ¿Podemos hacer ajustes, o esta oposición resulta inevitable?

La estrechez procedimental lleva a relaciones de suma cero

Considere la batalla sobre las nuevas instalaciones eléctricas de transmisión de súper alto voltaje. En la región que va de Virginia a Ohio, la FERC asignó costos con base en estampillas postales (por medio de las cuales todos los usuarios pagan la misma tarifa, sin importar donde se encuentren o del beneficio específico que reciben, bajo el supuesto de que todos se benefician de alguna manera). En la apelación presentada ante el Séptimo Circuito por los estados de Ohio, Illinois y por otros intereses del medio oeste, la FERC perdió. El tribunal encontró que la evidencia era insuficiente y que había inconsistencias en el razonamiento de la FERC⁵¹.

Esta es una de muchas batallas con respecto a la asignación de costos en las que se enfrentan estados contra estados, productores contra consumidores, empresas prestadoras de servicios públicos contra independientes y el este contra el oeste. A pesar de los beneficios nacionales de contar con infraestructura nueva, la controversia con respecto a quién debe pagar por ella continúa. Dos de las razones son legales y culturales. El marco legal —en este caso, la Ley Federal de Energía Eléctrica— abre la puerta al litigio: Las instalaciones nuevas implican nuevos costos, los cuales requieren de solicitudes tarifarias, las cuales, a su vez, atraen simpatizantes y opositores. Nuestra cultura litigiosa le da mayor filo a este asunto: Los clientes que pretenden ganar a toda costa buscan abogados que prometen el triunfo; estos se unen para dar la batalla si el costo del litigio es menor a las ganancias potenciales en caso de éxito, multiplicadas por las probabilidades de ganar.

Un ingrediente más hace que el conflicto sea inevitable: la estrechez del proceso típico. Una instalación de transmisión de 500 kV es considerada un “proyecto grande”. Pero para una nación con poco más de 300 millones de ciudadanos que dependen de la electricidad para todo, desde incubadoras hasta funerarias, esta representa un añadido pequeño a los costos de la vida diaria. Y sin embargo, esta instalación conlleva un proceso propio, en el cual las partes se centran en lograr beneficios y evitar los costos asociados a esta instalación en particular. Así, la estrechez procesal es el ingrediente clave en la receta de la cultura de suma cero. Al aislar a cada propuesta de su contexto de beneficios, nuestros procesos aseguran un enfrentamiento entre quienes buscan ganar y los que pretenden evitar pérdidas.

⁵¹ *Illinois Commerce Commission, et al. v. FERC*, Nos. 08 1306, et al. (7th Cir. Aug. 6, 2009).

El litigio centrado en instalaciones específicas y en las partes, produce una “Tragedia de los Comunes” procesal

Una vez que una propuesta alcanza la etapa de asignación de costos, se presume que resulta prudente. Por prudencia se entiende que en un horizonte de tiempo lo suficientemente largo, o en una zona geográfica lo bastante amplia, la razón costo-beneficio es lo bastante positiva como para justificar esta inversión en comparación con las demás alternativas. La única pregunta que debería quedar es “¿cómo asignamos los beneficios netos para que nadie esté peor que antes y todos estén mejor?”

En la Tierra del Litigio, este enfoque optimista es una rareza. Los procesos estrechos y centrados en propuestas específicas implican que aún si la propuesta es parte de un paquete que implica beneficios netos, una de las partes tiene derecho de oponerse a ella si, para ese proyecto y para esa parte, la razón costo-beneficio es negativa. ¿Qué tan lógico y útil resulta diseccionar decisiones regulatorias en una serie de polaridades de ganar o perder? Ningún ciudadano razonable (por decir, uno que no haya sido infectado con este tipo de experiencia regulatoria) insistiría en que toda decisión de política pública le debe beneficiar personalmente. De lo contrario, dejaríamos de financiar la investigación sobre la esclerosis múltiple, pues no todos la contraen; eliminaríamos a los policías de tránsito de un cruce peatonal, pues no todos lo cruzan; desapareceríamos al Museo Aeroespacial, pues no todos lo visitan, y eliminaríamos todo programa en el que quienes sufragan los costos difieran de quienes los reciben.

¿Le parecen ejemplos extraños? Pues no difieren de la lógica presente en las respuestas opositoras a las propuestas de asignación de costos para la infraestructura que presta servicios públicos. Esta oposición, cada una individualmente racional, prolonga los procesos regulatorios, retrasa los beneficios, añade costos y destruye proyectos. Bajo nuestros procesos regulatorios, la suma de los litigios basados en una lógica racional, da resultados irracionales a la sociedad.

Bienvenidos a la “tragedia de los comunes” regulatoria, donde los comunes no es el pastizal de Garrett Hardin, sino el “derecho a la audiencia” para cada proyecto que implica un costo. Tejemos las propuestas de una forma tan estrecha que alguien siempre tendrá una razón —y un derecho— de oponerse a ellas. La suma de todos estos derechos individuales, ejercidos de forma vigorosa y costosa, genera un estancamiento regulatorio y un ánimo de disputa entre familias, como la de los Hatfield contra los McCoy⁵².

⁵² Ver *Las aventuras de Huckleberry Finn* de Mark Twain “Una disputa ocurre así: un hombre tiene una riña con otro y lo mata; entonces el hermano de este otro lo mata a él; entonces los hermanos de ambos lados van uno contra el otro; luego entran los primos, y con el tiempo, todos se van matando y así termina la riña. Pero esto sucede un poco lento y toma mucho tiempo”.

Hardin señala que “los comunes, de justificarse, serían únicamente en condiciones de baja densidad poblacional. Pero a medida que la población se incrementa, los comunes han tenido que abandonarse en un aspecto tras otro”. Este razonamiento aplica al proceso regulatorio. Cuando el litigio administrativo era simple —compradores y vendedores alegando sobre tarifas— había una ventana de tiempo y espacio suficiente para ventilar todos los argumentos; pero esta simplicidad ya es cosa del pasado. Un caso típico sobre una red de transmisión puede tener una docena de partes interesadas alegando sobre costos totales, costos asignados, necesidad, alternativas, diseño tarifario, equidad de integración, efectos medioambientales y más. Al igual que con el pastizal de Hardin, el problema crece geoméricamente porque (a) se presentan una multiplicidad de casos simultáneamente y (b) el “derecho de cada parte interesada a ser escuchada” trae como consecuencia un contra derecho en sus oponentes. Estos factores reducen la oferta de recursos para solucionar problemas: tiempo, dinero y buena voluntad. El resultado es la tragedia de los comunes de Hardin.

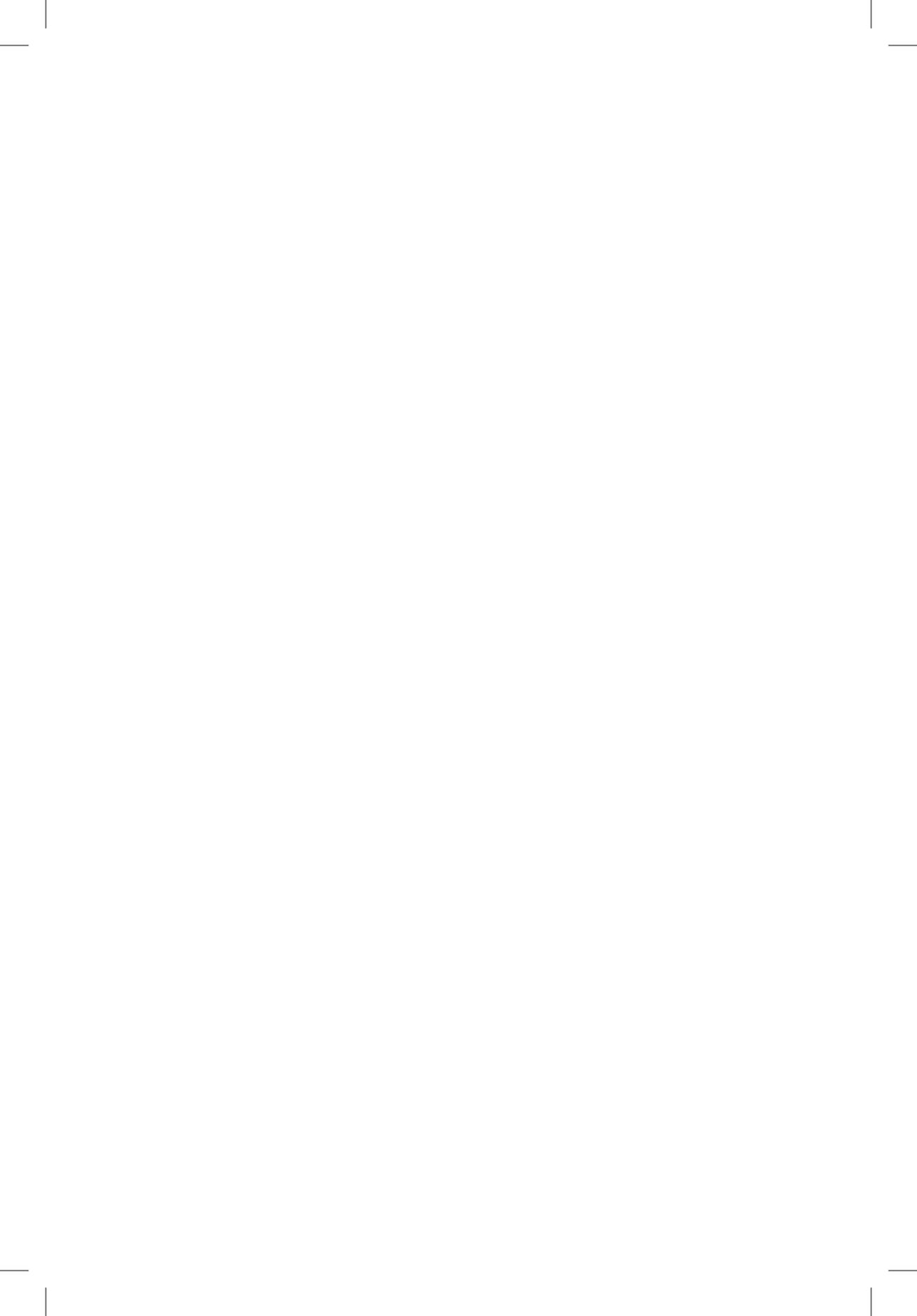
Los reguladores exhortan a los “consensos” y la “cooperación”. Pero esta dependencia en la contención voluntaria, a lo que Hardin llama “conciencia”, produce un resultado darwiniano: Los ganadores resultan ser aquellos que aguantan hasta el final, los que se resisten al consenso y a la cooperación. Así, Hardin llega a la conclusión de que “la conciencia lleva a la auto eliminación”.

Solución: Ampliar el alcance procesal para que los beneficios excedan los costos

Para salvar a nuestros comunes regulatorios, debemos romper con el esquema de suma cero. Necesitamos idear procesos cuyo alcance sustantivo asegure que los beneficios totales excedan los costos totales.

Un sistema de transmisión no solo beneficia a la generación y a las cargas que conecta, sino también a la economía regional a la que le da soporte. Un esquema tarifario “justo y razonable” no siempre toma en cuenta al beneficio ampliado. El esquema tarifario se limita a identificar el requerimiento de ingresos necesario y tarifas necesarias para producirlo. No se contemplan el crecimiento en el empleo, el atractivo de una locación industrial o los valores ambientales, aún cuando una propuesta adecuada de transmisión le puede añadir valor a estos tres. El enfocarse únicamente en los requerimientos de ingreso y tarifas es lo que lleva a un pensamiento de suma cero. Como cualquiera que haya atestiguado alguna discusión que haya llevado a un “arreglo” de transmisión interregional, apelar a “consensos” no funciona en un contexto de suma cero.

Los confines tarifarios no nos deben condenar a disputas eternas sobre la asignación de costos. La clave está en ampliar el contexto de decisiones. Por lo general hay una combinación de propuestas de transmisión que cubren áreas geográficas amplias o espacios de tiempo largos, en los que los beneficios totales exceden los costos totales. Al reemplazar los procesos de suma cero con otros enfocados a beneficios positivos, las partes pueden alegar sobre los beneficios y no con respecto a los costos. El resultado: más cooperación, mayor prontitud y más resultados.



47

Animosidad de la interconexión: Los lectores reaccionan

En un ensayo anterior argumenté que la estrechez procesal, en su faceta de litigios proyecto por proyecto, traía por consecuencia una relación suma cero en la que se pierden los beneficios de largo plazo. Partiendo del artículo seminal de Garrett Hardin afirmé que nuestra dependencia en el litigio enfocado en las partes, y sobre proyectos específicos, llevaba a una “Tragedia de los Comunes” procesal. En él argumenté a favor de ampliar el contexto de toma de decisiones para que en cualquier proceso los beneficios fueran mayores que los costos.

Este ensayo produjo una cantidad inusual de respuestas y estoy muy agradecido por estas reflexiones, cuyos ejemplos mencionaré a continuación. Todos ellos pusieron énfasis en que hablaban a título personal, y no a nombre de sus clientes u organizaciones.

Varios de quienes me escribieron, hicieron notar la coincidencia de que un ensayo basado en “La Tragedia de los Comunes” de Hardin apareciera la misma semana en la que el Comité del Nobel le otorgara este galardón en economía a la Dra. Elinor Ostrom. Alguno refirió que ella ganó el premio “básicamente por su investigación enfocada en diseccionar el “Problema de los Comunes” y promover la idea de sustentabilidad. Ella es la primera mujer que recibe este premio tan codiciado. Si bien Hardin es el “padre” del concepto Tragedia, fue Ostrom quien le dio nueva vida”.

En una nota personal maravillosa, *Larry Landis*, Comisionado del estado de Indiana, escribió:

Cuando no hace mucho te platicué que hace casi 40 años había leído este ensayo de Garret Hardin, fue gracias a la sugerencia de una profesora con quien tomé la última clase obligatoria para obtener mi maestría en ciencia política, la cual era un híbrido entre ciencia política y economía... Esa profesora fue Elinor Ostrom de la Universidad de Indiana, quien esta semana fue la co-galardonada con el Premio Nobel de Economía. Por cierto, su clase era fenomenal. La vida es a veces impresionante.

Stephen Hill, experto en finanzas escribió:

Una razón que explica el ‘boom’ en la construcción de infraestructura de transmisión eléctrica es el cambio por parte de la FERC con respecto a las retribuciones de los retornos permitidos. Ellos decidieron autorizar una rentabilidad por encima del costo de capital a fin de incentivar este tipo de construcciones y han basado el costo de capital en estimaciones de mercado de costos integrados de las empresas que prestan servicios públicos (DCF/CAPM). Sin embargo, la FERC también permite que estas operaciones recuperen sus costos por medio de una ‘fórmula tarifaria’ en la cual el retorno sobre el capital permitido (ganancia) se recupera mensualmente sin fluctuación, como si fuera un costo. Una ganancia estable no es un flujo de ingresos riesgoso, y el rendimiento de un flujo de este tipo para un inversionista tendría que ser sostenidamente menor que aquel que resulta adecuado para una empresa integrada que cotiza en público. Mi argumento es que creo que la Tragedia de los Comunes a la que haces referencia, inició a partir de una política regulatoria errónea de la FERC. No tengo ningún problema con los incentivos a las ganancias (por ejemplo, dejando que el ‘mercado’ haga su trabajo); pero me parece que lo que se está permitiendo, debido a la forma en la que se recuperan los rendimientos de capital de transmisión, está muy por encima del costo de capital real de esas empresas.

Dr. Ken Zimmermann de la Comisión de Oregón escribió:

Scott, es probable que estés perdiendo de vista el punto. Quizás el problema no es la asignación de costos per se, sino más bien quién, a qué partes y por medio de qué procesos debe ocurrir. En otras palabras, ¿son los reguladores, las cortes o las audiencias los mejores (sea cual sea el sentido de la palabra) actores/procesos para construir el pastel que será asignado o las asignaciones mismas? Yo creo que no. Tal vez debamos darle un giro tanto al proceso, como a las partes. Podríamos empezar de abajo hacia arriba para construir tanto el entendimiento de los proyectos/operación, los costos que estos involucran, así como las metas que buscarán y las consecuencias de no seguir adelante con el trabajo. Puede ser que este proceso también fracase, pero ayudaría a reducir el ‘juego de suma cero’ que mencionas, así como los ‘tiros de arco’ oportunistas y de último minuto que tiran los viejos adversarios.

Edith Pike-Biegunska del Proyecto de Asistencia Regulatoria escribió:

Argumentas (y estoy de acuerdo) que las consideraciones sociales importantes se encuentran en desventaja en el proceso tarifario actual. La batalla que recién terminó con la decisión del Sexto Circuito en

el caso *Illinois Commerce Commission v. FERC* ilustra el tipo de controversias larguísimas que el proceso tarifario actual produce frecuentemente. Tu discusión utiliza este ejemplo para ilustrar cómo es que los intereses estrechos de unos cuantos actores pueden emboscar a proyectos que son, de hecho, benéficos para la sociedad en su conjunto. Mientras que tu ensayo apunta al proceso como el principal culpable en interferir con los propósitos sociales constructivos, me pregunto si el problema no reside, más bien, en las disposiciones legales sustantivas de la Ley Federal de Electricidad (FPA).

En la última sección de tu ensayo resaltas el hecho de que el proceso tarifario ‘justo y razonable’ no toma en consideración factores importantes como los valores medioambientales y el crecimiento del empleo. ¿Crees que una forma de abordar este problema podría ser enmendando la misma FPA a fin de asignar directamente los recursos sociales hacia proyectos cuyos beneficios el sistema actual ignora? La FPA podría, por ejemplo, ordenar políticas de ‘limpiar primero’, las cuales le darían acceso a generadores de energías limpias antes que a las tradicionales basadas en el uso intensivo de combustibles fósiles por medio de: (1) diseño tarifario; (2) nuevas interconexiones; y (3) acceso a la transmisión. Este enfoque podría evitar la necesidad de limitar los derechos de los interesados a refutar las propuestas, en tanto que aseguraría que las políticas con beneficios medioambientales y sociales sean consideradas. Me pregunto si con enmiendas sustantivas de este tipo a la FPA, esta misma atendería tus preocupaciones.

