

LOS ENTES REGULADORES COMO ELEMENTO DE GARANTÍA INSTITUCIONAL¹

Juan De la Cruz Ferrer²

RESUMEN: Parte el análisis enfocado en los efectos del proceso liberalizador y del papel que en él les ha correspondido a las instituciones públicas y privadas, y cómo esta conexión ha dado pie a nuevos paradigmas para la economía. Señala que no hay dudas respecto a la necesidad de contar con entidades reguladoras en ciertos sectores de la economía, y por ello describe el modelo y tendencias seguidos por Europa. Enfoca asimismo las garantías de que han de tener los entes regulatorios para lograr sus finalidades de manera eficiente, como para salvaguardar a los agentes regulados, entre ellos pueden destacarse la autoridad e independencia; transparencia y participación; y la imparcialidad.

I. INTRODUCCIÓN

Las Comisiones Reguladoras se han generalizado en los procesos de liberalización, desarrollados por muchos países, como un elemento institucional imprescindible para garantizar la independencia, la especialización y el equilibrio entre intereses en los procesos de regulación, supervisión y control de los diferentes sectores económicos. En el presente estudio analizamos la sucesión de los últimos paradigmas económicos: cuando creíamos que el paradigma de la competencia había sustituido al de la intervención pública, hemos apreciado que los mercados no operan en el vacío, sino que precisan de instituciones que los articulen y les den viabilidad y seguridad (1). Dentro de estas instituciones se ha generado un consenso internacional sobre la importancia y necesidad de las Comisiones Reguladoras (2). La larga experiencia norteamericana sobre su funcionamiento pone de manifiesto las ame-

nazas que acechan a las Comisiones (3), por lo que es importante cuidar el diseño institucional de la posición, competencias y procedimientos que les facilitan actuar con legitimidad y eficacia (4).

1. EL DESIGUAL IMPACTO DE LOS PROCESOS DE LIBERALIZACIÓN Y LA IMPORTANCIA DE LAS INSTITUCIONES.

A) La renovación de los paradigmas económicos.

Hasta la década de los ochenta del siglo pasado, la Escuela económica neoclásica articuló el paradigma económico fundamental en torno a los planteamientos keynesianos y en sus propuestas sobre los fallos del mercado, la búsqueda de modelos estáticos de competencia perfecta e, inevitablemente, las múltiples técnicas del intervencionismo público sobre la economía y los mercados.

¹ Ponencia presentada en el Primer Congreso Iberoamericano de Regulación Económica, Santiago, noviembre de 2005

² Profesor de la cátedra de Derecho Europeo y Titular de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid, España.

Sin embargo, las crisis económicas de los años setenta y su tremendo impacto sobre el tejido productivo y social de los distintos países crearon un “estado de necesidad” para buscar nuevos procesos y paradigmas; y que emergieron en torno a diferentes Escuelas económicas como la austríaca, Friburgo, Chicago o de la Elección Pública y a sus propuestas de liberalización, en las que la libre competencia en los mercados aparecía como un claro nuevo paradigma. En el ámbito de la posición y relaciones entre el Estado y la Economía, la “Teoría de la Regulación Económica” ha ocupado una posición central y determinante en los procesos de liberalización.

Ahora bien, la Teoría de la Regulación Económica se ha elaborado y desarrollado en gran medida por los economistas norteamericanos, lo cual exige cautelas –que no siempre se han tenido en cuenta– a la hora de trasladar sus métodos y conclusiones a países menos desarrollados en el plano económico e institucional, así como al campo del Derecho y de las políticas públicas. La aceleración de las transformaciones que vive el mundo actual ha obligado a abordar, un tanto acríticamente, políticas de desregulación y privatización, sin disponer previamente de una sistematización del conjunto de principios y técnicas de regulación y liberalización. Por ello, resultan especialmente útiles y valiosos los esfuerzos de presentar una teoría general que han realizado profesores como Gaspar Ariño (2004), Anthony Ogus (1994), o Robert Baldwin (1999).