John Zeller de la Comisión de Empresas Prestadoras de Servicios Públicos de California añadió:

Una serie de posibles cambios tal vez mejorarían el proceso de aprobación de transmisión: uno sería la creación de convenios interestatales entre estados colindantes en los que se establecerían reglas para la asignación de costos de las líneas que cruzan fronteras estatales. Una regla podría ser el desarrollar un solo criterio para evaluar los méritos de las nuevas líneas, como una razón costo-beneficio positiva. La comisión del estado o las del convenio aprobarían valores establecidos para la mejora de la confiabilidad, transferencia de capacidad, acceso a fuentes renovables, oportunidades de desarrollo económico, incrementos en la recaudación sobre la propiedad y reducción en las pérdidas en las líneas. NARUC o NRRI podrían proporcionar algún tipo de pericia económica y técnica para modelar estos valores. Con respecto a la localización, el conflicto inherente entre los efectos localizados y los beneficios dispersos de los nuevos proyectos de transmisión puede

ser mitigado desarrollando esquemas de compensación destinados a beneficiar a las comunidades afectadas. Las compensaciones a las comunidades afectadas podrían ser parte de las mismas tarifas de transmisión. Finalmente, cualquier proceso de aprobación de transmisión debe incluir un componente obligatorio de resolución alterna de disputas (ADR) con un facilitador dedicado a resolver conflictos antes del inicio de un litigio formal.

Y esto por *Ron Edelstein* de Instituto de Investigaciones del Gas:

Nosotros enfrentamos frecuentemente cuestiones similares para justificar interés público o del consumidor, en Investigación y Desarrollo (I&D). Las justificaciones se convierten en casos tarifarios en disputa, con múltiples interesados, defensores de los consumidores, grandes industriales, personal de la comisión y compañías de gas; y todo esto aún antes de que el asunto llegue a los comisionados. Los oportunistas (como las empresas prestadoras de servicios públicos eléctricos que se benefician de las reducciones en costo de las operaciones y administración, así como de la I&D sin tener que pagar por ella) abundan. Siempre surgen preguntas como: ¿esta I&D se llevaría a cabo de todas formas aún sin recursos públicos?, ¿por qué deben pagar por ella mi sector de consumo? y ¿por qué debe pagar mi estado? Las razones costo-beneficio son discutidas y se pueden cuantificar, pero qué tanto del beneficio lo reciben las compañías de gas y qué tanto el consumidor, cuánto los manufactureros de equipos, cuánto los productores y compañías de servicios y cuánto el público en general (por ejemplo, en la forma de aire limpio), son asuntos contenciosos.

Así, hay buenos programas de I&D que se quedan sin fondos o con fondos insuficientes, y todos, incluyendo a los consumidores de toda clase, el público en general, las compañías de gas y el país, pagan el precio de las oportunidades perdidas. EPRI⁵³ enfrenta un problema similar, y por supuesto Bellcore eventualmente fue vendida por los Baby Bells a SAIC⁵⁴ cuando estos empezaron a competir entre ellos.

Larry Nordell, un economista que trabaja para el Consejo del Consumidor de Montana dijo:

Scott, creo que estás equivocado en esta —al menos estás pintando con un pincel demasiado ancho. Los argumentos para repartir los costos de nuevas líneas de transmisión entre todos los consumidores es un favorito de los desarrolladores de recursos, que buscan acceso a mercados sin

⁵³ The Electric Power Research Institute

⁵⁴ Science Applications International Corporation

pagar los costos de transmisión, a sabiendas de que sus proyectos se verán más baratos para las empresas compradoras que prestan servicios públicos si estos no están atados a los costos de expansión de la transmisión. Estos argumentos son un favorito para quienes defienden a las renovables, que simplemente afirman que los beneficios son obvios y que no quieren ser molestados con los detalles. Pero de hecho (y mi experiencia está en el oeste, por lo que puede ser diferente a la interconexión del este) por lo general hay beneficiarios claros para la mayoría de estas líneas de transmisión y mercados objetivos claros para los proyectos de generación. ¿Por qué aquellos que no se benefician de los proyectos los deben subsidiar? Si los desarrolladores eólicos en Montana quieren transmisión hacia el mercado de California, ¿no deben ser ellos quienes consigan los acuerdos con los compradores de California para que estos paguen por su energía y por los costos de transmisión antes de que se construyan las líneas? Según tu propuesta, estas líneas se deben construir y su costo diseminar en toda la interconexión del oeste sin antes tener una revisión puntual sobre si las empresas prestadoras de servicio en California quieren esta electricidad; esto es, si los beneficios son lo suficientemente significativos como para que valga la pena incurrir en los costos dadas las alternativas existentes. Este es un principio básico del razonamiento económico, y no resulta provechoso descartarlo simplemente con levantar al espectro de la tragedia de los comunes.

Más aún, me parece irónico el uso que le das a la analogía de la “tragedia de los comunes”. El sentido general es que cuando la gente no enfrenta los costos que implica el uso del recurso, tienden a sobre utilizarlo. El diseminar el costo de transmisión a todas las partes y separar los costos de transmisión de los recursos de decisión que llevan a la necesidad de las nuevas líneas, llevará exactamente a ese resultado.

El oeste tiene una larga historia de cooperación sobre líneas interestatales que contradice tu argumento de miopía regulatoria, una cooperación que sería puesta a prueba amargamente al tratar de forzar a los estados no beneficiados tanto a pagar por las líneas, como a aceptar sus impactos. Este es el razonamiento que Northern Tier Transmission Group (con la que he trabajado) ha utilizado con respecto a la asignación de costos: son preferibles aquellas propuestas que cuentan con el apoyo voluntario de las partes a las que se les propone asignar los costos. En caso de que alguna de las partes le solicite a Northern Tier Transmission Group que elabore una propuesta de asignación de costos para un proyecto que no ha conseguido el apoyo voluntario de las partes, esto se hará de acuerdo a criterios de que los beneficiarios y causantes de costos los deben pagar.

Pero las partes son advertidas de que los estimados de los beneficios resultan inciertos y sujetos a riesgo, y que el convertir estimados en asignaciones de costos obligatorios no es un ejercicio técnico simple. Debo hacer notar que Northern Tier Transmission Group no tiene autoridad para ir más allá de recomendar una distribución de costos a las Comisiones respectivas. MISO, que sí tiene esa autoridad, pareciera estarse encaminando en una dirección similar.

Cuando uno está proponiendo que su proyecto favorito sea pagado con el dinero de otros, resulta muy sencillo sucumbir al optimismo al momento de suponer beneficios e ignorar tanto los riesgos como los resultados menos favorables. Los mejores y más cuidadosos jueces con respecto a qué tan importantes y probables serán los beneficios, son aquellos cuyo dinero está en juego. Una dispersión de costos obligatoria llevaría a juicios equivocados con respecto a qué líneas se deben construir, que tan grandes deben ser y cuándo construirlas. Este sería un desenlace irresponsable para la comunidad regulatoria. Y esto me lleva a mi comentario final: Tu ensayo pareciera la posición de un entusiasta que defiende un resultado al que favorece. Desde mi punto de vista, esta es una posición inapropiada siendo la cabeza del NRRI. Existe una gran cantidad de casos donde se promociona la dispersión de costos de transmisión sin tomar en cuenta los beneficios. Necesitamos respuestas bien razonadas de la comunidad regulatoria, y necesitamos y esperamos contar con su ayuda.

Hannes Pfeifenberger de Brattle escribió:

Scott —muy cierto y muy bien dicho... Las formulas costo-beneficio y asignación de costos preestablecidos de las RTO (a las que me refiero en el archivo adjunto) han socavado la inversión en transmisión, por cualquier cosa excepto por razones de confiabilidad. Afortunadamente la industria se ha percatado de esto. La única pregunta es si tendremos la visión y la voluntad política de hacer algo al respecto. Creo que ni siquiera el que las comisiones estatales trabajen de forma conjunta logrará esto. Tal vez se requiera que los gobernadores regionales se reúnan.

48

“Arreglos” regulatorios: ¿En qué casos los acuerdos privados favorecen al interés público?

Es política de esta comisión alentar acuerdos entre las partes.

Fuentes múltiples

Por alguna razón, los acuerdos entre las partes parecen alcanzar el mínimo común denominador en muchas instancias y, por lo general, terminan desafiando al interés público. Resulta frecuente que se utilicen para atarle las manos a la comisión y no como un medio que le ayude a resolver problemas molestos.

Ex Comisionado estatal

Las comisiones estatales están atendiendo cada vez más solicitudes: revisiones tarifarias, peticiones de pre aprobaciones o reestructuraciones corporativas. Pero ellas mismas también están iniciando procesos: opciones para la reducción de emisiones de carbono, construcción de líneas de transmisión y energías renovables. Todo esto en un contexto en el que la planta laboral se ve reducida debido a jubilaciones y a la congelación de nuevas contrataciones.

Como resultado de la relación volumen de trabajo/reducción de la plantilla laboral, los arreglos entre particulares resultan atractivos como elementos para reducir la carga de trabajo, pero son un arma de doble filo: Tienen un valor positivo si resuelven problemas de interés público, pero resultan negativos si estos fuerzan a la comisión a abandonar su función legal. Esta distinción no siempre resulta fácil de discernir.

¿Es un “arreglo o acuerdo entre las partes” un término erróneo? Primero una aclaración. Una empresa regulada que presta servicios públicos no puede realizar actos de comercio —esto es, no puede proveer un servicio o cobrar una tarifa— sin la aprobación previa de la comisión, la cual se da con base en los documentos presentados por el solicitante. Esta “doctrina de la tarifa basada en una solicitud” diferencia a la regulación para las empresas que prestan servicios públicos, del comercio normal. En la regulación, un arreglo o acuerdo entre las partes no resuelve nada sustantivo; simplemente es una propuesta de las partes.

Los beneficios de los arreglos

Informalidad: Los procesos que llevan a los acuerdos entre las partes implican intercambios informales, los cuales incrementan el conocimiento mutuo de sus problemas técnicos y metas privadas. Ambos procesos llevan a una espiral ascendente, pues conforme aumenta la fluidez del diálogo técnico, las comisiones van delegando la solución a los acuerdos alcanzados entre las partes, lo que a su vez lleva a un mayor entendimiento técnico, y por tanto, a una delegación creciente hacia estos. La exposición mutua a los objetivos privados del otro sirve como acicate para alcanzar soluciones con base en acuerdos entre las partes, los cuales alinean a los intereses privados con el interés público, siempre y cuando la comisión haya establecido de antemano cuáles son los parámetros de este.

Expeditos: Los arreglos le ahorran tiempo a los tomadores de decisiones, pero con dos salvedades: En primer lugar, el tiempo de las partes también importa. Cuando los procesos de acuerdo que carecen de una guía se combinan con diferencias significativas entre los recursos con los que cuentan las partes, el pequeño puede acabar desgastado, lo cual convierte al “arreglo” en un eufemismo de “tómalo o déjalo”. El litigio, cuando es llevado con disciplina y eficiencia, puede hacer menos relevante la disparidad de recursos con los que cuentan las partes. En segundo lugar, ahorrarle tiempo al tomador de decisiones no es un fin en sí mismo; pues el éxito se mide con respecto a la calidad de las decisiones, y no al número de decisiones que se toman al año.

Los riesgos de la regulación por medio de acuerdos entre las partes

Una cultura de acuerdos entre las partes puede inducir a una pasividad regulatoria: Entre menos intervienen los reguladores en los asuntos de las partes, menos (a) se involucran mentalmente, (b) aprenden sobre los negocios regulados, (c) adquieren confianza en sí mismos y (d) lideran de forma objetiva. El adoptar una posición de “veamos qué es lo que dicen las partes” lleva a “veamos qué es lo que quieren las partes”, y eventualmente a “¿y quiénes somos nosotros para interferir en el acuerdo al que llegaron?” Esto conlleva a un riesgo de atrofia: Músculo que no se usa, músculo que mengua. Lo anterior deriva en una espiral descendente: Conforme la comisión se involucra menos y está menos alerta, pierde respeto y confianza, lo que conlleva a más acuerdos entre las partes y a mayor atrofia.

El favorecer la adopción de acuerdos privados en lo abstracto, confunde a las comisiones con tribunales

La jurisdicción de los tribunales está limitada a un caso o controversia iniciada por un demandante. Un acuerdo elimina la controversia. Así, la figura de *Demandante contra Demandado* se convierte en demandante y demandado, en la que las partes acuerdan que ya no necesitan del juez. Los tribunales no tienen ningún poder de “interés público” general independiente más allá de la disputa en los términos planteados por las partes⁵⁵.

Pero las comisiones no son tribunales. (Ver el Ensayo 11, *Las comisiones no son tribunales ni los reguladores jueces*). Los poderes de la comisión no están definidos según el caso presentado, sino por el marco legal sustantivo. El deber fundacional de la comisión, que es el asegurar que el servicio que se presta sea confiable y a un precio razonable, no varía con las decisiones de las partes de iniciar o “acordar” sobre una disputa. El propósito de la regulación no es el de alcanzar la paz entre las partes, sino el de procurar el interés público.

Entonces, ¿cuándo resultan apropiados los acuerdos entre las partes?

Los acuerdos entre las partes resultan apropiados cuando ayudan a la comisión a llevar a cabo sus obligaciones en favor del interés público. Las condiciones favorables incluyen: (1) Cuando el tema acordado requiere de *conocimientos técnicos*, (2) cuando el conocimiento técnico de las partes sobre el tema sea

⁵⁵ Advertencia: En las disputas que tienen un elemento de interés público significativo, un tribunal puede negar la moción de desistimiento presentada por las partes en litigio, especialmente en los casos en los que terceros interesados se encuentren insatisfechos. Sin embargo, los poderes del tribunal están circunscritos a la demanda original.

mayor al que tiene la comisión y (3) cuando los intereses privados de las partes estén *alineados al interés público de largo plazo*.

Pero cuidado con las lagunas, tanto en el proceso, como en el resultado del acuerdo entre las partes. Si en el proceso para alcanzar el acuerdo entre las partes se ignoran segmentos del espectro del interés público, como las generaciones futuras, calidad de la fuerza de trabajo, responsabilidad medioambiental, eficiencia gerencial e innovación tecnológica, su resultado estará incompleto; y no por el solo hecho de contemplar estos segmentos, significa que han sido atendidos de forma efectiva. El mantra que asegura que “los acuerdos entre las partes son más efectivos que el litigio” tiene huecos cuando existe disparidad de recursos. Los procesos de arreglo sin ningún tipo de rigor favorecen a las partes más grandes: Ellas pueden asistir a más reuniones, producir más estudios, involucrar a más personal, pagarle más a sus abogados para que hablen por más tiempo y con mayor vehemencia. En contraste, un juez fuerte que utilice procesos litigiosos eficientes, reducirá estas diferencias de recursos. Las preferencias abstractas para los acuerdos entre las partes ignoran estos puntos.

¿Con qué soporte de evidencia?

Las resoluciones de la comisión generan políticas, y una resolución que aprueba un acuerdo entre las partes también. Las políticas creíbles requieren de evidencia creíble y, por lo tanto, un arreglo debe estar basado en evidencias que sustenten sus alegatos de que este favorecerá al interés público, esto es, que su testimonio tenga el mismo rigor y exhaustividad que tendría en un litigio. Asegurar que “negociamos intensamente y este es nuestro acuerdo” no es evidencia suficiente de que se esté favoreciendo al interés público.

El registro no solo debe contener evidencia que sustente el acuerdo alcanzado entre las partes, sino también aquella que precedió al acuerdo. Resulta frecuente que estos arreglos estipulen que cada signatario debe retirar su testimonio inicial, básicamente porque estos resultan contradictorios con respecto al acuerdo alcanzado. Una parte que ahora asegura que “el retorno sobre la inversión de 12.5% acordado resulta suficiente” prefiere borrar todo recuerdo de que su testigo aseguró que “cualquier retorno menor al 14% paralizará a la compañía”. Ninguna de las partes quisiera dejar evidencia que argumente que “conforme mis posibilidades de victoria varíen, y con ellas, mi visión sobre la verdad”. El testimonio se rinde bajo juramento, y no es una mera coreografía que varíe conforme cambia la música. La credibilidad es la moneda del reino regulatorio, y el respeto hacia este disminuye si la comisión permite un juego de escondidillas con respecto a los testimonios. Registrar y mantener los testimonios, previos y posteriores a los acuerdos, disciplina a las partes para que tomen posiciones

acordes al interés público desde un principio. También asegura transparencia, un factor esencial para ganar la confianza pública.

Recomendaciones para reguladores

Los arreglos regulatorios tomados entre las partes constituyen propuestas conjuntas para que la comisión actúe en consecuencia. Estos promueven el interés público cuando resultan no de una repartición que sacrifica el largo plazo por el corto plazo ni de la imposición de una parte a la otra disfrazada de acuerdo, sino del intercambio de opiniones expertas. (Los acuerdos entre las partes también funcionan adecuadamente cuando se trata de concesiones comerciales privadas que no afectan a terceros en el presente o en el futuro). Por lo tanto, la probabilidad de que el resultado favorezca al interés público aumenta si la comisión no se enfoca en un interés abstracto de armonía, sino en estos dos criterios:

1. Una propuesta de acuerdo entre las partes debe estar respaldada por principios y evidencias alineados con las prioridades de la comisión.
2. Los recursos, pericia y alternativas disponibles para cada parte deben ser relativamente equivalentes. Bajo estas condiciones, ninguna visión unipartidista con respecto al “interés público” prevalecerá por otra razón que no sea la del mérito.



49

¿Por qué es tan rara la competencia por el monopolio?

El público tiene un interés obvio en la competencia “aún si esta competencia implica eliminar a algún contendiente.

Hecht v. Pro-Football, Inc., 570 F.2d 982, 991 (D.C. Cir. 1977) (citando a *Union Leader Corp. v. Newspapers of New England, Inc.*, 284 F.2d 582, 584 n.4 (1st Cir. 1960))

Las tormentas traen consigo apagones, los apagones enojan, y los enojados se preguntan: ¿podemos reemplazar a la empresa prestadora del servicio público eléctrico? Esto se lo cuestionaron los ciudadanos de Long Island sobre la Long Island Power Authority, su empresa eléctrica regulada estatal; también los residentes del área de Washington DC sobre la empresa privada Potomac Electric Power Co. Durante la crisis de precios y oferta de 1999-2001, los californianos se plantearon lo mismo sobre sus proveedores del servicio público eléctrico. Los momentos de crisis no son buenos para tomar decisiones de largo plazo, pero sí para hacerse grandes preguntas como “¿Por qué hacemos las cosas de esta forma?”

Rara vez las comisiones revocan las concesiones o permisos, casi nunca las otorgadas a grandes prestadores de servicios público (no así a las pequeñas compañías proveedoras del servicio de agua). Plantearse la pregunta implica perder credibilidad. “Es políticamente poco realista.” “Eso nunca se ha hecho.” “Más vale malo conocido que bueno por conocer.” “Esto va a molestar al mundo financiero.” “El gobernador nos va a cortar la cabeza”. Tantas maneras de decir “no”.

Este bloqueo mental, este consenso contra la curiosidad, socavan la causa regulatoria. Se crea una expectativa tan enraizada como no probada: de que el plazo de la empresa ya establecida es permanente mientras esta exista. La penalidad común por un servicio inadecuado es una multa y una segunda oportunidad: una multa calculada para provocarle un pinchazo pero no para inhabilitarla, una segunda oportunidad envuelta en un aumento tarifario para financiarla. Una reacción descrita por Peter Bradford (parafraseando a un ex comisionado de Nueva Inglaterra) como “Y si vuelves a hacer eso, te apalearemos”.

Si les aseguramos un flujo de ganancias por prestar un servicio adecuado y no excelente, los resbalones inevitables se darán a partir del primer parámetro y no en el segundo. En mercados reales con alertas y consumidores activos, los proveedores caminan sobre la cuerda floja. Su opción es clara y simple: sobresale o pierde. ¿Existen mecanismos para que los reguladores de monopolios repliquen esta presión con respecto al desempeño?

La respuesta está en provocar una competencia periódica por el derecho a ser monopolio. Esta tendría 5 componentes.

1. *Periodo de años:* Cuando no existe un periodo específico no hay una jornada electoral, por lo que tampoco existen competidores, ideas a contrastar ni un sentido de supervivencia dependiente de la excelencia. Es por esto que la mayor parte de las empresas prestadoras de servicios públicos regulados se ha mantenido en el puesto por más de un siglo. La rendición de cuentas se incrementaría si se le estableciera un plazo fijo a la duración de la concesión: Un periodo lo suficientemente largo como para evitar un proceso de decisiones distorsionado (como postergar inversiones con el fin de mantener las tarifas bajas, como ocurre cuando se decide reducir los fondos destinados a la reparación de escuelas o carreteras, lo cual reduce los impuestos ahora, pero incrementa los costos futuros), pero lo suficientemente cortos como para asegurar que respondan a las necesidades de los consumidores. Así, los plazos que van de 20 a 30 años tienen sentido (Aclaración: el objetivo no es limitar los periodos de la empresa regulada ya establecida, sino obligarla a que siga siendo lo suficientemente competente como para retener su puesto).
2. *Proceso de licitaciones y criterios de clasificación:* Los estándares de precalificación deben evaluar la experiencia, pericia y la robustez financiera de los oferentes. Después vienen las subjetividades: ¿Existe un plan de cultura corporativa que privilegie al servicio público, así como que acepte la misión y el papel de la regulación? ¿Existe un plan de negocios que identifique a los productos y servicios que los consumidores requieren, así como las formas más costo efectivas para diseñarlos y entregarlos? (La comisión deberá proporcionarle a los posibles oferentes toda la información

esencial sobre el territorio donde prestarían sus servicios y con respecto a la base de clientes; de otra forma, la empresa ya establecida contará con una ventaja inmerecida).

3. *Políticas posteriores a la selección:* Ningún inversionista quiere que le den gato por liebre, por lo que antes de que inicie el proceso de licitación, tanto la comisión como el legislativo deben indicar cuáles son las expectativas, recompensas y penalizaciones. Aun cuando los responsables de elaborar las políticas públicas no deben grabarlas en piedra —un cambio en periodos de 20 a 30 años resulta inevitable— sí deben prometer que los costos prudentes en los que incurra la empresa para hacer frente a los cambios serán recobrados.
4. *El camino hacia la transferencia de la propiedad:* Es aquí donde se atorán las negociaciones: ¿Cómo es que la empresa ganadora de la licitación toma el control de la infraestructura del proveedor establecido? Este traspaso debe ser predecible y libre de litigios, y el precio de compra debe quedar establecido al momento de presentar la licitación. Esto no es difícil si se siguen los principios generales de la regulación. La infraestructura a través de la cual se prestan los servicios públicos tiene dos aspectos clave: (1) Es un inmueble, por lo que su valor depende de que sea usada para los propósitos de la concesión; y (2) los clientes han pagado por ella a través de las tarifas, por lo que merecen recibir el valor económico restante. Dadas estas características, el precio adecuado de la propiedad es su valor depreciado en libros. Este precio le dará al oferente establecido su “compensación justa” según se establece en la Constitución, esto es, la recuperación y el retorno por su inversión. (Cualquier compensación extra es, técnicamente, una ganancia económica inesperada, lo que constituye un pago que va más allá de las expectativas legítimas del inversionista). Como este mismo finiquito le aplicará tanto al proveedor ya establecido, como al nuevo cuando termine el periodo de su concesión, los oferentes no enfrentarán ningún tipo de incertidumbre con respecto a la recuperación de sus inversiones prudentes. Y este principio de precio fijo previene una guerra de licitaciones por la empresa que se pretende adquirir. Así, los competidores podrán diseñar sus ofertas con base en criterios de servir al público, en vez de complacer a los accionistas del oferente establecido, lo que implica una marcada diferencia con respecto a las estrategias de adquisición actuales para empresas prestadoras de un servicio público regulado.

En el párrafo anterior se asumió que el nuevo concesionario sería el propietario de la infraestructura. La alternativa es que el proveedor establecido transfiera la propiedad al gobierno estatal y que el nuevo concesionario la opere. Cada enfoque —propiedad pública o privada— tiene sus pros y sus contras, y ambos requieren de un análisis más detallado. En

los Estados Unidos, muchas empresas prestadoras de servicios regulados son propiedad de los gobiernos federal, estatal o local. Por una parte, la propiedad pública reduce los costos al consumidor al utilizar financiamiento libre de impuestos y eliminando el retorno de la inversión de capital (así como los impuestos que generan estas ganancias). Este esquema evita este enfrentamiento permanente entre consumidores y accionistas conocido como el efecto “*Averch-Johnson*”, donde todo lo demás constante, las empresas reguladas prefieren aumentar la base de activos que reducir el costo total a los consumidores puesto que lo primero incrementa sus ganancias. (Los concesionarios que no son dueños de la infraestructura aún pueden obtener ganancias muy atractivas de acuerdo a su desempeño; la clave está en diseñar sus compensaciones de tal forma que alineen los intereses de los accionistas con los de los consumidores, en vez de hacerlos adversarios). Por la otra, la propiedad estatal, aún cuando la operación esté en manos privadas, crea riesgos de que las decisiones con respecto a la inversión y el mantenimiento se distorsionen al enfrentar presiones políticas, tales como reducir los costos para los electores actuales a expensas de los futuros, o de “crear empleos” a través de inversiones que no sean costo efectivas.

5. *Incertidumbre financiera*: La posibilidad de perder su concesión hará que el perfil de negocio del concesionario sea más riesgoso (aunque a diferencia de lo que le ocurre a las empresas que no son prestadoras de servicios públicos regulados, tiene la certeza de que recuperarán todas sus inversiones prudentes). Un riesgo mayor implica costos de capital más altos, pero hay formas de reducir el riesgo sin incrementar los costos a los consumidores. Para reducir el riesgo del prestamista, el proceso de licitación puede dejar en claro que (a) el colateral físico para el préstamo (esto es, los bienes tangibles utilizados para proveer el servicio público) seguirán en su lugar y en uso (con la seguridad de recuperar los costos prudentes) sin importar quién ostente la concesión; (b) todas las obligaciones relacionadas al préstamo serán transferidas automáticamente al nuevo concesionario (cuya habilidad financiera para asumirlos sería uno de los criterios de selección); y (c) cualquier deuda prudente pendiente de liquidar se reflejará en las tarifas.

La incertidumbre de los accionistas es otro asunto, asumiendo que la nueva concesión sea propiedad de los accionistas. El costo de capital de la compañía reflejará el riesgo de perder su concesión (pero no su inversión) después de 20 años. Ese costo resulta legítimo y los clientes deben pagarlo. Así, los responsables de las políticas públicas deben comparar dicho costo con las ganancias que se obtendrían de la competencia por la concesión.

Y eso es lo desconocido. ¿Será que los accionistas, al enfrentarse al riesgo de perder la concesión, elegirían a otro tipo de miembros para integrar la junta de gobierno, quienes contratarían a diferentes ejecutivos y administradores para liderar a las compañías? ¿Estos miembros de la junta y ejecutivos harían que la empresa prestadora de servicios públicos regulados esté más comprometida con un desempeño que busque servir a los consumidores, obligándola así a generar ideas innovadoras, en vez de buscar “ayuda tarifaria”? ¿Los reguladores, sabiendo que su trabajo consiste en seleccionar a los más capaces, serían más activos presionando a que haya mejoras? Varios reguladores han venido ganando experiencia en usar a la competencia para prestar servicios concesionados esenciales que antes eran responsabilidad de la empresa regulada ya establecida. Maryland, Nueva Jersey y Ohio supervisan las licitaciones mayoristas de oferta de capacidad y energía. Hawái, Maine, Oregón y Vermont han elegido a nuevos concesionarios para proveer servicios de eficiencia energética. Maine está investigando a oferentes alternativos para prestar los servicios de Redes Inteligentes.

No es mi intención presentar aquí todas las facetas posibles de un proceso de competencia por las concesiones. Los derechos de los empleados, la pericia que se ha construido dentro de la empresa financiada por los consumidores, la responsabilidad por daños ambientales aún desconocidos cometidos por el predecesor: todos estos hechos y más requieren de nuestra atención. Pero una competencia periódica y predecible por las concesiones puede cambiar la psicología de un servicio territorial. Actualmente la revocación de concesiones es la bomba nuclear en el arsenal del regulador, nunca mencionada ni mucho menos usada, para promover la rendición de cuentas. Es mejor ver a la competencia por la concesión como un mecanismo regular para extraer mejores prácticas y atraer a las compañías que con mayor probabilidad las generarán. La carga legal y política de justificar el reemplazo de la empresa ya establecida no debe recaer en el regulador para justificar el reemplazo de la empresa existente; la carga debe ser sobre la empresa existente (y en el posible reemplazo) para justificar su papel privilegiado. De esta forma la competencia por la concesión podrá alinear los intereses de todos: reguladores, clientes, ejecutivos e inversionistas.



SÉPTIMA PARTE

Organizaciones regulatorias

En las primeras seis partes me enfoqué en los reguladores como individuos, pero las organizaciones también importan. Las comisiones reguladoras enfrentan retos organizacionales inmensos. La disparidad de recursos entre el regulador y el regulado es una situación tan crónica y general, que quienes están involucrados en esta relación la ven como algo inevitable, a pesar de ser tan absurda. Esta situación es intolerable y, sin embargo, pocos la denuncian. Y la brecha de recursos está aumentando como consecuencia de las nuevas obligaciones impuestas por los legisladores, en tanto que quienes tienen la tarea de salvaguardar el equilibrio fiscal, mantienen al personal de las comisiones con el mismo tabulador.

Sin importar los recursos, una comisión le debe al público explicaciones sobre su mérito, midiendo su efectividad y justificando sus presupuestos. Debe posicionarse a sí misma de la misma forma en que lo hacen los intereses privados, “marcando” su trabajo de tal forma que eduque a los ciudadanos con respecto al propósito y las necesidades de la regulación.



50

Recursos regulatorios: ¿El diferencial marca una diferencia? (primera parte)

...Las estrategias no son algo que *esperas* que ocurran; sino algo en lo que *trabajas* para que ocurran.

Peter F. Drucker, *The Daily Drucker*, p. 340 (2004) (el énfasis viene en la edición original)

La **regulación efectiva** aspira a la excelencia. Los reguladores establecen estándares y diseñan recompensas y penalizaciones para luego evaluar y asignar consecuencias. El proceso debe inducir a mejoras continuas en el rendimiento de las empresas que prestan servicios públicos.

Para juzgar el rendimiento de las empresas que prestan servicios públicos, se requiere contar con expertos en la materia. La diversidad de responsabilidades que estas empresas tienen es impresionante: reemplazar infraestructura, mitigar efectos ambientales, inducir el comportamiento eficiente de los consumidores, descubrir e implementar nuevas tecnologías, redefinir el servicio universal y levantar capital de una comunidad de inversionistas bastante sensible. Para valorar todas estas actividades —la valoración es el principal trabajo del regulador— se requiere de una pericia no menos amplia y profunda que la que tienen estas empresas. Por ello, las comisiones requieren de personal con entrenamiento, experiencia y apoyo suficientes para establecer y aplicar estándares nuevos de tal manera que se ganen la credibilidad de aquellos que son analizados.

Un secreto a voces es que la mayoría de las empresas que prestan servicios públicos cuentan con más pericia que la mayoría de las comisiones. Este diferencial socava al propósito regulatorio, pues conlleva a la deferencia, la cual

invierte los papeles del regulador y del regulado: los estándares y el ritmo de las mejoras son establecidos por el regulado y aceptados por el regulador.

En este ensayo planteo tres preguntas: ¿Hay un diferencial?, y en su caso, ¿por qué existe? y ¿por qué persiste? En el siguiente ensayo, plantearé tres preguntas adicionales: ¿El diferencial marca una diferencia en la calidad y credibilidad de la regulación? ¿Por qué recibe tan poca atención política? y ¿Cómo podríamos resolver el problema?

¿Existe un diferencial?

¿Para qué debatir el punto? ¿De verdad alguien cree que fuera de los estados más grandes, el personal de una comisión cuenta con los recursos equivalentes a los de las empresas a las que regula? El diferencial está en todas partes:

Sala de audiencias: La empresa prestadora de servicios públicos típica cuenta con un testigo experto para cada una de las cinco o diez áreas fundamentales, y cada uno de ellos tiene el apoyo de más de un asistente y revisor en su equipo. Es frecuente que también recurran a terceros expertos con décadas de experiencia, los cuales, a su vez, tienen el respaldo de asociados y asesores internos. La comisión tiene mucho menos.

Auditorías: La empresa prestadora de servicios públicos traerá a un experto independiente para cada centro de costos, el cual estará respaldado por subalternos y por un auditor externo. La comisión tiene mucho menos.

Carreras profesionales y mentores: Para cada posición relevante dentro de la corporación que presta servicios públicos, hay un “semillero” de profesionales preparados, y otros que están siendo entrenados para asumir la responsabilidad. Una comisión raramente se puede dar tal lujo de redundancia. Es más común que pierda un funcionario veterano con treinta años de experiencia en casi todo y sin alguien comparable que lo pueda sustituir. (Esto está sucediendo ahora. La gente que se contrató a finales de los setenta y principios de los ochenta para enfrentar el embargo petrolero, la energía nuclear, la desintegración vertical en los ductos y el fomento a las telecomunicaciones, se están retirando en una era en la que nadie hace campaña con la promesa de contratar reguladores de la más alta calidad.

Desarrollo profesional: Después de haber sido orador en cientos de conferencias industriales muy diversas, puedo atestiguar que la gran mayoría de quienes asisten a ellas vienen de la industria, con frecuencia fondeados a partir de las tarifas que pagan los usuarios.

¿Por qué existe este diferencial? ¿Por qué persiste?

La discrecionalidad legislativa supera a la de la comisión: El presupuesto de la comisión es aprobado por los congresos, cuya discrecionalidad está limitada solamente por criterios políticos. El presupuesto de la empresa que presta servicios públicos es revisado por la comisión, cuya discrecionalidad está limitada por el marco legal y la Constitución. Así, los legisladores pueden decidir entre gastar y cortar, entre regulación efectiva y no efectiva de acuerdo a sus preferencias. Por el contrario, el derecho regulatorio ve los gastos de la empresa prestadora de servicios públicos como una responsabilidad de los consumidores, lo que implica que, si son razonables, la comisión los debe aprobar. Y los recursos de los regulados no dejan de ser razonables por el simple hecho de que sean mayores al presupuesto de la comisión.

Las prácticas de personal, los periodos de los comisionados y la carga de trabajo de la comisión favorecen la inercia: La cantidad de personal, las clasificaciones laborales y los salarios, tienen sus raíces en las décadas de 1960 y 1970, cuando la vida regulatoria era más sencilla: Los casos tarifarios y las auditorías eran la norma, los defensores de los consumidores y las empresas que prestan servicios públicos eran partes solitarias. La vida regulatoria se ha hecho más compleja, pero la estructura de su personal no ha crecido al mismo paso. Más aún, la gran mayoría de los comisionados llegan a desempeñar sus funciones sin experiencia previa en servicios públicos; y muchos de ellos permanecen en su cargo menos de cuatro años. Y los casos de las presidencias de las comisiones no son distintos. Si a lo anterior le añadimos el peso que implica procesar los casos, es casi imposible que los comisionados tengan el tiempo y logren adquirir el grado de experiencia necesaria para reestructurar a una agencia.

Es más probable que los legisladores dispongan la ejecución de mandatos, a que les asignen un presupuesto para llevarlos a cabo: Las comisiones estatales recibirán (algunas ya han recibido) múltiples solicitudes de las empresas que prestan servicios públicos para que aprueben la construcción de plantas nucleares, con costos totales que rondan los cientos de miles de millones de dólares. ¿Qué congresos han reconocido esta realidad autorizando a las comisiones respectivas a contratar expertos en la construcción de plantas nucleares? De igual forma, más de una docena de congresos le han ordenado a sus empresas prestadoras de servicios públicos a que adquieran energías renovables en cantidades crecientes. El cumplir con estos mandatos requerirá de la integración física y económica de distintas fuentes de generación en una red de transmisión construida hace muchos años y basada en supuestos operativos distintos. ¿Qué congreso ha respaldado estos mandatos dotando a sus comisiones con expertos en la integración de estas fuentes de generación a la red?

Contrastemos esta circunstancia con el siguiente ejemplo en el ámbito federal: La Ley de Política Energética del 2005 le dio a la FERC una nueva responsabilidad en cuanto a confiabilidad: el deber de revisar y aprobar (o rechazar) estándares obligatorios para el uso, propiedad y operación de la parte fundamental del sistema eléctrico de los Estados Unidos. El Congreso le autorizó a la FERC la contratación de cientos de ingenieros con la pericia en confiabilidad necesaria para cumplir con la tarea. En este caso, los recursos sí le siguieron el paso a los requerimientos.

La cultura política tiende a favorecer el incremento en los gastos privados por encima de los públicos: Esto ocurre en cada ciclo electoral: Los políticos prometen implementar recortes al gasto público, y al mismo tiempo, urgen llevar a cabo aumentos en el gasto privado. Esto se transmite a la regulación. Si una empresa dedicada a la provisión de electricidad, gas, telecomunicaciones o agua señala que está corta en operadores de sala de control, monitores de seguridad para excavaciones, expertos en fijación de postes, o analizadores de productos químicos, nadie discute. Pero si la comisión busca personal para establecer estándares de desempeño para estas mismas actividades, la respuesta de los legisladores, por lo general, “arréglatelas con lo que ya tienes”. Una adición irónica: mientras escribo esto, muchas comisiones están recibiendo solicitudes de estas empresas para incrementar las tarifas (incrementando los gastos de la compañía) al mismo tiempo que disposiciones gubernamentales para que recorten personal (reduciendo el gasto de la comisión).