En los últimos años se ha producido un renovado interés por la regulación desde diferentes ciencias y disciplinas: especialmente el Derecho, pero también la Economía, la Ciencia Política, la Sociología, la Historia, la Psicología, la Geografía, la Gestión Empresarial y la Gestión Pública. Porque, en efecto, la regulación exige un enfoque multidisciplinar. Di-

señar un modelo de regulación teniendo en cuenta solamente criterios económicos, e ignorando las exigencias jurídicas, las circunstancias políticas, los condicionantes sociales o las propias condiciones de cada país y de cada sector económico, es apostar por un modelo con muchas posibilidades de fracaso³.

B) La importancia de las instituciones.

Por ello, hay que advertir sobre la influencia en las políticas públicas de análisis focalizados en la regulación económica, desde la concreta metodología empleada por la “teoría positiva de la regulación económica”, que ha puesto de manifiesto los procesos de captura del regulador por las industrias reguladas y la influencia de los intereses privados en el proceso político. Esta influencia, recibida acríticamente, ha podido conducir, como decíamos antes, a poner en práctica políticas de desregulación y privatización atendiendo casi exclusivamente a consideraciones económicas; pero ignorando que las empresas y los mercados se apoyan en instituciones políticas y jurídicas, sin las cuales no pueden existir. Observación elemental no sólo para los economistas clásicos, sino también para escuelas económicas como la austríaca, la de Friburgo o la institucionalista, cuyas aportaciones resultan imprescindibles⁴.

El ordenamiento jurídico de la economía resulta imprescindible para que los agentes económicos tengan “seguridad jurídica” o certeza respecto de las reglas del juego que deben respetarse en el mercado (derechos de propiedad, contratación, responsabilidad) y puedan reducir la incertidumbre y el riesgo a las decisiones estrictamente empresariales. Una de las funciones esenciales del Estado es desarrollar la base institucional y el orden jurídico sobre los que descansa cualquier actividad humana.

3 Vid. BALDWIN Y CAVE (1999).

4 Para una exposición de las corrientes norteamericanas de análisis económico del Derecho y de la regulación, vid. MERCURO Y MEDEMA (1999).

Desde los años ochenta se han generalizado en la mayoría de los países políticas económicas que han puesto el énfasis en la reducción de la intervención del Estado sobre el funcionamiento de los mercados. Estas políticas han ido desarrollando amplios programas de liberalización de la economía, que han supuesto una transformación sustancial en cuanto a la posición y funciones del Estado. Si inicialmente se desarrollaron programas coyunturales de desintervención, mediante privatizaciones parciales o ciertas desregulaciones, a lo largo de los años noventa fueron sistematizándose programas globales de liberalización que actuaban en doble dirección: de una parte, muchos países han afrontado la privatización prácticamente total de las antiguas empresas públicas estatales; de otra parte, los procesos de desregulación han suprimido intervenciones muy importantes sobre el funcionamiento de los mercados, pero han resultado insuficientes para garantizar intereses públicos relevantes (introducción de competencia en los servicios públicos, protección de consumidores y usuarios, protección de inversores y del sistema financiero.....) por lo que ha sido y es imprescindible diseñar nuevos modelos de regulación (neorregulación).

En la década de los noventa pudo parecer que solamente la liberalización y la globalización de los mercados conduciría a una mejora generalizada de las economías. Las empresas conseguirían mayores economías de escala en mercados más grandes y se produciría por sí sola una convergencia entre los ingresos de las zonas más ricas con los de los más pobres. Desde esta perspectiva, la importancia de los Estados y de las instituciones se desvanecía según la aldea global se iba integrando y los mercados se iban unificando y la prosperidad se desarrollaba.

C) Una explicación del crecimiento económico y de la cohesión social.

Sin embargo, al entrar el siglo XXI la experiencia nos ha presentado un cuadro bas-

tante distinto. Efectivamente, la renta media mundial ha continuado creciendo, pero paradójicamente también ha aumentado la brecha que separa a los países más ricos de los más pobres. Los primeros han aumentado sus niveles de crecimiento económico y de bienestar al haber entrado, a pesar de los ciclos económicos, en el ciclo virtuoso de la estabilidad y del crecimiento económico, mientras que otros países no alcanzan a descubrir cómo romper el círculo de la pobreza o cómo entrar de manera sostenida en las vías del crecimiento económico y de una mayor cohesión social.