Las empresas reguladas y sus aliados financieros no consideran que los recursos regulatorios sean prioritarios: En este punto debería existir una unidad con respecto a los intereses. Las empresas, por lo general, piden “menos regulación”. El enfoque relevante no debe ser si existe más o menos regulación, sino si esta es efectiva o no. Menos regulación no ayuda a una empresa que presta servicios públicos si una comisión, por falta de personal, con mala atención y con sobrecarga de trabajo, conlleva a errores regulatorios. Una regulación atenta y objetiva envía señales claras, reduce la incertidumbre y recompensa el desempeño excelente de la empresa. Estos resultados son buenos, tanto para los consumidores como para los inversionistas.

Sin embargo, es raro pensar en algún grupo organizado de votantes que argumente a favor de más recursos para los reguladores. Los administradores de las empresas reguladas, las asociaciones de accionistas, las organizaciones de tenedores de deuda y las agencias calificadoras —todos estos grupos— tienden a calificar a las comisiones con base en si las resoluciones emitidas por estas favorecen a intereses económicos específicos, y no en si estas cuentan con los recursos necesarios para desempeñar adecuadamente sus funciones.

La cultura política advierte en contra de la “regulación” y “cotos de poder”: En nuestra cultura política, estamos a favor de la regulación cuando esta protege; y en contra cuando obstruye. Quienes buscan mayores recursos regulatorios llevan la carga de la prueba, en tanto que sus oponentes los acusan de estar favoreciendo cotos de poder. Estos factores desalientan a las comisiones de hacer el intento.

En el próximo ensayo planteo tres preguntas: ¿el diferencial marca una diferencia? ¿por qué recibe tan poca atención política? y ¿cómo podríamos resolver el problema?



51

Recursos regulatorios: ¿El diferencial marca una diferencia? (segunda parte)

Las agencias no necesitan llevar a cabo experimentos para poder confiar en la predicción de que una piedra sin soporte caerá.

Associated Gas Distributors v. Federal Energy Regulatory Commission, 824 F.2d 981, 1027 (D. C. Cir. 1987) (argumentando que los reguladores no necesitan llevar a cabo audiencias de hechos para comprobar que los monopolios actuarán en beneficio propio)

En el ensayo anterior argumenté que “la regulación efectiva aspira a la excelencia... El proceso debe inducir a mejoras continuas en el rendimiento de las empresas que prestan servicios públicos”. Sin una equivalencia en la pericia y en la suficiencia de recursos, los reguladores no pueden evaluar de forma creíble el desempeño de estas empresas. Para comparar la pericia y recursos con las que cuentan las empresas que prestan servicios públicos y las comisiones, planteé tres preguntas: ¿existe un diferencial?, ¿por qué existe tal diferencial? y ¿por qué persiste? En este ensayo planteo tres preguntas adicionales: ¿El diferencial marca una diferencia? ¿Por qué recibe tan poca atención? y ¿Cómo podríamos resolver el problema?

¿El diferencial marca una diferencia?

El diferencial de recursos socava los dos principios regulatorios más importantes: evaluar y anticipar.

El regulador efectivo evalúa: Una evaluación concienzuda requiere de un dominio sustantivo. Los reguladores con recursos insuficientes pueden evaluar

únicamente lo que conocen, y cuando no conocen, difieren. Esto es normal, pero está mal. Quien evalúa el desempeño no le transfiere esta responsabilidad a quien desempeña. Cuando era un músico joven, toqué en muchas audiciones y competencias, y ningún juez me transfirió el juicio sobre mi desempeño. Fui juzgado con base en estándares objetivos y con respecto a mis competidores. La regulación debe actuar de forma similar.

Algunas empresas prestadoras de servicios públicos se oponen a las evaluaciones, incluso sobre los expedientes regulatorios, argumentando “la prerrogativa gerencial”, es decir, que las decisiones gerenciales son de su exclusiva competencia. Este razonamiento está equivocado, pues si bien es cierto que las empresas tienen la prerrogativa de escoger cómo desempeñarse, el regulador debe, aún así, evaluar las opciones escogidas y los resultados.

El regulador efectivo se anticipa: La regulación efectiva alinea al comportamiento privado con el interés público. El alineamiento requiere de anticipación: ¿Cómo puede un comportamiento privado divergir del interés público en un escenario donde la regulación esté ausente? ¿Cómo canalizamos ese comportamiento sin debilitar sus atributos positivos?

La anticipación implica estrategia: un plan de acción que tome en cuenta de las acciones de los otros. Considere la estructura de la industria: quién vende, qué venden, si debemos tener un monopolio o competencia y qué factores constituyen su competitividad. El proceso regulatorio para convertir a un mercado no competitivo en uno competitivo y mantenerlo así, requiere de estrategia. Si una estructura de mercado es efectivamente competitiva debería alinear el comportamiento privado con el interés público y la suma de los comportamientos de todos los competidores privados en favor de sus intereses individuales, debería traer por consecuencia la maximización del bienestar del consumidor. Así lo dicen los libros, pero la teoría se enfrenta a la realidad: todo competidor aspira a convertirse en un monopolio. Los reguladores deben anticipar esta tensión entre el propósito de la competencia y el propósito de los competidores. Es por esto que la regulación requiere de estrategia: Debe estar preparada para actuar y ajustarse conforme los actores persigan sus intereses. Y el desarrollo, la ejecución y la evaluación de la estrategia requieren de recursos.

De estimulador a escéptico: En ausencia de recursos suficientes para evaluar y anticiparse, el regulador solamente puede reaccionar. El resultado de este comportamiento reactivo varía entre lo que Peter Bradford llamó *canvasback* al escepticismo⁵⁶. El escepticismo tiene su propio rango, que va del “No” al “Sí, a regañadientes”. En los casos de fusiones, el “Sí, a regañadientes” a veces adquiere la forma de “Aprobaremos esta fusión, pero con condiciones”. Un

⁵⁶ Ver el Ensayo 3, *Decisivo*.

regulador con capacidad de anticipación habría articulado, antes de que se le presentara la propuesta de fusión, una visión de la estructura de mercado, para, a partir de esta, diseñar una estrategia que lleve a esa estructura. Esta es una mejor postura que la de esperar a que se presente la solicitud de fusión, para luego decir “Sí, a regañadientes”.

¿Por qué es que el diferencial de recursos recibe tan poca atención?

Revisemos la lista de participantes y preguntémosnos por qué hacen tan poca referencia a un problema tan obvio (y tan fácil de resolver). Encontraremos más preguntas que respuestas.

Reguladores: ¿Buscan evitar acusaciones de estar construyendo cotos de poder o admitir que no están preparados? ¿Ven a su trabajo como uno de presidir en vez de liderar, partiendo de que presidir requiere de menos recursos⁵⁷?

Empresas que prestan servicios públicos: ¿Tratan a la “regulación” como algo que hay que reducir en vez de fortalecer? ¿Equiparan mayores recursos regulatorios con más rendición de cuentas de su parte? y ¿Ven a la regulación como una disputa donde el regulador es el oponente?

Defensores de los consumidores: ¿Ven la ecuación fiscal como una de suma cero, en la que entre más recursos tenga el regulador, menos habrá para los defensores del consumidor? ¿Ven al regulador como un oponente? ¿O como un burócrata que pone sellos de “aprobado” en acuerdos privados alcanzados por las partes?

El público: El diferencial de recursos regulatorios es como la tubería subterránea de agua: su depreciación es conocida por los expertos pero el público no la ve. Este solo ve una serie de resoluciones, opiniones legales extensas y procesos formales. A partir de estas actividades, uno probablemente no concluiría la sobrecarga de trabajo y la escasez de recursos endémicos de muchas comisiones.

Legisladores: La “regulación efectiva” no cuenta con grupos de apoyo electoral organizados. No hay una percepción de crisis con respecto a la regulación de empresas que prestan servicios públicos. Los déficits presupuestales, los resultados de las evaluaciones escolares, los datos sobre la pobreza y los derrames tóxicos son las urgencias políticas que ocupan el tiempo limitado del sobrecargado legislador estatal. Las crisis de confianza en la regulación (como fueron los casos en la industria eléctrica que desataron la ira pública en California, Illinois, Ohio y Maryland al experimentar con la competencia en la distribución menudista) ocurren de manera irregular. Y mientras que estos incidentes producen nuevas

⁵⁷ Ver el Ensayo 11, *Las comisiones no son tribunales ni los reguladores jueces.*

políticas públicas (o el regreso a políticas previas), no parecen estimular una búsqueda profunda con respecto a los recursos regulatorios.

¿Cómo podríamos resolver el problema?

Necesitamos tener una conversación franca y abierta sobre tres preguntas: ¿Qué distingue a la regulación efectiva de la que no lo es? ¿Cuáles son los ejemplos de cada una? ¿Qué papel juegan los recursos? Para comenzarla, aquí hay cinco ideas:

1. *Equiparar retos con recursos.* Implementar un proceso continuo y sistémico para (a) identificar los retos regulatorios y (b) determinar cuáles son las competencias profesionales necesarias para enfrentarlos.
2. *Considerar los presupuestos regulatorios como inversiones en el desempeño de las empresas que prestan servicios públicos.* Las inversiones exitosas hacen a la economía más eficiente, con una mayor capacidad de respuesta y más confiable. No tiene sentido limitar el presupuesto para auditorías de la oficina de recaudación de impuestos cuando el retorno de esta inversión resulta positivo. Esto mismo aplica para el personal regulatorio.
3. *Si agregamos responsabilidades, pongamos los recursos.* Un equipo demasiado pequeño para desahogar la gran cantidad de casos tarifarios no podrá hacerse cargo también de las disposiciones sobre metas de renovables, la expansión de la banda ancha, las investigaciones sobre energía nuclear y de la propuesta de adquisición apalancada de la empresa eléctrica existente.
4. *Eliminar la distinción política entre los recursos de los clientes y los de los contribuyentes.* El presupuesto para asuntos regulatorios de las empresas que prestan servicios públicos se paga con el dinero de sus clientes. Su monto es minúsculo en comparación con los cobros tarifarios que muchas veces pasan desapercibidos y sin quejas. Los presupuestos regulatorios, que por lo general son sufragados con el dinero de los contribuyentes, reciben mucho más escrutinio y escepticismo. Este diferencial no tiene sentido.
5. *Dejemos a un lado la actitud de adversarios.* La regulación no es una batalla definida en términos de victorias y derrotas en casos tarifarios. La efectividad regulatoria promueve el desempeño de las empresas que prestan servicios públicos, lo que produce clientes, legisladores y dueños satisfechos. ¿Por qué oponerse a algo que beneficia a todos?

52

Conforme aumenta la brecha de recursos ¿cuáles son los deberes de las comisiones?

Las comisiones... pueden estudiar científicamente y darle a conocer a una comunidad asombrada las aguas poco profundas, los remolinos y las corrientes del negocio, el por qué y el para qué del dragado de canales, los remedios al igual que las causas de las obstrucciones.

Charles Francis Adams, citado en Thomas K. McCraw, *Profetas de la regulación: Charles Francis Adams, Louis D. Brandeis, James M. Landis, Alfred E. Kahn*

Los dos ensayos anteriores argumentaron que el diferencial entre el regulador y las empresas prestadoras de servicios públicos socava la misión regulatoria. El riesgo es que los estándares de desempeño y el ritmo al que avanza la innovación sean establecidos por el regulado y aceptados por el regulador, y esto es lo opuesto a lo que requiere el interés público.

Y el problema se está agravando. Mis obligaciones recientes como testigo experto equivalieron a un examen final en asuntos de vanguardia: la propuesta para autorizar un “incentivo” de \$80 millones de dólares en retornos superiores a los normales; una fusión multiestatal que combinaba a dos holdings, tres empresas prestadoras de servicios públicos y a una serie de filiales de comercialización que hacía muy poco habían evitado la bancarrota; un caso tarifario que abordaba los efectos de los ajustes y aprobaciones previas en el “retorno sobre la inversión”; y una propuesta de “fórmula tarifaria” al amparo de un mandato legal para invertir millardos de dólares en nuevos gastos por parte de la empresa prestadora de servicios públicos. El elemento común en todos estos casos es que se expuso la

parte blanda de la regulación: una brecha creciente entre las demandas políticas y los recursos regulatorios.

Este problema lo podemos solucionar si (1) empezamos por reconocer que, con cargas de trabajo regulatorio que son nuevas y crecientes, la brecha en recursos tiene consecuencias en la calidad y (2) articulamos las obligaciones que tienen los legisladores, comisiones, empresas prestadoras de servicios públicos y consumidores en reducir esta brecha y asegurar la calidad.

Cargas de trabajo: nuevas y crecientes

Un viajero del tiempo que viniera de hace apenas cinco años quedaría impactado por la diversidad e inmensidad de las responsabilidades regulatorias actuales: (a) diseñar nuevos estándares de desempeño a fin de reflejar las preocupaciones con respecto al cambio climático y las tecnologías que empoderan al consumidor; (b) predecir incertidumbres en costos asociados a las mejoras medioambientales, la modernización de la infraestructura y la protección contra actos terroristas; (c) reconciliar las peticiones de expropiación de las empresas prestadoras de servicios públicos con los descontentos de los propietarios de las tierras; (d) decidir cómo asignar el riesgo provocado por las varianzas entre los costos predichos y los reales; (e) monitorear proyectos de construcción de millardos de dólares para asegurar que sus varianzas sean mínimas; (f) estimular y supervisar la adquisición de energías renovables; (g) evaluar la competitividad de los mercados mayoristas para permitir decisiones de construir vs. comprar; (h) monitorear a los mercados minoristas inmaduros para asegurarse de que los nuevos entrantes no enfrenten barreras erigidas por los participantes ya establecidos; (i) educar a los consumidores para que los millardos de millones invertidos en “Redes Inteligentes” tengan correspondencia en términos de reducción en el consumo; y (j) posicionar a las comisiones para que puedan distinguir entre fusiones que favorecen el interés público de aquellas que solo buscan adquirir y agrandarse.

Estos esfuerzos tiene su origen en obligaciones impuestas por la ley, pero rara vez el legislativo las acompaña con nuevos fondos.

Las consecuencias de la calidad

La falta de recursos refleja una brecha tanto absoluta (entre los deberes de la comisión y sus recursos) como relativa (entre los recursos con los que cuenta la comisión y los que tiene la empresa regulada). ¿Por qué la brecha relativa? El financiamiento de la comisión resulta de la pregunta “¿Cuánto están dispuestos los legisladores a asignar de un fondo limitado de recursos aportados por los contribuyentes?” Así, la comisión tiene que competir por recursos con todas las demandas presupuestalmente contempladas. En cambio, para la empresa que

presta los servicios públicos la pregunta es distinta: “¿Cuáles son sus necesidades razonables?” Y, por tanto, la empresa tiene el derecho de recuperar de sus clientes la cantidad razonable que necesita para ilustrar a la comisión con respecto a sus gastos y requerimientos de capital. No enfrenta competencia por estos recursos. Las dos preguntas producen respuestas diferentes y, por tanto, una brecha relativa.

Además de la brecha de recursos, existe otra de información. Esta, también relativa, socava al propósito regulatorio. En comparación con una comisión, la empresa regulada tiene más conocimiento sobre sus costos y oportunidades para su reducción. Al no existir ni un acceso comparable ni un dominio equiparable sobre la información, la comisión no puede determinar de manera creíble si los costos de la empresa de verdad reflejan una efectividad de costos. (Además de la brecha de información, está la de la pericia, pues para juzgar de forma creíble el desempeño de la empresa, uno mismo debe ser un experto en ese desempeño).

La obligación de los legisladores

Si el propósito de la regulación es el desempeño, los reguladores necesitan contar con los recursos suficientes para evaluarlo. La obligación del legislativo es simple: pagar por lo que propone y aprueba. La comisión no es una reserva de conocimiento técnico ilimitado, formado y preparado para administrar cualquier programa adicional y resolver cada nuevo problema. Esta necesita que sus recursos iguallen a sus obligaciones, por lo que imponerle nuevas facultades sin dotarla del presupuesto necesario para más personal, reclamando el crédito por auspiciar la generación eléctrica “verde” y limitando al mismo tiempo “el crecimiento del gobierno”, es muestra de un liderazgo equivocado, porque es engañoso. Aún peor, infantiliza al electorado al hacerles creer que habrá mejoras por las que no tendrá que pagar.

Las obligaciones de la comisión

La obligación de la comisión es también simple: hacerse escuchar. No todos los legisladores entienden la intensidad laboral que implica la regulación de las empresas que prestan servicios públicos. La regulación involucra a una larga serie de verbos mentales: identificar preguntas, fomentar nuevas ideas, organizar la pericia, procesar la participación, deliberar sobre opciones, analizar posibilidades, publicar decisiones, defenderlas en tribunales, monitorear su cumplimiento y sancionar a quien las viole. Todo esto toma tiempo, y los legisladores lo deben saber.

La segunda obligación de la comisión también es simple: no aprobar lo que no se puede monitorear. Las comisiones normalmente aprueban fusiones condicionadas. Una fusión no satisface al interés público si el cumplimiento

de sus condiciones es incierto o si el posible daño provocado por esta pudiera pasar desapercibido. Esta secuencia lógica implica que una comisión puede y debe condicionar sus aprobaciones a que cuente con el personal necesario para asegurar su cumplimiento. Este enfoque convierte al solicitante en un aliado de la comisión para obtener recursos.

Las obligaciones de las empresas prestadoras de servicios públicos

Una empresa regulada no podrá cumplir con su obligación probatoria si la comisión no domina la evidencia. Si la comisión se compromete al principio de no aprobar propuestas con base en que sus recursos resultan insuficientes para evaluarlas, entonces la cosa se vuelve más sencilla: la necesidad de la aprobación que tiene las empresas prestadoras de servicios públicos equivale a la necesidad de la comisión de contar con los recursos necesarios. Bajo este esquema, la empresa tiene varias opciones: puede usar su influencia política —mucho de la cual deriva de la concesión gubernamental de un siglo de monopolio— para presionar a favor de los recursos que la comisión necesita, o puede saltarse el proceso legislativo y financiar de forma voluntaria, vía tarifas, las necesidades de la comisión. Nadie le está pidiendo a la empresa a que pague de su propia bolsa. Los accionistas no están obligados —más allá del pago de impuestos normales— a financiar a sus reguladores. Pero negar este papel voluntario e insistir en la recuperación de sus propios costos regulatorios le parecería inconsistente e indefendible a cualquier personal objetiva.