Por eso, como ha apuntado Scott (2001), podemos afirmar con certeza que el Estado y la política desempeñan un papel fundamental en la igualdad o en la desigualdad económica y que la suposición de que únicamente los mercados libres producirían la convergencia económica es equivocada. El papel del Estado y de las instituciones es absolutamente imprescindible. El pensamiento económico se ha centrado en la función de la estabilidad económica y del crecimiento, pero ha ignorado en muchos escenarios que las instituciones políticas y jurídicas soportan los mercados y sin ellas no pueden funcionar. La teoría económica no ha prestado suficiente atención (ni los juristas han sabido exigirla) a cuestiones políticas que son imprescindibles para afianzar y modernizar las instituciones, suponiendo incorrectamente que, única y exclusivamente, los precios y el análisis de los factores económicos fundamentales podrían asignar los recursos de manera apropiada.

La comparación entre la reciente experiencia de los diferentes países con economías en transición hacia el desarrollo y la cohesión social es interesante para valorar los efectos que ha producido una confianza exclusiva en el funcionamiento de los mercados: hoy resulta evidente que todas las economías y especialmente las economías en transición necesitan gobiernos fuertes que establezcan el orden, la seguridad, la libertad y los derechos de propie-

dad como soporte necesario del proceso de liberalización económica. Algunos países que han puesto en marcha procesos de liberalización sin garantizar las libertades públicas esenciales y los derechos de propiedad han evolucionado más hacia economías arcaicas de tipo feudal que hacia sistemas de economía de mercado. Por el contrario, los países que han intentado asentar instituciones políticas y jurídicas eficaces han conseguido avanzar de manera más eficiente en la transición hacia el desarrollo económico. El caso límite lo tendríamos en los enormes sufrimientos padecidos por la población de aquellos países cuyos Estados prácticamente se han desplomado. Estas recientes y dramáticas experiencias nos demuestran que el gobierno es una necesidad vital del hombre y de la sociedad, no un lujo. Sin un gobierno eficaz es imposible alcanzar un desarrollo sostenible, en el plano humano, económico y social⁵.

Si el método de confiar exclusivamente en los mercados para generar un crecimiento económico sostenido y equitativo, prescindiendo del gobierno y de las instituciones que sostienen los mercados, es equivocado; también resulta errónea la suposición de que el proceso de globalización ha hecho perder importancia a los Estados y a las Instituciones Internacionales y que, por lo tanto, éstas no son responsables de los destinos de sus comunidades en un proceso global. Por el contrario, la experiencia nos dice que los países que más beneficios obtienen de la integración de su economía a nivel internacional son aquellos cuyos gobiernos tienen la capacidad de prestar funciones y servicios públicos eficaces, que permiten establecer economías competitivas y sociedades cohesionadas⁶.

2. EL CONSENSO SOBRE LA NECESIDAD DE ENTES REGULADORES INDEPENDIENTES.

Resulta importante destacar el consenso entre los sistemas desarrollados respecto de la necesidad de establecer estas Comisiones para asegurar el equilibrio y el buen orden de los mercados. Seguidamente exponemos tres botones significativos de muestra.

A) El Neoinstitucionalismo norteamericano.

En la órbita del pensamiento económico norteamericano, Paul L. Joskow señala, en un reciente trabajo (2004), que la Escuela Neoclásica ignoró las instituciones legales básicas que son imprescindibles para el desarrollo de la estructura de los mercados (derechos de propiedad, contratos vinculantes, mercados de capitales operativos, sistemas de organización empresarial...); suponiendo, por otra parte, que Gobiernos benevolentes desarrollaban sus políticas, dentro de un marco de información perfecta, al servicio del interés público. Semejantes planteamientos han resultado especialmente problemáticos para los países en desarrollo, al no tener en cuenta la "idiosincrasia" propia de las instituciones sociales, políticas y económicas de cada país y cómo influyen en los procesos de creación de riqueza.