Las obligaciones de los clientes

Alguien, los clientes o los contribuyentes, debe pagar por los recursos regulatorios. Desafortunadamente algunos se resisten. Un argumento común es: “la empresa regulada logró que se pasara el marco legal; son los accionistas los que deben pagar por el personal necesario”, un punto de vista que pareciera imponer obligaciones impositivas a la empresa por ejercer su derecho establecido en la Primera Enmienda Constitucional de Estados Unidos. También he escuchado: “La comisión es el tapete de la empresa regulada, ¿por qué habríamos de financiarla?” —una aseveración cuya falta de lógica sigue un círculo vicioso que no requiere de mayor explicación. También está el mito generalizado de que “debemos reducir los gastos del gobierno”, un punto de vista desconectado de la realidad costo beneficio, como lo demuestra el profesor Robert Frank en su libro *La economía darwiniana*, 2011 (en el que muestra, entre muchos ejemplos, que al no arreglar las carreteras hoy, el costo mañana será más elevado).

Estas resistencias cliente-contribuyente pueden desaparecer si quienes se supone que saben más —legisladores, reguladores, empresas que prestan servicios públicos regulados y los representantes de los clientes— comparten dicho conocimiento.

53

La efectividad de la comisión: ¿Cómo la podemos medir?

Si no lo puedes medir, no lo puedes administrar.

Lo que se mide, mejora.

Peter Drucker

... Si tengo un acceso rápido y diario a las métricas clave, mi creatividad se mantiene dentro de ciertos límites, y mis ideas se centran en cómo lograr nuestros objetivos.

Paul Allen

Un comisionado preguntó recientemente “¿Cómo puedo evaluar el desempeño de mi comisión?”

Las comisiones se están dando cuenta de que sus prácticas legadas —procesar las solicitudes de las empresas minoristas que prestan servicios públicos e intervenir en casos federales— resultan demasiado reactivas. Pretenden desplegar una mayor visión de propósito, de decisión, independencia de las partes interesadas, y liderazgo. ¿Cómo pueden trazar esta ruta? En primer lugar, algunas sugerencias con respecto a la métrica, agrupadas en tres objetivos centrales. Luego una crítica a las métricas “tradicionales”, y finalmente, algunas ideas sobre si el término “métrica” incluso resulta útil.

Objetivo: aclarar y asimilar los propósitos regulatorios de la comisión

La métrica debe reflejar un propósito, y el de la regulación es el de alinear el comportamiento privado con el interés público. El regulador debe establecer estándares de desempeño para las empresas reguladas, y luego obligar a que estos se cumplan. Para establecer los estándares se requiere de múltiples juicios de valor. Dos ejemplos: (1) ¿Cuál es el estándar de desempeño adecuado: promedio, superior, de vanguardia, mejor que el del vecino? (2) Cuando hay vectores en tensión, como eficiencia económica vs. asequibilidad, desarrollo económico vs. sustentabilidad ambiental o decisiones rápidas vs. procesos participativos, ¿cuáles son los resultados correctos? Estos conflictos requieren de valentía, esto es, adoptar una actitud decidida. El ser todo para todos —lo que Garry Wills llama “apaciguamiento omnidireccional”— impide lograr una visión de propósito.

Métrica: ¿La comisión ha hecho los juicios de valor necesarios? Si le pide a cada uno de los empleados de su comisión (California tiene 800) que enuncie el propósito regulatorio de esta, los estándares de desempeño y de resolución de tensiones ¿sus respuestas resultarían consistentes? ¿Tiene la comisión expectativas claras de desempeño, en términos de costo-efectividad e innovación para cada empresa que presta servicios públicos? ¿El desempeño de cada una de estas empresas cumple con estas expectativas? ¿Contestarían los empleados de estas empresas a la pregunta sobre el “propósito” de forma consistente?

Objetivo: identificar los retos regulatorios

Los retos en gas y electricidad incluyen al cambio climático, la eficiencia energética, el diseño tarifario y la planeación regional del suministro energético. En el caso de la industria del agua, están las finanzas de las empresas pequeñas, el cumplimiento de los estándares federales sobre la calidad del agua, los prospectos para regionalizar y consolidar los servicios en territorios dispersos y el hecho de que los recursos hidráulicos del planeta son fijos, en tanto que su población aumenta. Los retos en telecomunicaciones incluyen redefinir las responsabilidades del “portador de último recurso,” asegurar que el servicio de banda ancha se expanda de una forma costo-efectiva, resolver los enfrentamientos persistentes entre jugadores establecidos y entrantes, y sincerarse (esto es, aceptar los hechos) sobre la competitividad y efectividad del precio en mercados “desregulados”.

Además de estos retos específicos para cada industria, están aquellos que son transversales a todos los sectores: estructura del mercado (¿Queremos competencia o monopolios?); estructura corporativa (¿Queremos compras apalancadas, conglomerados y una serie de activos no integrados, o compañías locales enfocadas

en proveer servicios esenciales?); suficiencia en infraestructura (¿Pagaremos nosotros por el desgaste que provoquemos, o dejaremos que esos costos los asuman nuestros hijos?); diseño tarifario (¿Es tiempo ya de quitar la máscara del costo promedio, exponiendo el verdadero costo horario del consumo?); avances tecnológicos (¿Quién debe pagar por los proyectos demostrativos que llevan tanto a puntos muertos como a grandes avances?); y la sustitución y modernización de la fuerza de trabajo (¿Dónde encontraremos a la nueva generación de instaladores de postes, podadores de árboles y diseñadores de subestaciones?)

Métrica: ¿Ha identificado su comisión estos retos? ¿Le ha asignado recursos para atenderlos?

Objetivo: construir una infraestructura regulatoria diseñada para enfrentar los retos

La excelencia regulatoria requiere de una infraestructura regulatoria. Esta está formada por cinco partes, cada una con su propia métrica.

1. *Autoridad para actuar:* El marco regulatorio prehistórico requiere de una modernización sistemática, no de una revisión fragmentada. Establecido hace un siglo, ha sido cubierto por capas de enmiendas que respondían a las urgencias u oportunidades del momento, por lo que actualmente presenta lagunas, redundancias y asimetrías que debilitan a la autoridad regulatoria.

Métrica: Dados los retos mencionados, ¿tenemos la autoridad legal que requerimos para producir el desempeño que necesitamos? ¿Es productiva nuestra relación con los legisladores? ¿Los legisladores voltean a ver a la comisión primero?

2. *La información necesaria para poder actuar:* La información le llega al regulador de forma desigual: si la solicitan, si tienen el tiempo para solicitarla, si se les ocurre solicitarla, si alguien decide proveérsela, y si esta resulta verdadera e imparcial.

Métrica: ¿Contamos con la información necesaria para tomar buenas decisiones, así como con los procesos y recursos para conseguirla? ¿Las empresas reguladas están obligadas a informar? ¿Sabe la comisión cuáles son sus opciones con la anticipación necesaria para tomar sus decisiones a tiempo y de forma minuciosa? ¿Cumplen las empresas con esta obligación a tiempo y objetivamente? ¿Existe confianza?

3. *Contar con la pericia necesaria para actuar:* La pericia regulatoria se encuentra basada en compartimentos: contadores, economistas, ingenieros, abogados; en electricidad, gas, telecomunicaciones, tarifas, fusiones, e

investigaciones con respecto a la calidad de los servicios. Estas pericias siguen siendo esenciales, pero se corre el riesgo de que los martillos solamente vean los clavos. Los nuevos retos son multidisciplinarios y de largo plazo.

Métrica: ¿Nuestros comisionados y su personal tienen las habilidades necesarias para desarrollar un pensamiento multidisciplinario y estrategias multianuales?

4. *El proceso de toma de decisiones lleva a la acción:* Muchos de los procesos existentes enfatizan un comportamiento reactivo: esperar a que las empresas reguladas presenten solicitudes en el ámbito estatal, e intervenir en carácter de peticionarios interesados en el ámbito federal. El comportamiento reactivo pone en juego la prioridad de las partes. Las empresas reguladas inician procesos con el fin de promover sus objetivos de negocio. Esto es entendible y aceptable, pero la suma de estos esfuerzos emprendedores no equivalen a políticas de interés público. La reactividad captura a los reguladores.

En su libro *Comprender los medios de comunicación: Las extensiones del ser humano* (1964) Marshall McLuhan ofrece una analogía. Si “el medio es el mensaje”, entonces el proceso es la política pública. El contexto (por ejemplo, el cine, la televisión, las historietas o los libros tradicionales) define la intensidad de la participación de una persona. El proceso (por ejemplo, adjudicaciones, investigaciones, reglamentaciones, interrogatorios, paneles plurales, discusiones informales, “colaboraciones” o presentaciones dirigidas por la comisión), definen el grado de alerta de la comisión, así como la calidad de su liderazgo.

Métrica: La formulación de políticas es un proceso tanto proactivo como reactivo. ¿Tenemos la combinación adecuada? ¿Los procesos y cargas de trabajo actuales le permiten a la comisión liderar, o tan solo reaccionar? ¿Nuestros procesos se enfocan en las prioridades de la comisión o en las de las partes interesadas? ¿Estamos liberando expedientes o produciendo desempeño?

5. *Reevaluación continua:* La regulación efectiva implica una autocrítica continua: Examina y reexamina su infraestructura para asegurarse que esté lo mejor ajustada posible a sus propósitos, autoridades, información, pericia y procesos, a fin de enfrentar los retos que tiene a la mano.

Métrica: ¿Hemos definido el concepto de excelencia regulatoria? ¿Existen criterios y procesos de reevaluación, un proceso para realizar correcciones a medio camino? ¿Cuándo la comisión aprueba una fusión con base en expectativas de beneficios específicos, existe una comisión que posteriormente evalúe los resultados?

Otras métricas: útiles y no tan útiles

He identificado ya tres metas fundamentales para una comisión —clarificar propósitos, identificar desafíos y darle forma a la infraestructura— así como varias métricas a través de las cuales evalúa su progreso. A continuación más métricas que, en conjunto, ponen a prueba si se han logrado estas tres metas.

El desempeño de quienes abogan por una causa: Útil. ¿Estos, al comparecer frente a los reguladores, abordan las prioridades para la comisión, o las propias? ¿Ofrecen posiciones balanceadas y aplican su pericia a favor de las necesidades de la comisión, o insisten en defender las posiciones de sus clientes sin importarles el contexto? ¿Utilizan hechos y razonamientos lógicos, o adjetivos y adverbios? ¿Buscan favorecer posiciones absolutas e improbables? (Ver Mark Twain: “El hábito de utilizar adjetivos, o un discurso lleno de palabras, difuso y florido, una vez que se afianza en una persona, es tan difícil de erradicar como cualquier otro vicio.” Carta a D. W. Bowser, 20/3/1880.)

La asignación del tiempo del comisionado y del personal: Útil. ¿En qué destinamos la mayor parte de nuestro tiempo: Leyendo material objetivo o el que nos presentan las partes argumentando a su favor? ¿Reuniéndonos con expertos o con las partes?

Liberación de expedientes: No tan útil. Sobra decir que el “procesar los casos de forma expedita” es una competencia básica. Si estamos evaluando a un músico joven para su admisión al Conservatorio de Música no vamos a decir “toca afinado”.

Niveles tarifarios: No tan útil. El afirmar que “nuestras tarifas son menores que en estados comparables” no nos dice nada sobre el desempeño. ¿Son más bajas porque las políticas de la comisión han llevado a un mejor desempeño de la empresa que provee servicios públicos, o porque estas han diferido el mantenimiento, trasladando los costos a usuarios y comisionados futuros?

* * *

Ahora ya podemos ver lo inadecuado del término “métrica.” Este tiene una connotación de cuantificación. Pero ninguna de las métricas útiles es cuantificable. La comisión no es una consultoría (métrica: horas facturadas y ganancias trimestrales); la regulación tampoco es una elección (métrica: yo reduzca impuestos, tu incrementaste el déficit). Aún en los mundos de la consultoría y las campañas, el valor público real no está relacionado a esas cantidades comunes. Medir el valor es algo necesario, pero la divisa correspondiente sigue siendo esquivada. Así que sigamos pensando.



54

Presupuestos de la comisión: ¿Cómo sabemos —y explicamos— “que valemos la pena”?

Los hechos son necios; y sean cuales fueran nuestros deseos, inclinaciones o los dictados de nuestras pasiones, estos no podrán alterar el estado de los hechos y de la evidencia.

John Adams

Quienes desean recortar el presupuesto público quieren que las comisiones justifiquen sus costos. ¿Cómo pueden responder las comisiones?

Los criterios cuantificables tradicionales costo-beneficio no funcionan, pues los beneficios que se obtienen de importantes decisiones regulatorias no son cuantificables. El número de turnos recibidos y atendidos, decisiones tomadas y días de audiencias por proceso son indicadores relevantes para el presupuesto, pues reflejan las necesidades de recursos, pero por sí mismos no distinguen entre regulación efectiva e inefectiva. Los niveles tarifarios de los servicios públicos son malos indicadores de la calidad de la regulación, pues dos agencias igual de efectivas pueden tener distintas tarifas por la simple razón de que los precios de los costos integrales de sus empresas reflejan bases tarifarias de diferentes épocas, o porque su excedente de capacidad es distinta debido a diferentes puntos de tiempo en sus curvas de capacidad-demanda. Otra razón puede ser que una comisión esté incrementando tarifas ahora con la finalidad de financiar acciones de administración de la demanda que reducirán los costos futuros o está evitando multas medioambientales futuras invirtiendo en tecnologías limpias ahora.

Más allá de las dificultades para cuantificar, el público merece saber que las comisiones se ganan la vida. ¿Pero cómo? Hay dos preguntas fundamentales: (1) ¿Estamos haciendo lo correcto y lo estamos haciendo bien? y (2) ¿Nuestras acciones están teniendo un efecto positivo? Cambiando la secuencia: ¿Qué efectos buscamos? y ¿Cuáles son las acciones que con mayor probabilidad nos llevarán a estos efectos? ¿Estamos tomando esas acciones y actuando efectivamente? Medir la efectividad se reduce a identificar cuáles son los resultados deseados y los medios necesarios para lograrlos.

Resultados y medios

El propósito de la regulación está enfocado en el desempeño. La evidencia de la efectividad regulatoria es, por lo tanto, el desempeño tanto de nuestras empresas prestadoras de servicios públicos y sus clientes. ¿Están estas empresas implementando las mejores prácticas de una manera costo-efectiva? ¿Los consumidores se están comportando de forma responsable —es decir, entienden y solventan los costos que provocan, actúan para minimizarlos y evitan comportamientos que les generan costos a otros?

Dados estos resultados, ¿cuáles son los medios esenciales para lograrlos? ¿Qué decisiones tienen que tomar los reguladores para que se produzcan? A continuación seis áreas que ayudarán a los comisionados a explorar sus prioridades y prácticas.

Mejores prácticas de las empresas que prestan servicios públicos: ¿La comisión investiga, identifica y publica de forma regular y continúa aquellas prácticas que representan excelencia? Para cada una de las áreas fundamentales —operaciones, planeación de capital y construcción, finanzas, seguridad, calidad en el servicio y relaciones con los clientes— ¿la comisión ha: (1) identificado a quienes presentan el mejor desempeño y las mejores prácticas, y (2) actuado para inducir a sus prestadores de servicios públicos a adoptar estas prácticas de forma costo-efectiva?

Mejores prácticas del consumidor: Las mismas preguntas. Los consumidores no son receptores pasivos de los servicios públicos. Ellos crean la demanda que lleva a la empresa prestadora de estos servicios a incurrir en costos. Así como los hábitos de los conductores alivian o empeoran el flujo del tráfico haciendo el viaje de todos los demás más rápido o más lento, el consumo que realiza el cliente influye en las estructuras de costos, operaciones, planeación de capital y financiamiento de la empresa regulada. Los clientes alertas pueden ayudar a que los mercados sean competitivos, en tanto que los indiferentes le dan mayor impulso a la inercia: esa fuerza poderosa cuya mano pesada beneficia al proveedor ya establecido. ¿La comisión regularmente investiga e identifica cuáles

son las mejores políticas de consumo, para luego tomar medidas que induzcan a estos comportamientos?

La confianza del consumidor: Para influir en el comportamiento del consumidor, las comisiones necesitan de la confianza de este, la cual será puesta a prueba en decisiones futuras con respecto a incrementos en costos, infraestructura (como ductos para agua y gas, medidores avanzados y banda ancha), y los nuevos diseños tarifarios necesarios para inducir cambios en el comportamiento⁵⁸. Existe el riesgo de una resistencia que lleve a que el legislativo recorte las facultades de la comisión. Mientras que quienes se resisten ven una comisión que afecta al público, la comisión debe mostrar cómo cada una de sus acciones sirve a un propósito público. La persuasión debe ir más allá del empaque; requieren de un entendimiento profundo sobre cómo es que los consumidores y sus redes vecinas absorben y comparten la información (así como la desinformación. Mucho del molestar ciudadana con respecto a los medidores inteligentes se origina de los malentendidos, multiplicados e incendiados por la velocidad y amplitud de las redes sociales). Así, para que la comisión sea efectiva, requiere contar prácticas de vanguardia para la comunicación y educación con el consumidor; una comisión efectiva entiende las pasiones y ambiciones de los consumidores.

Estructura del mercado: La estructura del mercado es la que determina quién compra y quién vende, qué productos y qué servicios. No es solamente una cuestión de monopolio vs. competencia, sino también de qué monopolistas y qué competidores. La estructura del mercado afecta costos, grado de innovación, capacidad de respuesta, rendición de cuentas e incluso quien tiene músculo político. Sin embargo, la estructura de mercado establecida es más frecuentemente aceptada y asumida que cuestionada y probada. Una comisión efectiva se cuestiona continuamente si la actual estructura de mercado específica está produciendo el mejor desempeño posible (Para responder a esta pregunta, la comisión debe haber identificado cuál es el desempeño que desea producir. Ver el párrafo anterior sobre las mejores prácticas de las empresas que prestan servicios públicos). Una comisión efectiva le da seguimiento a las economías de escala y alcance, las barreras de entrada, el comportamiento de los precios, la velocidad de innovación y la satisfacción del consumidor para determinar si el mercado está produciendo la mejor mezcla posible de productos y servicios.

Relaciones legislativas: La regulación exitosa de las empresas que proporcionan servicios públicos depende de una relación productiva entre las comisiones y el legislativo, pues las políticas públicas fluyen en ambas direcciones. Los traslapes entre las comisiones y la legislatura son inevitables; la pregunta es si estos

⁵⁸ Para ahondar en las relaciones con el consumidor, ver los Ensayos 27 y 28, *Tarifas bajas, tarifas altas, tarifas equivocadas, tarifas correctas y Proteger al consumidor, ¿pero de qué?*

lubrican o irritan⁵⁹. ¿Puede la comisión procurar relaciones constructivas con sus contrapartes legislativas? Dado este panorama ¿la comisión toma acciones regulares, respaldadas por personal experto para crear y mantener esas relaciones, tanto desde el aspecto institucional como personal? ¿Por lo regular consulta el legislativo a la comisión antes de emprender una línea de acción? ¿La comisión evalúa regularmente su autoridad y busca revisiones si así lo considera necesario?

Habilidades, reclutamiento y sucesión: Aún cuando muchos comisionados dejan sus puestos cada año, la mayor parte del personal profesional se queda y hacen carrera en las comisiones. Esa estabilidad es una fuerza positiva — si se acompaña por un crecimiento profesional—. ¿La comisión recalibra continuamente las habilidades de su personal con respecto a los nuevos asuntos, a fin de establecer si cuenta con el personal necesario o si necesita contratar a la gente calificada en caso de que la demanda no vaya con las habilidades del personal actual? ¿Cuenta la comisión con esquemas de sucesión para los puestos de liderazgo clave?

Dos métricas cuantificables

Aun cuando la mayoría de las métricas cuantitativas no son apropiadas para medir el éxito de una comisión, a continuación dos que sí lo son:

Tiempo para la lectura: ¿Los comisionados y el personal invierten al menos la mitad de su tiempo en estudiar materiales objetivos de interés público en vez de leer los documentos con peticiones privadas que les presentan las partes? Cumplir con esto es importante para asegurar que los contextos mentales de los tomadores de decisiones sean objetivos.

Tiempo para las reuniones: Es tanto inevitable como deseable que los tomadores de decisiones se reúnan con las partes interesadas y revisen el material que les presentan. Pero de ese tiempo ¿al menos la mitad se le dedica a la gente que hace que las cosas funcionen —compradores de combustible, diseñadores de plantas, constructores y operadores, y compradores de terrenos— en lugar de los voceros? Esta es una forma alternativa de traer objetividad al conocimiento.

⁵⁹ Ver los ensayos *Es abril: ¿Sabe dónde están sus legisladores?* (Ensayo 34) y *Más sobre las relaciones legislativo-regulatorias: Capas, protecciones y costo-efectividad* (Ensayo 35).

55

Posicionando a la comisión: Cinco acciones para influir

Con demasiada frecuencia... disfrutamos la comodidad de la opinión sin la incomodidad de pensar.

John F. Kennedy

Las **tendencias actuales** van en todas direcciones. En los servicios de telecomunicaciones locales las legislaturas presionan para reducir la regulación pública, aun cuando impulsan al gobierno a invertir en banda ancha. Las Redes Inteligentes abren la posibilidad de darle poder al consumidor y una diversidad de proveedores de servicios, a pesar de que quienes impulsan la generación de energía nuclear buscan encajonar a los consumidores a un proveedor único del servicio (asegurando así el flujo de recursos necesarios para hacer bancable a una planta nuclear). Algunos estados se encuentran reevaluando sus compromisos sobre la competencia minorista de gas, en tanto que otros están reabriendo proyectos previamente rechazados de competencia minorista en electricidad (Ahora que el recuerdo de California 2000 está ya lo suficientemente distante como para que los hechos y los méritos vayan reemplazando a “Enron” como base de decisión). Y los prospectos de fuentes de energías renovables, tanto locales como geográficamente esparcidos, tienen a los responsables de las políticas públicas estudiando una planeación de transmisión multiestatal.

Este torbellino de fuerzas lleva a las comisiones a preguntarse cómo debe posicionarse. Algunos favorecen una actitud defensiva para evitar que esta sea reducida, fusionada con otras agencias, o reemplazada. Otros favorecen un enfoque más activo que busque cómo dirigir estas fuerzas a favor del interés público. Hay otros que la definen de ambas maneras. Bajo cualquiera de estos

enfoques, el “posicionamiento” tiene al menos cinco componentes. (Gracias a mis ex colegas del NRRI que hace poco discutieron internamente este tema).

Enfocarse en el desempeño de las empresas reguladas

Más allá de las tendencias y de las presiones, los reguladores efectivos establecen expectativas: ¿Qué productos y servicios, con qué calidad y a qué precios los necesita el público? Responder esta pregunta lleva a otra: ¿Cuál es la estructura de mercado que con mayor probabilidad producirá el desempeño requerido? La respuesta varía de acuerdo a los productos y servicios. Para comparar las opciones se necesita conocer la estructura de costos del vendedor, las barreras de entrada, las economías de escala y alcance, y la disposición de los clientes. Al recolectar estos hechos, la comisión que busca posicionarse estará un paso adelante del mercado, lo que le permitirá guiarlo. El estado de Maine es un ejemplo excelente, donde su legislatura le ordenó a su comisión evaluar los costos y beneficios de nombrar a un “coordinador de Redes Inteligentes” para lidiar con las cuestiones relativas a la estructura de mercado.

El desempeño y la estructura del mercado requieren de una nueva serie de habilidades. Evaluar economías de escala, reducir barreras de entrada y medir la competitividad son tareas diferentes a las de establecer requerimientos de ingresos y diseños tarifarios. Una comisión posicionada consigue estas habilidades a través de la educación interna y de la contratación de nuevo personal. Valora, a través de salarios y reconocimientos, las credenciales necesarias para liderar estos esfuerzos.

Involucrar a otras jurisdicciones

La privacidad, el desarrollo económico, el cambio climático, las explosiones en ductos y la escasez de agua son retos multi-jurisdiccionales que afectan a las comisiones, así como a entes homólogos de las ramas legislativa y ejecutiva estatal y federal.

Los límites legales restringen las decisiones adoptadas por las comisiones, pero no sus ideas. La comisión posicionada piensa más allá de su jurisdicción, identificando efectos extrajudiciales y lagunas intra judiciales, en tanto que crea políticas transfronterizas para resolver los problemas. Evitar acciones extra jurisdiccionales debido a la excusa de que “esto no es de mi incumbencia” es una actitud propia de quien preside y no de quien lidera, es olvidar que “Las comisiones no son tribunales ni los reguladores jueces”. (Ver el Ensayo 11).

Comunicar la complejidad de forma objetiva

La confusión y la ansiedad engendran soluciones simplistas. En *Las aventuras de Huckleberry Finn* de Mark Twain, esto es lo que el Duque y el Delfín hicieron con Huck, Jim e innumerables habitantes de Missouri: identificaron a los temerosos y les vendieron aceite de víbora. La herramienta es el lenguaje. Incluso se abusa fácilmente de un término simple como “incrementar”. Los opositores a las energías renovables argumentan que estas van a “incrementar” tus tarifas. Claro que lo harán, pero ¿en comparación con qué? ¿A los precios del status quo?, pues sí, pero estos no son los precios futuros. Considerando las tendencias de los precios futuros, los incrementos debido a los cargos por concepto de emisiones de carbón, por la escasez de petróleo y gas, por la modernización ambiental y la inflación mundial de las mercancías, ¿las fuentes de generación renovables “incrementarán” el precio? Probablemente no.

En la regulación nos arriesgamos a nuestras propias simplificaciones. Un regulador de ductos insistía a su legislativo que ellos no toleraban “ni una fatalidad”. ¿Es esto verídico? Si tuviéramos un estándar de cero fatalidades en las carreteras, el límite de velocidad sería de 30 km/h, pero esto no es así. Si de verdad la meta fuera tener cero fatalidades debidas a explosiones de ductos, los enterraríamos a 90 metros de profundidad y cubiertos con concreto, pero no lo hacemos.

La credibilidad de la regulación proviene de su objetividad. Con otros actores tan tentados a tomar atajos de comunicación, el regulador posicionado debe buscar ser directo. La confianza que se gana así, será mayor que las incomodidades que cause.

Expandir los horizontes de tiempo

Un caso tarifario se enfoca en lo previsible: cinco años a lo sumo. Pero ahora los reguladores deben pensar y ver más allá. Para el caso de una fusión entre empresas que prestan servicios públicos, una inversión en banda ancha o una instalación de transmisión multiestatal, el horizonte de tiempo más probable son 40 años, y una planta nuclear, 100,000 años. (Ver “Hacia la Eternidad”, un documental sobre ONKALO, el cementerio de desperdicios nuclear de Finlandia).

En contraste con las empresas, que están atadas a las ganancias trimestrales y los reportes anuales, los reguladores deben lidiar con lo menos previsible y con lo imprevisible. El economista David Boonin ha señalado que los reguladores actuales deben lidiar no solo con planes, sino también con escenarios⁶⁰. Así, el posicionamiento de la comisión implica crear una cultura interna de pensamiento que se expanda hacia los horizontes de tiempo relevantes.

⁶⁰ Ver “El escenario de planeación de las empresas prestadoras de servicios públicos: ‘siempre aceptable’ vs. la solución ‘óptima’”, NRRI, 2010. http://nrri.org/pubs/multiutility/NRRI_utility_scenario_planning_mar11-07.pdf.

Recalibrar procesos

El torbellino de asuntos actuales requiere de nuevos procesos, recalibrados con base en la necesidad de liderar. A continuación dos ejemplos:

Procesos activos: Tramitar un caso tarifario es un proceso reactivo; establecer expectativas de desempeño es uno activo. Analizar una propuesta de fusión es un proceso reactivo; establecer estructuras de mercado es uno activo. (Estos son puntos polares del espectro. Todos los procesos son una mezcla entre reaccionar y actuar, escuchar y decidir; lo que cuenta es el énfasis relativo). Entre más ventajas pretendan los actores de las industrias, las comisiones deben actuar más que reaccionar para canalizar esas pretensiones hacia el interés público.

Decisiones con salida: A mayor incertidumbre, mayor riesgo —el riesgo de un resultado no económico. Por lo tanto, hay valor en las opciones que son amigables con el cambio. Por ejemplo, los programas de eficiencia energética se pueden ampliar o contraer, pero una planta eléctrica a medio construir no se le puede devolver al vendedor. Relacionado con estas salidas están las decisiones segmentadas. Supongamos a una comisión que busca cubrirse contra los costos del cambio climático opta por la energía nuclear. ¿Pero de qué tamaño? ¿Una planta nuclear grande de \$12 millardos de dólares, o seis más pequeñas que totalizan \$18 millones, cada una entrando en servicio conforme aumenta la demanda? Las más pequeñas cuestan más por kW pero son menos riesgosas, pues un cambio en los factores implica un menor costo hundido. Lo que perdemos en economías de escala lo ganamos en la reducción de riesgos. (Debo darle crédito a Tom Stanton de la NRRI por estimular esta idea). Una comisión que se posiciona crea procesos que permiten estas comparaciones al momento de las inversiones y de ahí en adelante.

Conclusión

Presionar por un mejor desempeño, involucrar a otras jurisdicciones, aceptar y acoger la complejidad, expandir los horizontes de tiempo y recalibrar los procesos: estas son cinco formas de reposicionar a su comisión.

56

Posicionando a la comisión: ¿Puede la “visión” evitar el “demasiado grande para caer”?

La visión no es suficiente; debemos aventurarnos. No basta visualizar los escalones, hay que subir la escalera.

Vaclav Havel

Una visión sin ejecución es una alucinación.

Tomás Edison

La **incertidumbre está** en todas partes: en la economía, en la estructura industrial, en las estrategias que siguen las empresas que prestan servicios públicos, en las tecnologías que afectan a los consumidores, en los presupuestos de nuestras comisiones, y especialmente en el papel de la regulación. La incertidumbre mantiene a los reguladores preguntándose “¿cómo posicionamos a nuestra comisión?” Esta pregunta reconoce que los otros —los prestadores de servicios públicos, los nuevos entrantes y los grandes consumidores— se están posicionando. La comisión que no lo logre corre el riesgo de convertirse más en un pasajero que en un piloto.

Empiece con una “Visión”

En ensayos anteriores identifiqué los atributos clave de los reguladores efectivos: visión de propósito, educación, independencia y decisión. Un prerrequisito para tener un propósito es contar con una visión (esta apreciación se la debo a un regulador perspicaz del sureste). La visión no es una abstracción, inspiración o

emoción; es una fotografía mental de cómo se deben ver y funcionar las cosas en las industrias que regulamos, así como dentro de nuestras propias agencias.

La visión es un conjunto de preferencias establecidas con base en la experiencia, observación y lógica. La visión de un regulador debe contener cinco elementos: (a) los estándares para el desempeño de las empresas prestadoras de servicios públicos; (b) las estructuras de la industria que con mayor probabilidad llevan a ese desempeño (esto es, “La mejor combinación posible de una regulación inevitablemente imperfecta y una competencia inevitablemente imperfecta”, según Alfred Kahn); (c) los incentivos regulatorios específicos —y solo esos incentivos— necesarios para lograr ese desempeño; (d) el personal y las prácticas necesarias dentro de la comisión para diseñar y aplicar esos incentivos; y, finalmente (e) las empresas prestadoras de servicios públicos cumpliendo consistentemente con estos estándares.

La visión también tiene elementos menos tangibles. Sabemos que las tensiones políticas privadas pueden bloquear el progreso del interés público. (Ver los Ensayos 18 y 19). Para contrarrestar estos obstáculos un regulador efectivo visualiza una cultura interna en la empresa regulada que refleja los estándares de la comisión, una cultura que le da al regulador un trato de aliado para lograr la excelencia. Este regulador también imagina las relaciones comisión-legislativo como unas que proyectan un proceso de toma de decisiones conjunta, en vez de las reformas legislativas para quitarle facultades a la comisión que buscan aquellos que están insatisfechos con las decisiones de la comisión (Ver los Ensayos 34 y 35).

Preguntas para el posicionamiento

Una vez que tiene establecida una visión, la comisión que busca posicionarse se formula, con respecto a cada industria regulada, seis preguntas: (a) ¿Cuáles son las tendencias probables en los productos, servicios, proveedores, tecnología y necesidades del consumidor? (b) ¿Qué tendencias debemos procurar y cuáles desalentar? (c) ¿Dónde entrarán en conflicto los intereses privados y el interés público? (d) ¿Qué esfuerzos regulatorios son necesarios para alinear ese comportamiento privado con el interés público? (e) Dentro de la comisión ¿qué habilidades son necesarias para apoyar estos esfuerzos —los de establecer estándares y juicios de desempeño— y qué educación y procesos de reclutamiento atraerán, retendrán y construirán dichas habilidades? y (f) ¿Qué investigaciones y procesos serán los más adecuados para obtener los hechos y las percepciones necesarias para contestar a todas estas preguntas?

Pasos para el posicionamiento

Conforme vayan llegando las respuestas, una comisión puede empezar a posicionarse. Pero antes un recordatorio sobre lo que estamos tratando de lograr:

El propósito de la regulación es el desempeño. La regulación establece estándares y asigna consecuencias. Los estándares deben ser propuestos, impuestos, absorbidos y llevados más allá: propuestos por expertos independientes, impuestos por el regulador, absorbidos por la cultura de las empresas prestadoras de servicios públicos, y llevados más allá por los líderes y empleados de estas empresas. La clave está en encontrar, para cada área de desempeño, a la empresa prestadora de servicios públicos con el mejor desempeño, para luego replicar sus prácticas en las demás. Las revisiones de desempeño deben de ser continuas y no solo realizadas después de un fracaso. Estas revisiones crean una cultura de urgencia dentro de la empresa regulada, la cual se siente y se refleja en todos sus empleados, desde los ejecutivos, hasta los trabajadores de línea, pasando por los administrativos, (y en el sentido inverso también porque, como lo revela la investigación de la Comisión de Virginia del Oeste sobre despidos, a veces los trabajadores son quienes establecen los estándares de excelencia para sus ejecutivos) a fin de satisfacer los estándares establecidos por la regulación. Así que cuando el CEO asegura que la compañía va a mejorar su desempeño, y al mismo tiempo sus abogados están ocupados acosando a los testigos que critican ese desempeño, esa urgencia no está siendo comunicada.

El posicionamiento de una comisión implica por tanto construir una infraestructura capaz de crear una visión, establecer y hacer cumplir los estándares y ejercer la autocrítica. Los ingredientes de esta infraestructura son los siguientes:

- *Habilidades del personal:* La diversidad de habilidades debe ser acorde con los distintos estándares que miden el desempeño.
- *Salarios del personal:* La escala de remuneraciones debe ser suficiente para atraer profesionales que estén en condiciones de igualdad con los administradores de las empresas reguladas cuyo desempeño deban evaluar.
- *Cantidad del personal:* La comisión debe contar con personal de base debe ser suficiente para reaccionar como para ser proactiva, y debe tener acceso a consultores de primera para atender demandas inusuales.
- *Liderazgo:* Los líderes de la comisión deben ser expertos en regulación que no estén distraídos por otros objetivos profesionales, y con la seguridad política suficiente para asignar consecuencias, todo lo anterior ejemplificando la visión de propósito, preparación, decisión e independencia que deben tener los reguladores efectivos.
- *Autoridad legal:* Las fronteras de la autoridad del regulador deben coincidir con el terreno cubierto por las actividades de los entes regulados. La

autoridad debe incluir el poder para asignar consecuencias con respecto a los efectos adversos de estas actividades.

- *Rendición de cuentas:* La comisión debe hacerse responsable, legal y políticamente, con todos los responsables o afectados por las decisiones regulatorias: los legisladores, los consumidores, las empresas prestadoras de servicios públicos, la comunidad financiera y los tribunales.
- *Responsabilidad por el costo:* La hay de dos tipos. La responsabilidad por los gastos se enfoca en la efectividad de los costos: ¿En el largo plazo, los clientes están recibiendo valor por su dinero? Cada participante —temporal y geográfico— debe pagar los costos que va causando. Las excepciones deben ser menores, justificadas transparentemente y temporales.

Algo esencial para posicionarse: Contar con alternativas

Para posicionarse se requiere de alternativas, pues la realidad nunca va de acuerdo con el plan. Consideremos la dependencia regulatoria con respecto al proveedor ya establecido. La credibilidad de la regulación dependerá de su habilidad para asignar consecuencias por un desempeño mediocre. Pero si la empresa con este desempeño deficiente está en malas condiciones financieras —o lo estará a consecuencia de las medidas regulatorias— la regulación pierde su fuerza. A principios de la década de 1990 una comisión del medio oeste encontró un gasto imprudente de su empresa prestadora de servicios públicos por un millardo de dólares. En vez de dejar que esta quebrara, la comisión le autorizó su recuperación por medio de las tarifas, bajo el nombre de “tarifas de estabilización”. Recuerdo haberle preguntado al director de empresas prestadoras de servicios públicos de la Comisión “¿cómo se pudo permitir que se recuperara el gasto imprudente por medio de tarifas?”, a lo que él me respondió: “a veces tienes que dejar de lado tus principios y hacer lo correcto”. En otras palabras, no tenía alternativas.