Joskow propone como matriz metodológica el esquema institucional propuesto por Williamson (2000), sobre la relación entre las instituciones sociales, culturales, políticas y económicas respecto del comportamiento económico:

En un Primer Nivel encontraríamos los Fundamentos Sociales y Culturales, en los que

5 Cfr. Banco Mundial (1997).

6 WOLF (2004).

se incluyen las instituciones informales, costumbres, tradiciones, normas morales y sociales, religión y algunos aspectos del lenguaje y de la teoría del conocimiento. Este nivel proporciona los fundamentos básicos de las instituciones de una sociedad y cambia lentamente a lo largo del tiempo, con períodos de adaptación que pueden transcurrir entre 100 y 1.000 años.

En el Segundo Nivel encontramos el Sistema Institucional Básico, es decir, “las reglas formales de juego”: la Constitución, el sistema político y los derechos humanos; los derechos de propiedad y su asignación; el sistema de leyes y tribunales que aseguran el sistema; el sistema financiero y tributario, etc. Los cambios en el sistema institucional básico se realizan durante períodos de adaptación entre 10 y 100 años.

Tercer Nivel: Instituciones Estructurales de asignación de competencias, o “el desarrollo del juego”. Una vez definidas las instituciones básicas deben articularse las estructuras que rigen las relaciones políticas y económicas: la estructura competitiva de los mercados o el esquema de relaciones comerciales sobre los productos, los servicios y el trabajo; la tipología contractual de cada sector económico; la estructura vertical y horizontal de las empresas y de los sectores y la definición de las operaciones negociadas dentro de cada empresa o a través del mercado⁷; las reglas de gobierno corporativo (Derecho de Sociedades); tipo de instituciones financieras que soportan la inversión privada y el crédito.

Cuarto Nivel: Asignación de recursos a corto plazo, esto es, las operaciones económicas diarias analizadas por la economía neoclásica. Precios, sueldos, costes, cantidades compradas y vendidas se determinan en función de las estructuras competitivas, del monopolio, oligopolio o del resto de imperfecciones neoclásicas en el análisis de los mercados.

Además de presentar esta matriz conceptual, que nos parece de extraordinaria utilidad para comprender los “procesos de regulación”; lo que interesa destacar ahora es que, para Joskow, resulta capital el avance que se ha realizado en el área de la investigación sobre la economía política positiva, cómo afectan las instituciones políticas y administrativas a los procesos productivos y viceversa, y muy especialmente la posición y funciones de las Agencias Reguladoras, que se situarían en un primer plano dentro de las instituciones públicas del Tercer Nivel.

B) Iberoamérica.

Por lo que respecta a la órbita de países iberoamericanos, podríamos destacar, como pauta común a la mayoría de los países, la creación de Entes Reguladores para afrontar los procesos de liberalización, que han conformado un nuevo modelo de regulación estatal de la economía en el que los Entes desempeñan un papel fundamental. Como significativa muestra de la generalización del proceso puede citarse el completo estudio de Floriano De Acevedo Marques Neto (2005) sobre las Agencias Reguladoras como Instrumentos de Fortalecimiento del Estado, elaborado originariamente en el marco de la Asociación Brasileña de Agencias de Regulación, pero cuya traducción al castellano y difusión a todos los países de América Latina y el Caribe ha sido impulsada por el propio Banco Interamericano de Desarrollo.

C) Unión Europea.

De manera análoga al proceso anterior, también los países de la Unión Europea comenzaron a crear Comisiones Reguladoras, desde finales de los años ochenta, para afron-

7 Vid. COASE (1994).

tar los procesos de liberalización, la necesaria separación entre reguladores y regulados (entre los que aún hoy subsisten no pocas empresas públicas en algunos países como Francia), y la debida e imprescindible especialización e independencia de los organismos reguladores. El Libro Blanco sobre la Gobernabilidad Europea (2001) destaca que la creación de entidades reguladoras independientes a nivel nacional ha puesto de relieve que cumplen algunas funciones que permiten mejorar la actuación administrativa: aportan una especialización técnica y una garantía de independencia que incrementan la credibilidad de las intervenciones públicas; pero, sobre todo, se presentan como un sujeto público claramente identificado, que ejerce una responsabilidad delimitada con mayor concreción y actúa con procedimientos más transparentes y participativos. Por su parte, el Informe SAPIR (2003) ha defendido el modelo de Autoridades Independientes tanto al propio nivel de las instituciones comunitarias, como en el nivel de los países miembros; poniendo como precedente significativo a nivel comunitario la experiencia positiva del Banco Europeo de Inversiones y del Banco Central Europeo, dotado este último de autonomía por el Tratado de la Unión Europea de 1992 y pieza esencial del proceso de unión económica y monetaria europea.

3. PRINCIPALES CRÍTICAS AL MODELO DE COMISIONES REGULADORAS INDEPENDIENTES.

Uno de los elementos casi unánimemente admitidos en los procesos de liberalización ha consistido en el establecimiento de Entes, Comisiones o Agencias, más o menos independientes del Gobierno, a las que se han atribuido poderes de supervisión, regulación o control o sobre un determinado sector económico (mercados bursátiles y financieros, energía, telecomunicaciones, etc.) o respecto de la defensa de la competencia. Ahora bien, en muchos casos, las competencias atribuidas inicialmen-

te al crearse estos Entes Reguladores han sido ciertamente limitadas pues han pesado las críticas formuladas ya desde los años cincuenta contra su posición y funcionamiento en los Estados Unidos. Veamos los aspectos principales de estas críticas.

A) Los problemas de información de los reguladores.

Uno de los problemas capitales de la teoría de la regulación consiste en que el regulador arranca con una carencia absoluta de información sobre los datos técnicos, económicos y sociales respecto de las actividades que pretende regular. En determinados casos las potestades administrativas permiten obtener informaciones relevantes mediante la colaboración entre el sector público y el sector privado. Sin embargo, cuando se pretende que el regulador disponga de toda la información relevante de un mercado, el fallo puede ser estrechísimo.

Este aspecto ha sido abordado por Hayek (1990) en sus explicaciones sobre las características limitadas del conocimiento humano. La suposición de que la regulación o las políticas públicas pueden utilizarse para dirigir los mercados se enfrenta a una imposibilidad manifiesta: "La ficción de que todos los hechos relevantes pueden ser conocidos para alguna mente y que es posible construir desde este conocimiento el orden social que se considera deseable". El arsenal centralizado de información disponible para los reguladores jamás podría replicar la información fragmentaria, dinámica, dispersa y opaca que se oculta en cada uno de los individuos que actúan en la sociedad y en los mercados persiguiendo sus propios intereses y objetivos; por eso la información disponible para los reguladores jamás podrá ser suficiente para anticipar en su conjunto la variedad de circunstancias y necesidades que serían necesarias para atender las necesidades de la sociedad y de los mercados.

Este problema sobre el carácter limitado de la información disponible para los reguladores lleva a un fallo del gobierno en aquellos casos en que las políticas públicas pretenden que la regulación replique al propio mercado en su conjunto, a través de técnicas como la planificación económica centralizada y coactiva o a través de la gestión de empresas públicas que actúen en régimen de monopolio y sin competencia, evitando, por tanto, la formación de precios y la asignación eficiente de recursos.

Sin embargo, las Comisiones Reguladoras no pretenden dirigir el mercado, replicar el propio mercado o el orden de la competencia. Por el contrario, su finalidad principal consiste precisamente en incentivar y promover la competencia para desarrollar auténticos mercados en sectores que, con frecuencia, habían funcionado hasta el presente como monopolios. Por lo tanto, no necesitan “toda la información” sobre un sector económico, sino aquella información que es relevante y significativa para corregir disfunciones y promover el equilibrio entre los distintos intereses afectados. Todo ello, en función de cuáles sean las específicas potestades a ejercer: inspección, supervisión y sanción; regulación; adjudicación de licencias, etc.

B) La captura del regulador.

Una de las teorías que más han atacado los fallos del gobierno es la posibilidad de que los reguladores sean capturados precisamente por los grupos de interés a los que deben regular. Desde una perspectiva más amplia y quizá más actual, el riesgo no es sólo de captura por los intereses regulados, sino de manipulación por los intereses políticos respecto de los cuales se espera que los reguladores sean independientes y establezcan medidas que persigan objetivos técnicos y no sucumban a considera-

ciones o intereses políticos partidistas y coyunturales. En cualquier caso, en el planteamiento tradicional de las teorías de la captura del regulador, éstas se centran en la experiencia sobre las dificultades de las Agencias para alcanzar las metas de interés público, al comprobarse que en determinados casos los reguladores pueden sucumbir a la presión, a la influencia o incluso a la corrupción de los grupos de interés que se supone que están sometidos a su regulación.