Para los mercados regulados que son potencialmente competitivos, asegurar alternativas significa remover barreras de entrada históricas y las ventajas innmerecidas del actor establecido, y al mismo tiempo impedir que este cree nuevas barreras de entrada. Pero en aquellos casos donde las economías de escala hacen que el monopolio sea inevitable, no hay alternativas. En este supuesto, ¿cómo pueden las comisiones preservar su poder para asignar consecuencias? La respuesta lógica es evitar aquellas situaciones del tipo “demasiado grande para caer”; esto es, evitar que estas empresas emprendan inversiones de tal magnitud que las penalidades por una imprudencia destruyan a la compañía. En el futuro cercano habrá propuestas de inversión en energía nuclear, redes inteligentes, repotenciación de carboeléctricas, reemplazo de ductos y compras de renovables a largo plazo. Al examinar estas solicitudes hay que recordar que al evitar situaciones de “demasiado grande para caer” la comisión se está posicionando.

57

Posicionar la “marca” de la comisión: ¿Puede ayudar al desempeño de las empresas prestadoras de servicios públicos?

Un compañero de viaje de tren le preguntó a William Wrigley, de los Famosos Chicles Wrigley, por qué su empresa seguía haciendo publicidad cuando esta ya había capturado casi todo el mercado de los chicles. La respuesta de Wrigley consistió en hacerle ver que el tren en el que viajaban se desplazaba muy bien, y por lo tanto “¿Por qué no le quitamos el motor?”.

Norman R. Augustine, *Las Leyes Agustianas*

Al posicionar una marca comúnmente se manipulan emociones y se generan lealtades por medio de la sobre simplificación y la manipulación. “No Puedo Creer Que No Sea Mantequilla” se vende a sí misma como “cero calorías” solamente por el hecho de que la cuenta calórica de cada untada está por debajo del rango que la FDA permite a los anunciantes afirmar, falsamente, como “cero” calorías.

Pero el posicionamiento de una marca puede tener un propósito positivo. Las comisiones lo pueden usar para aumentar el entendimiento, la apreciación y el respeto, obteniendo la deferencia política que se requiere para la toma de decisiones difíciles. Dado el exceso de mensajes manipuladores que abundan en

la política, un esfuerzo honesto para crear posicionarse puede distinguir a una comisión, tanto de forma sustantiva como ética.

También existe un propósito defensivo. El estudio reciente de Eric Pilipink, “Sirviendo el ‘interés público’: la regulación tradicional de empresas prestadoras de servicios públicos vs. la expansiva”⁶¹, describe como se ha venido expandiendo el papel de las comisiones. Antes se limitaba a establecer tarifas razonables; ahora pasa por establecer estructuras de mercado, promover la eficiencia energética, impulsar las energías renovables, empoderar a los consumidores, proteger el medio ambiente, financiar la banda ancha y estimular el desarrollo económico. Estos nuevos roles implican nuevas presiones. Lo que antes llamaba James Madison “facciones” son ahora “partes interesadas”. Buscando resultados, buscan proyectar a las comisiones en los papeles que ellos quieren que desempeñen. Consideremos a las disputas por las líneas de transmisión. Quienes se oponen ven a las comisiones como protectoras de la tierra, en tanto que los defensores hacen hincapié en la obligación de la comisión de “abrir mercados”. Y quien pierde denuncia a la comisión por haber rehusado sus obligaciones: las obligaciones que les asignó esta parte interesada. La comisión debe crear su propia marca.

Posicionar la marca de la comisión empieza por la auto definición

Para posicionar la marca, hay que empezar por definirse a uno mismo diferenciándose coherentemente. En la coherencia está el reto. Por lo general, las responsabilidades legales llegan poco a poco, pues cada año las legislaturas retacan de nuevas ideas un marco legal regulatorio que se remonta a la década de 1930. Resulta difícil darle cabida a todas estas obligaciones dispares dentro de una “marca” cuando su compilación no se hizo de forma coherente. Considere una declaración de marca compuesta sacada de varios sitios web: “La Comisión regula las industrias estatales de electricidad, gas, telecomunicaciones y agua a favor del interés público”. Esta frase es un principio, pero provoca varias preguntas.

“Regular”. El término “regular” ha sufrido tal cantidad de usos y sobreuso que cinco comisionados cualesquiera probablemente la definen de cinco formas distintas. El “regular” implica influir en el comportamiento de un actor a fin de lograr un desempeño acorde al interés público. Esto significa establecer estándares, hacer que se cumplan y lograr resultados. Una comisión regula de forma efectiva no cuando emite una cierta cantidad de resoluciones, sino cuando el desempeño del ente regulado satisface el interés público. Por lo tanto, el posicionar la marca se debe enfocar menos en el término “regular” que está cargado de ideología, y más en la meta del interés público relativo al desempeño.

⁶¹ National Regulatory Research Institute, No. 10-02 (2009).

“*Industria*”. Decir que uno regula una “industria” es incorrecto en un sentido literal y legal, pues lo que hace una comisión es regular el comportamiento de los actores que forman a esta industria. Las resoluciones que emite una comisión son acatadas por entidades individuales con una existencia personal o corporativa, y una “industria” no tiene ninguna de estas dos características. Aún más, hay muchos actores dentro de cada una de estas cuatro “industrias” que son responsables del desempeño, pero que se encuentran fuera de la jurisdicción de la comisión: los fabricantes de los equipos, los prestamistas y las entidades que capacitan y licencian a los técnicos calificados. El objetivo de una comisión sí puede ser mejorar el desempeño de una industria entera. Sus resoluciones pueden afectar la estructura de la industria (competencia o monopolio, integración vertical o propiedad desagregada, servicios agregados o desagregados) deben tener por propósito al desempeño. Sin embargo, su autoridad está limitada a actores y acciones específicas.

“*Interés público*”. Todos utilizamos la frase “interés público” repetidamente, pero muy rara vez la definimos. Cada actor regulado tiene su propia definición, normalmente en términos de su beneficio económico. Una comisión necesita tener su propia definición. El Ensayo 1 define el “interés público” como una combinación de eficiencia económica (lograr la mejor razón costo-beneficio posible), gradualismo compasivo (moderar las consecuencias negativas de la eficiencia a corto plazo con el fin de que el público acepte la necesidad de ganancias a largo plazo) y rendición de cuentas políticas (ajustar el ángulo y el ritmo del cambio —pero sin ceder— a fin de asegurar su aceptación).

Por lo tanto, los tres elementos esenciales de esta auto descripción compuesta de comisión —“regular”, “industrias” e “interés público”— merecen mayor precisión de la aquí expuesta. Posicionar la marca es diferenciar. Una comisión no se puede diferenciar utilizando términos desgastados. Eliminando confusión y ambigüedad, el posicionar la marca tiene un propósito.

Posicionar la marca crea responsabilidad en cuanto al desempeño

La Ley del Regulador de Energía de Ontario (1998) incluye estos objetivos para su junta de gobierno:

Promover la eficiencia económica y la costo-efectividad en la generación, transmisión, distribución, venta y demanda de electricidad, así como el facilitar la permanencia de una industria eléctrica financieramente viable.

Esta frase pone al desempeño en primera línea. Los pares de palabras clave —eficiencia económica, costo-efectividad y viabilidad financiera— tienen todo que ver con el desempeño. Aplicadas de manera concienzuda, conllevan a

expectativas y estándares, y de ahí a mediciones y a juicios. Este fraseo hace al regulador responsable del desempeño.

Pero ¿y el término “promover”? El término implica que la junta de gobierno no es responsable de lograr la eficiencia económica, la costo-efectividad y la viabilidad financiera; esa sería la tarea de las empresas que prestan el servicio público. Pero si el papel del regulador se limita a “promover” ¿entonces de que es específicamente responsable? Establecer un puente entre promover y producir, entre definir estándares y extraer rendimientos, es lo que define al éxito regulatorio.

De posicionar la marca a una hacer una declaración de misión

Larry Landis, comisionado en el estado de Indiana y ex ejecutivo en el mundo de la publicidad, afirma que “como parte del proceso de posicionar marca por parte de una comisión, se necesita desarrollar una declaración de misión significativa. Entre más corta, más probable es que esta sea asimilada, internalizada y memorizada... Y entre más diga sobre la “unidad” y el enfoque de la organización, mejor. Las organizaciones con declaraciones de misión largas y confusas, tienden a ser desenfocadas e indisciplinadas.”

Él nos ofrece dos favoritos: uno de su alma mater y el otro de la Sociedad Histórica de Indiana:

“Wabash College educa a los jóvenes a pensar de forma crítica, actuar de forma responsable, liderar de forma efectiva y a vivir de forma humana”

“El cronista de Indiana: conectando a la gente con el pasado”

¿Cuál es la declaración de misión de su comisión? Cuando estuve al frente del Instituto Nacional de Investigación Regulatoria yo introduje la siguiente: “Al crear y democratizar el conocimiento, empoderamos a los reguladores de las empresas prestadoras de servicios públicos a tomar decisiones en favor del interés público de la mayor calidad posible”. Espero estos ejemplos ayuden.

58

Farmacias y conferencias regulatorias: ¿Tienen algo en común?

Los competidores poco calificados no se enfocan en los puntos en disputa, sino que ‘terminan intercambiando insultos aleatorios, insultados e insultando, y los transeúntes asqueados con ellos mismos al ver el espectáculo ofrecido por contendientes de tan baja categoría’.

Garry Wills, *Certain Trumpets: The Nature of Leadership*, p. 165, (1994)
(citando a Sócrates con respecto a los debates públicos en “Gorgias” 457
(texto de Dodd))

Detrás de la caja registradora de mi farmacia local hay en exhibición docenas de marcas de cigarrillos, y a unos metros en el estante contiguo, ofrece productos para combatir la adicción a la nicotina.

Dejando a un lado la pregunta de por qué un establecimiento dedicado a la salud ofrece a sus clientes productos que matan (es como si una escuela de manejo vendiera aparatos para localizar detectores de velocidad, un dentista donas azucaradas o a un asesor financiero billetes de lotería), uno se pregunta si la ironía es intencional. ¿Será que la estrategia de la cadena de farmacias es causar un conflicto cognitivo tan intenso que llame la atención y estimule las ventas? ¿Buscará ofrecerle alternativas a los clientes dudosos de comprar cigarrillos anunciando opciones de salida? ¿O es esto simplemente el sinsentido que ocurre cuando una sola meta —la de maximizar las ganancias— desplaza a otros valores?

Si la única misión de la tienda se enfoca en las ganancias totales, entonces esta práctica tiene sentido. Si su misión corporativa es la de satisfacer al mayor número de clientes posibles, sin importar el comportamiento autodestructivo de sus clientes, la práctica también tiene sentido. Pero si la misión corporativa es la de mejorar la salud de sus clientes, la dualidad cigarrillos-anti cigarrillos no tiene sentido. Todo depende de cuál sea el propósito.

Conferencias regulatorias: ¿Está clara nuestra misión?

¿Cuál es el propósito de las conferencias regulatorias? Estas deberían atender los desbalances inherentes a nuestro negocio. Los reguladores me comentan que los plazos legales los obligan a dedicarle un tiempo desproporcionado a revisar los alegatos de los grupos de interés en vez de dedicárselo a realizar estudios objetivos. Esta desproporción socava su efectividad. Las conferencias regulatorias deberían ayudar a emparejar las cosas.

Considere la última conferencia a la que asistió. ¿Los paneles favorecían los temas de defensoría sobre temas específicos o a los de educación? ¿Los ponentes eran voceros o profesionales? ¿Las organizaciones participantes buscan resultados predeterminados o la objetividad? ¿Quiénes acapararon la conferencia, activistas y defensores de posiciones establecidas o profesionales comprometidos con la objetividad?

“Tenemos que ventilar todos los ángulos” nos dicen. Pero ¿los ángulos de qué? Debemos dominar todos los ángulos del tema: los datos, los objetivos en conflicto, las incertidumbres y la probabilidad de que ocurran resultados no previstos. La objetividad es indispensable para lograr este dominio. Los defensores no “ventilan todos los ángulos”, pues minimizan los posibles resultados negativos y resaltan los positivos. Es una batalla de exageraciones. Así es como el salón lleno de humo obtiene el humo. Para “ventilar todos los ángulos” el regulador debe airear el salón y llenarlo de hechos.

No se trata de prohibir la participación o de censurar el mensaje sustantivo de los grupos de interés. El aislamiento regulatorio conlleva a la ignorancia regulatoria. Lo que debemos crear es una cultura que permita que expertos que honran la obligación regulatoria —esto es, que cumplen con su obligación de tomar las mejores decisiones sin importar las consecuencias— tengan foros para expresarse. No hay nada malo en tratar de persuadir si uno se apega a los hechos, minimiza los adjetivos y los adverbios, apela al intelecto más que a la emoción, y ayuda a que los reguladores tomen buenas decisiones. Los oradores pueden tener sus narrativas pero el género no puede ser la ficción. Puede haber diferencias legítimas con respecto a qué es “objetivo”, pero con el solo hecho de airear estas diferencias, se logrará crear conciencia con respecto a la calidad de los oradores.

Recomendaciones

En las conferencias regulatorias hay competencia por el limitado tiempo aire. Aproveche esta competencia reemplazando a los políticos que solo hacen ruido por educadores objetivos. Debemos encontrar a la gente adecuada, guiarlos y luego ejecutar. Específicamente:

1. Pregunte “¿Quién conoce sobre este tema?” y no “¿Quién tiene intereses en este tema?”
2. Pregunte “¿En quién podemos confiar para que exponga el tema de forma objetiva?” y no “¿Quién pagó por el patrocinio?”
3. En toda empresa prestadora de servicios públicos, por debajo del vicepresidente de asuntos regulatorios están los gerentes que hace que las cosas funcionen: quienes compran el gas, hacen coberturas y operan las plantas; gente que puede describirle a los comisionados los retos prácticos que requieren de claridad regulatoria. A ellos son a quienes debemos convertir en estrellas. Regulamos para inducir un desempeño de excelencia, por lo que hay que invitar a los responsables del desempeño, a aquellos que personifican la excelencia. ¿Y qué importa que no sean famosos? En la práctica, lo deberían ser.
4. Si debe tener una mezcla entre objetividad y la defensa de intereses, sugiero poner al presentador objetivo primero, darle la mayor parte del tiempo, y luego permitirle a los segundos responder. Este enfoque orienta al panel hacia “atender las necesidades regulatorias” en vez de “darle tiempo aire a todas las partes”. Con esto la objetividad se vuelve central y no marginal.
5. Instruya a los oradores: Su papel es el de educar y empoderar, no el de promocionar su compañía o a sus metas.
6. Dele a los oradores entre 30 y 45 minutos (incluyendo preguntas). Un espacio de tiempo de 15 minutos hace que la sobre simplificación sea inevitable. Si el otorgar espacios de tiempo más amplios implica que se escuche a una menor cantidad de intereses, ya doblamos el beneficio.
7. No vuelva a invitar a oradores que ya hayan ido a vender productos, que sobre simplifiquen o que exageren. Con pequeñas decisiones de este tipo, la cultura de las conferencias mejorará rápidamente. Puede ser que perdamos en cuanto a asistencia, pero ganaremos en credibilidad.



OCTAVA PARTE

Conclusiones

En estos dos últimos ensayos hablo a la par de aspiraciones y acción de gracias. La aspiración es que nuestras distintas comunidades —actores políticos, reguladores, empresas, inversionistas, consumidores y ciudadanos— acepten la gran misión regulatoria como un bien público, y por lo tanto, como algo que se debe cultivar, proteger y preservar. La misión, como lo digo en el Prefacio, es generar un desempeño que alinee al comportamiento privado con el interés público. La regulación no es enemiga de las ganancias cuando estas se generan de forma responsable. Tampoco es hostil a los consumidores cuando estos consumen de forma eficiente. Si todas nuestras comunidades pueden aceptar estos puntos, mucho de lo que la regulación necesita para tener éxito —marco legal, apoyo político y recursos— estará a la mano.

El último ensayo es una acción de gracias que reconoce las muchas bendiciones de las que disfruta la regulación, como la diversidad de propietarios, los defensores profesionales de los intereses de los consumidores, los trabajadores de las empresas, los gobiernos democráticos y sus contribuyentes, así como muchos ejemplos de reguladores, cuyos atributos y acciones los convierten en líderes.



59

Algo esencial para la efectividad: La aceptación de la misión regulatoria por parte de la comunidad

[L]as etiquetas fáciles no siempre proporcionan respuestas rápidas...

Broadway Music, Inc. v. CBS, 441 U. S. 1, 8 (1979)

En estos ensayos he abordado los atributos y acciones de los reguladores efectivos y los obstáculos que enfrentan. La aceptación de la misión regulatoria por parte de las comunidades regulatorias y políticas es un elemento esencial para su mejoría.

Esta aceptación es incompleta y episódica, pues los muchos participantes en los procesos regulatorios traen consigo ideas diferentes con respecto al propósito regulatorio, sobre los estándares de desempeño, y las consecuencias de quedarse cortos en estos. Esta falta de visión común socava la efectividad regulatoria. Empezaré por recordarnos cuáles son los atributos y acciones del regulador efectivo, para luego introducir los retos que inhiben la aceptación común de la misión de la regulación.

El regulador efectivo: atributos y acciones

El regulador efectivo tiene nueve atributos: cuenta con una visión de propósito, está preparado, actúa decididamente, es independiente, disciplinado, sintético, creativo, respetuoso y ético⁶². Al reconocer que las comisiones no son tribunales

⁶² Ver la Primera Parte.

y los reguladores no son jueces⁶³, no solo preside, lidera. La relación de su comisión con el legislativo es tal que las responsabilidades correspondientes se asignan con base en sus ventajas comparativas: los legisladores deciden el balance entre las grandes cuestiones y las comisiones sobre los asuntos técnicos, en un esquema que permite redefinir las fronteras jurisdiccionales en función de la evolución de los hechos. Dado que entiende, como señala Alfred Kahn, que la “responsabilidad central y continua de los congresos y las comisiones reguladoras” es “encontrar la mejor mezcla posible entre la regulación inevitablemente imperfecta y la competencia inevitablemente imperfecta”⁶⁴, rechaza la polaridad retórica en favor de la claridad en la conversación basada en hechos y lógica⁶⁵.