De acuerdo con las explicaciones más difundidas, las Agencias suelen desarrollar un “ciclo vital” como respuesta al ambiente político en el que deben desarrollar su vida y obtener su propio régimen presupuestario y estatutario⁸.

En un primer momento, cuando se establece una Comisión Reguladora atrae la atención pública y los reguladores suelen actuar con rigor; pero cuando pasa el tiempo y esa atención se desvía hacia otras cuestiones, el apoyo público flaquea y pueden comenzar a plantearse problemas de asignación presupuestaria o de asignación de las potestades públicas necesarias para alcanzar sus funciones. En estos momentos la Comisión Reguladora se hará cada vez más vulnerable a la dominación o manipulación por los intereses que pretende regular. Efectivamente, la captura puede producirse a través de diferentes métodos existentes para influir en las políticas de la Comisión Reguladora: aquí nos encontramos otra vez con los problemas de información puesto que los datos imprescindibles para que la Agencia pueda actuar sólo los podrá obtener en muchos casos de las empresas a las que regula. En otros casos, la falta de experiencia y especialización puede significar que la Comisión Reguladora tenga que reclutar a su personal de manera casi exclusiva entre personas que han trabajado para las empresas reguladas y cuya mentalidad no

es fácil que cambie de un día para otro. De otra parte, tampoco es infrecuente que las empresas o grupos regulados amenacen al regulador con apelaciones, recursos y procesos que pueden llegar a enormes pérdidas de tiempo o a manipulaciones que pudieran conducir a un desprestigio de la comisión si ésta no acierta a encontrar las vías satisfactorias de “cooperación”.

4. GARANTÍAS DE FORTALEZA DE LOS ENTES REGULADORES.

Más allá de las críticas que pueden realizarse a las Comisiones Reguladoras, exactamente igual que respecto de cualquier otra institución humana contingente y perfectible; la experiencia y los estudios científicos han ido decantando una serie de salvaguardias que protegen a los Entes Reguladores frente a las principales amenazas que les acechan.

A) Autoridad e independencia.

La primera condición que debe reunir el regulador es que tenga suficiente autoridad. Para cumplir su objetivo de promover un ambiente competitivo, el regulador tiene que ser investido con el poder necesario. El marco legal que establece y controla la actuación de las compañías es muy importante y determina la eficacia y eficiencia del proceso regulador: las reglas del juego deben ser iguales para todos y debe estar prohibido otorgar exenciones o privilegios. Cuanto más clara sea la autoridad del regulador, es menor la posibilidad de que éste sea “capturado” por poderes externos.

Desde una perspectiva general, las dos razones principales que se señalan para que se produzca la captura del regulador son: una autoridad reguladora con insuficientes potestades y la asimetría de la información. La primera es evidente, pues permite al Gobierno “manipular-politizar” la regulación, por ejem-

plo, a través de las tarifas⁹. La segunda es un fenómeno común en todas las jurisdicciones reguladoras, especialmente en aquellas que operan sobre una base prospectiva, por ejemplo, cuando deben aprobar tarifas de servicios públicos para el próximo año. La entidad regulada controla la información que suministra al regulador y le da la mínima posible. Es muy importante que el regulador tenga los poderes necesarios para obligar a las entidades reguladas a suministrar toda la información necesaria. En cualquier caso, la imposibilidad de determinar resultados eficientes similares a los que determinaría el mercado es el mejor motivo para que, siempre que ello sea posible, se introduzca competencia como forma de determinar los precios, en vez de que éstos sean fijados por el regulador.

En segundo lugar, y como se ha destacado ampliamente en los Libros Blancos y Directivas Comunitarias sobre los Servicios de Interés Económico General, tiene que existir una relación de separación e independencia entre las autoridades públicas y las compañías reguladas, entre reguladores y regulados. Es un requisito imprescindible. Y también es necesario para garantizar la imparcialidad del regulador. En la mayoría de sus actividades, el regulador desempeña el papel de un árbitro. Los intereses de las compañías reguladas tienen que ser equilibrados con los intereses de los consumidores y de otras partes interesadas, tales como las instituciones financieras, los accionistas, los suministradores, los grupos ecologistas, etc. Las regulaciones y las decisiones tienen que ser equitativas, imparciales y bien motivadas y documentadas. Si esto se produce de esta forma es mucho más fácil que las decisiones del regulador sean aceptadas por el público y por las partes interesadas, evitando largas y costosas batallas legales.