Este regulador acepta las presiones de la política del interés público —esto es, la necesidad de hacer concesiones entre metas meritorias pero en conflicto, pero evita las distorsiones que provocan la política a favor de los intereses privados— las presiones de fuerzas estrechas que buscan beneficios propios⁶⁶. Y acepta que los acuerdos entre las partes son a favor del interés público solo cuando la “acción conjunta” no surge de un arreglo que sacrifica el largo plazo por resultados inmediatos, ni de la dominancia de una parte sobre la otra enmascarándola como un arreglo, sino de un intercambio de ideas entre expertos⁶⁷.

Algo esencial para la efectividad regulatoria: el consenso comunitario sobre los propósitos, estándares y consecuencias de la regulación

En cualquier giro laboral —la política, la función pública o los negocios— el liderazgo requiere la aceptación de la misión del líder por parte de aquellos a los que busca liderar⁶⁸. En la regulación, el liderazgo se hace elusivo. Los participantes en el proceso regulatorio no comparten un entendimiento común sobre (a) los propósitos de la regulación y de los reguladores, (b) los estándares de desempeño para las empresas reguladas, o (c) las consecuencias que provoca el incumplimiento. Las visiones varían dependiendo del participante. El legislador de criterio electoral quiere que los precios bajen antes de las próximas elecciones. El accionista de la empresa que presta servicios públicos quiere asegurar el valor de sus acciones. El consumidor industrial quiere un servicio confiable a un precio

⁶³ Ver el Ensayo 11.

⁶⁴ Alfred Kahn, *The Economics of Regulation: Principles and Institutions*, vol. I, p. xxxvii y vol. II, p. 114 (1970, 1988).

⁶⁵ Ver el Ensayo 24.

⁶⁶ Ver el Ensayo 19.

⁶⁷ Ver el Ensayo 48.

⁶⁸ Ver Garry Wills, *Certain Trumpets: The Nature of Leadership* (Trompetas de certeza: la naturaleza del liderazgo) (2007).

que le permita enfrentar a la competencia global, y el consumidor residencial que lo protejan de los monopolistas. El medioambientalista quiere que las emisiones se reduzcan y los sindicatos que los empleos queden protegidos.

Aún dentro de una comisión, habrá diferencias sobre la misión. Pregúnteles a cinco comisionados y recibirá cinco respuestas distintas. “Procesamos casos dentro de los plazos legales y determinamos el resultado con base en los hechos presentados”. “Somos miembros del equipo de desarrollo económico del Gobernador y, por tanto, le ayudamos a atraer y mantener inversiones”. “Diversificamos el uso de combustibles para reducir la volatilidad de precios”. “Aseguramos la salud financiera de la empresa que provee servicios públicos para que pueda operar de forma confiable”. “Nos aseguramos que las empresas reguladas se desempeñen con base en estándares de vanguardia”. Y también hay diferencias con respecto a los estándares de desempeño (de excelencia, óptimos, de desempeño promedio, al menor costo posible, que no causen daño) y sobre cómo hacerlos cumplir (multas, revocación de la concesión, rechazo de costos, penalizaciones a la tasa de retorno y el “si vuelves a hacer eso, te linchamos”).

Hay una especie de consenso al afirmar que el propósito de la regulación es alinear el comportamiento privado con el interés público. Aplicar este propósito a las empresas que prestan servicios públicos requiere que los reguladores definan los estándares de desempeño, diseñen incentivos financieros (positivos y negativos) que lleven a este desempeño, e impongan consecuencias al desempeño mediocre. Aplicando este propósito a los consumidores, el deber es implementar programas y precios tales que lleven a un comportamiento de consumo consistente con los intereses de largo plazo de la sociedad.

Cuando el consenso se evapora es con respecto al “si, cuándo y cómo”. El espectro de la intervención regulatoria abarca mandatos, prohibiciones, estímulos, desincentivos y el no involucramiento. El punto óptimo en este espectro debería basarse en hechos (¿El comportamiento privado no regulado socavaría la meta social? y de ser el caso, ¿qué tipo de intervención sería la que con mayor probabilidad lograría esta meta a un costo razonable?). Pero este punto también depende de nuestra propia visión sobre cuál debe ser la meta social. Por ejemplo, si uno favorece del desarrollo económico inmediato por encima de la protección medioambiental de largo plazo, probablemente preferirá las inversiones en nuevas plantas de generación que aquellas que incentiven la conservación. Las diferencias con respecto a las metas sociales impiden el consenso sobre el papel de la comisión. Es por esto que en la medida que sean los congresos quienes especifiquen cuáles son las grandes metas, las comisiones serán con menor frecuencia el foro donde se determinen las grandes concesiones⁶⁹.

⁶⁹ Ver el Ensayo 33, *Legislativo y comisiones: ¿Qué tan bien trabajan juntas?*

Diferencias sobre el alcance y la duración de la regulación

Sin una visión común con respecto al propósito regulatorio, cada interés valora la regulación de acuerdo a su propio beneficio. Estamos a favor de la regulación cuando esta protege, y en contra cuando obstruye. Pero si el protegerte a ti me obstruye a mí, quiero una regulación débil, y si el obstruirte a ti me protege a mí, quiero fortalecerla. Esta contraposición en los puntos de vista que varía dependiendo del contexto hace inestable el apoyo político a la regulación. En ausencia de un compromiso amplio con el propósito permanente de esta, los agraviados con las acciones de la comisión buscarán que el legislativo reduzca sus facultades. Y en contraste, aquellos comprometidos con el propósito regulatorio, aceptarán la jurisdicción de la comisión: argumentarán a su favor y aceptarán los resultados, aún si estos les son contrarios.

La inestabilidad en el apoyo político a la regulación es menos explícita, pero más persistente en la reticencia común de los estados a proveer los recursos necesarios para financiar al personal regulatorio, tanto en tamaño como en salarios y pericia apropiados para decidir sobre millardos de dólares, y comparables a los de las entidades reguladas cuyo desempeño deben evaluar. Este cañón en el paisaje regulatorio es tan profundo, perdurable, persistente y tan pocas veces reconocido, que merece una atención continua⁷⁰.

Algunas recomendaciones para los reguladores

La efectividad de un regulador no solo requiere de ciertos atributos y prácticas personales, sino también de la aceptación de la comunidad sobre su misión regulatoria. Por lo tanto, los reguladores deben:

1. Desarrollar y articular públicamente una declaración explícita sobre su misión.
2. Trabajar para persuadir a los participantes de que la misión regulatoria va más allá de las diferencias en políticas públicas; esto es, que un desacuerdo con respecto a un asunto no es razón suficiente para menoscabar a la institución.
3. Recordarle a los participantes que prácticamente todos están o estarán en ambos extremos del espectro de protección-obstrucción. Aquellos que se lamentan por las “cargas” que provoca la regulación, deben recordar que la intervención del gobierno al mismo tiempo que: (a) protege de la competencia a las empresas tradicionales que proveen servicios públicos (b) remueve los obstáculos y cuellos de botella que históricamente impiden han impedido a nuevos competidores.

⁷⁰ Ver los Ensayos 50 y 51 sobre recursos regulatorios.

60

Acción de Gracias regulatoria

El conocimiento siempre gobernará a la ignorancia; y aquellos individuos que pretendan ser sus propios gobernantes, deben armarse con el poder que da el conocimiento.

James Madison

Cada noviembre en los Estados Unidos, las familias se reúnen para dar gracias por todo aquello que enriquece sus vidas. Si la regulación es su profesión, hay mucho que agradecer. A continuación diez razones para dar gracias.

Diversidad de propietarios: Contamos con empresas proveedoras de servicios públicos regulados que son propiedad de inversionistas, de consumidores y de los gobiernos federal, estatal y municipal. En este diagrama disperso de éxitos y fracasos, ningún indicador es estático, lo que desmiente el ya muy gastado mito sobre “propiedad pública vs. privada” y conlleva a la humildad de aquellos que parecieran estar seguros sobre las soluciones (como en los casos del Condado de Montgomery, Maryland, donde a consecuencia de los apagones, los ciudadanos quieren que la empresa privada Potomac Electric Power Company pase a propiedad pública; y el caso de *Newsday*, el periódico de la arenosa Long Island que aboga por que la Long Island Power Authority pase a manos privadas). Y la lista de comparaciones sigue y sigue.

La defensoría profesional de los consumidores: Elemento notoriamente ausente en la mayor parte de nuestro sistema regulatorio, la defensoría profesional de los consumidores financiada por nuestros impuestos y tarifas, garantiza puntos de vista alternativos presentados por profesionales en sus campos. Ejemplificado por íconos como Sonny Popowsky, la ex comisionada Nancy Brockway de New

Hampshire, Roger Colton, el defensor de los consumidores de bajos ingresos, y el defensor de West Virginia, Billy Jack Gregg, el esquema s persiste a pesar de estar apoyado de forma mínima por nuestros políticos asustadizos con los temas fiscales. Se trata de un sistema en el que los consumidores cautivos pagan por los abogados contratados mientras los legisladores reducen cada vez más los fondos para estos grupos de defensores, lo que deriva en salas de audiencia en las que los abogados privados que ganan \$500 dólares/hora debaten con los defensores públicos que ganan \$50 dólares/hora, y los testigos de las empresas prestadoras de servicios sobrepasa en cantidad a los de los consumidores, en una proporción 4:1. Para reducir aunque sea a la mitad esta brecha, habría que procurar un balance entre los expedientes actualmente cargados a favor de la empresa regulada, con expertos que tengan una visión que vaya más allá del “retorno sobre la inversión” y “posicionamiento competitivo”, como sería la educación y alternativas para el consumidor, así como hacer que la compensación autorizada al prestador de servicios públicos regulados dependa de su desempeño.

Ingenieros, técnicos y trabajadores de campo: Mientras que algunos de nosotros nos sentamos frente a computadoras y hablamos en conferencias, archivamos peticiones, redactamos informes, rendimos testimonios, cuestionamos a testigos, redactamos disposiciones legales o promulgamos resoluciones, todos argumentando sin fin sobre estructuras de mercado y tarifarias, relaciones corporativas, tasas de interés y de rentabilidad crítica, alguien más está de hecho diseñando, construyendo y reparando nuestra infraestructura después de las tormentas. Los empleados de las empresas prestadoras de servicios públicos regulados y sus sindicatos merecen nuestro agradecimiento, pero también requieren de nuestro apoyo: esto es, del financiamiento que necesitan las escuelas y universidades locales para reabastecer sus filas conforme se vayan retirando los actuales trabajadores calificados.

Desagregación: Desagregar significa “poner a la venta por separado”. Este esfuerzo de tres décadas ha puesto a prueba, y en ocasiones refutado, el supuesto ya centenario de que la única empresa prestadora de servicios públicos regulados eficiente es la monopolística y verticalmente integrada. La desagregación ha permitido la entrada de nuevos actores en la generación eléctrica (grandes y pequeños, a base de energías convencionales o renovables, remotas y cercanas, mayoristas y distribuidas); las ventas de energía minoristas y medición; llamadas de larga distancia, locales, telefonía alámbrica y celular; la administración de la demanda adquirida y vendida local y regionalmente. La desagregación incluso nos podría brindar competencia en los servicios de transmisión si la FERC decide reforzar su histórica Resolución 1000, imponiéndole consecuencias financieras a quienes retarden este proceso: aquellos dueños de capacidad de transmisión que pretenden aprovechar su “derecho de tanto” para proteger su negocio ya establecido. La desagregación continuará teniendo éxito si es vista como

experimental y no como ideológica, si es evaluada con base en hechos y no como un acto de fe.

El gobierno federal y sus contribuyentes: La infraestructura nacional requiere de un respaldo nacional. Las agencias federales: apoyan la investigación con respecto al control de contaminantes, la velocidad de la banda ancha, el tratamiento de agua y la tecnología para la transmisión —investigación que tanto las empresas reguladas como los estados en lo individual no financian lo suficiente por temor a incrementar sus tarifas con respecto a las que pagan los consumidores vecinos—; hacen fluir los recursos a los territorios donde las tormentas han afectado los servicios que no habían sido fondeados adecuadamente por los reguladores y consumidores; e identifican nuestras vulnerabilidades frente a sabotajes, terrorismo o condiciones climáticas. Sin embargo, esta abundancia de recursos federales no puede fluir por siempre; serán las comisiones y las empresas reguladas las que tendrán que abrir la llave a este tipo de inversiones a fin de reducir los muchos riesgos de daños causados por la naturaleza, la volatilidad de precios, las disrupciones y las insuficiencias de los servicios.

Gobiernos estatales: Merecen nuestro agradecimiento por crear y sostener una infraestructura regulatoria, la cual, aun estando mal provista de personal, de sueldos, recursos, así como de respeto y apoyo de los sectores políticos, debe realizar el trabajo casi imposible de atenuar el poder de mercado de los actores ya establecidos, de extraerle un desempeño competitivo a aquellas compañías cuyo estatus de protección gubernamental no fue ganado ni retenido por medio del mérito competitivo. Al igual que a los defensores del consumidor, si pudiéramos equiparar este reconocimiento con sus ingresos, el retorno bien valdría la pena.

Los reguladores canadienses: El equipo que planea su conferencia anual le logra extraer fondos a las grandes empresas prestadoras de servicios públicos regulados, pero no para hacerle publicidad a su presencia en el mercado, sino para subsidiar a los defensores de quienes están sub representados. Y resulta un placer ver que, aunque agradecidos, estos defensores no se autocensuran.

La Comisión Reguladora de Energía de Nigeria: En el 2010 su equipo de trabajo sostuvo una conferencia educativa para los jueces de apelaciones con el fin de familiarizarlos con la ingeniería, economía y derecho en el que se basa su regulación. El resultado se pudo ver en un comentario ilustrativo por parte de los jueces “Con toda la complejidad que esto involucra, tal vez deberíamos diferir más.”

La Comisión Federal de Regulación Energética: Esta instancia ha logrado librarse a sí misma y a las agencias reguladoras estatales de largas disputas suma cero con respecto a la jurisdicción eléctrica gracias a dos mecanismos. El primero

fue hacer que quienes ofrecen servicios de transmisión tomen en consideración “los requerimientos de política pública” cuando realicen su planeación regional; así, su Resolución 1000 invita a los estados a liderar el proceso de decisiones regionales estableciendo sus propios planes, para luego hacer que sus empresas prestadoras del servicio público regulado de transmisión los incluyan en los planes regionales de menor costo y más adecuados. El segundo lo constituyen las instrucciones de FERC a las organizaciones de transmisión regional para que incorporen las ofertas de reducción de demanda en los estados que las permitan (y compensarlas de la misma forma que las ofertas de generación), lo cual le otorga a los estados un control total sobre la estructura de la oferta —que va desde los monopolios tradicionales hasta la competencia total que permite que gane la mejor oferta—. Este planteamiento de la FERC le da a los estados fuerza para disciplinar a las decisiones de generación y compra de energía por parte de las empresas prestadoras de servicios públicos, al permitirles compararlas con las ofertas regionales de reducción de demanda.

Hawái, Oregón, Maine y Vermont: Lograron escapar de la dicotomía competencia vs. monopolio utilizando ambas estructuras de mercado. Detectando condiciones de monopolio natural en la prestación de servicios de eficiencia energética en la red, utilizaron un proceso competitivo para elegir al proveedor de dichos servicios con base en sus habilidades y determinación, y no conexiones políticas o preexistencia. Acto seguido, basaron la continuidad de su derecho a servir no en inercia e indiferencia, sino en su desempeño de acuerdo con un criterio de vanguardia. Esta es una fórmula que deberíamos considerar aplicarle a las empresas que consiguieron su estatus de permanencia hace siglos y por razones que nadie recuerda, para lograr eficiencia económica y calidad en el servicio.

* * *

Sin duda los lectores hacen más larga la lista. Entre más se subrayen nuestros éxitos, con mayor frecuencia estos podrán ser replicados. ¿Pero por quién? Por lo general pensamos en nuestra industria de infraestructura en términos de infraestructura física: postes, cables, derechos de vía, pozos, torres, ductos y plantas generadoras. Sin embargo, la base de esa infraestructura física es la gente: los legisladores que determinan las facultades, derechos y responsabilidades; los reguladores que establecen y aplican estándares de desempeño; los instaladores, operadores y ejecutivos que hacen que las cosas funcionen; consumidores y contribuyentes que pagan por todo esto; y, los más importantes, los ciudadanos cuyos votos y vigilancia preservan al proceso democrático y nos obligan a rendir cuentas.

SOBRE EL AUTOR

Scott Hempling ha impartido cátedra de derecho de servicios públicos y de políticas públicas a toda una generación de reguladores y profesionales en la materia. En su calidad de abogado, ha prestado sus servicios profesionales a clientes ubicados en todos los sectores de la industria: reguladores, empresas prestadoras de servicios públicos, organismos para la protección de los consumidores, competidores independientes y organizaciones ambientalistas. Como experto ha rendido testimonio en numerosas ocasiones ante comisiones estatales y ante comités del Congreso de los Estados Unidos, así como ante las asambleas legislativas de Arkansas, California, Maryland, Minnesota, Nevada, Carolina del Norte, Carolina del Sur, Vermont y Virginia. Como profesor y ponente en seminarios ha impartido cursos y participado en eventos a lo largo de los Estados Unidos, Alemania, América Central, Canadá, India, Italia, Jamaica, México y Nigeria.

Ha publicado artículos en *The Electricity Journal*, *Public Utilities Fortnightly*, *ElectricityPolicy.com*, así como en otras publicaciones profesionales abordando temas relativos a fusiones y adquisiciones, a la introducción de competencia en mercados con estructura monopólica, reestructuración corporativa, elaboración de tarifas, inversiones de empresas prestadoras de servicios públicos en negocios distintos a dicho sector, planeación de la transmisión, energías renovables y sobre asuntos de jurisdicción entre el gobierno federal y estatal. Entre 2006 y 2011, fue el Director Ejecutivo del National Regulatory Research Institute.

Hempling es Profesor Adjunto de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, donde imparte cursos en derecho de servicios públicos y sobre litigio regulatorio. El primer volumen de sus tratados jurídicos, *Regulando el Desempeño de la Empresa Prestadora de Servicios Públicos: El Derecho de la Estructura de Mercado, Precios y Jurisdicción*, fue publicado por la Asociación de Barras de Abogados de los Estados Unidos en el otoño del 2013. Este es el primero de dos volúmenes de su tratado jurídico, en tanto que el segundo abordará la legislación sobre estructura corporativa, fusiones y adquisiciones.

Hempling obtuvo su Licenciatura con mención *Cum Laude* tanto en Economía y Ciencias Políticas como en Música por la Universidad de Yale, donde le

fue otorgada la beca Continental Grain, así como la beca Patterson para investigación. Recibió su Doctorado en Derecho con mención *Magna Cum Laude* en la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown, donde recibió el galardón “Jurisprudencia Americana” en la rama de Derecho Constitucional. Para mayores detalles, referirse a www.scotthemplinglaw.com.