En cualquier caso, la importancia trascendental de la independencia del regulador

ha llevado a destacar la necesidad de que, junto a la correcta asignación de competencias a las Comisiones Reguladoras sectoriales (Energía, Telecomunicaciones, Mercado de Valores, Sistema Financiero, etc.), se preste la máxima atención a dotar de competencia y medios adecuados a los Organismos de Defensa de la Competencia que, por definición, siempre quedarán más alejados de los intereses de las empresas reguladas y del riesgo de captura consciente o inconsciente¹⁰.

B) Transparencia y participación.

Es otro ingrediente necesario para que el proceso regulador tenga éxito. Tiene dos aspectos: la transparencia de la información (contabilidad, datos, grupos de interés y posición en el proceso regulador) y la transparencia del proceso regulador. La transparencia de la contabilidad es un elemento muy importante en la escena de la regulación norteamericana. Los reguladores, tanto a nivel estatal como federal, no solamente han creado una larga tradición de transparencia de la contabilidad, sino que también han trabajado junto con la industria y han introducido un sistema uniforme de contabilidad, que clasifica todos los datos de las compañías con arreglo a un sistema común. Esto tiende a simplificar el proceso de completar y publicar los datos de la contabilidad.

La transparencia de los expedientes, relativa a la posición defendida por los distintos grupos de interés, resulta imprescindible para valorar el equilibrio de las decisiones finalmente adoptadas por el regulador, en las que se debe satisfacer la proporcionalidad entre los intereses en conflicto y la proporcionalidad de los medios elegidos respecto del fin perseguido.

En lo que se refiere al proceso regulador, otra vez el mejor ejemplo de transparencia y de participación viene de Estados Unidos, donde

existe una larga tradición de audiencias públicas, escritas u orales (apoyadas en la Ley de Procedimiento Administrativo de 1946), que permiten a los ciudadanos, a las asociaciones de consumidores y a todos los grupos de intereses en presencia manifestar sus opiniones y sus intereses ante los reguladores, en un proceso cuasijudicial, y a intentar influir de forma legítima y razonada en las decisiones de los reguladores sobre una base de pruebas y testimonios.

Transparencia y participación contribuyen significativamente a reducir la asimetría de la información, mejorando la calidad y la equidad del proceso regulador y reduciendo la probabilidad de que el regulador sea capturado. La transparencia en términos económicos también contribuye en gran medida a aumentar la eficiencia de los mercados. En este sentido, la transparencia que debe haber en el proceso de regulación económica coincide con la exigida por los reguladores de los mercados financieros.

C) Imparcialidad.

El tercer elemento esencial para la eficiencia y efectividad de la regulación es la capacidad del regulador de ser equitativo, tanto para los vendedores como para los compradores y otras partes interesadas. Una responsabilidad fundamental del regulador es establecer tarifas justas y razonables, y es importante que estas tarifas sean aceptables para los vendedores y para los consumidores de bienes y servicios. Las decisiones reguladoras coactivas, cuando son mal comprendidas o insuficientemente motivadas o justificadas, tanto si conciernen a las tarifas o a otros aspectos de la regulación (condiciones de acceso de terceros a redes, barreras de entrada, procedimientos de autorización, etc.) reducen la credibilidad del regulador, minan su autoridad y tienen como resultado largas batallas legales. El regulador no sólo

10 Vid. ORDOVER y PITTMAN (1994), FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (1995).

debe ser imparcial, sino que también debe ser considerado imparcial por el público.

II. BIBLIOGRAFÍA

- ARIÑO, Gaspar (2004), "Principios de Derecho Público Económico", 3ª edición, Comares, Granada.
- BALDWIN, Robert y CAVE, Martin (1999), "Understanding Regulation", Oxford University Press.
- BANCO MUNDIAL (1997), "El Estado en un mundo en transformación", Washington D.C.
- BERNSTEIN, Marver H. (1955), "Regulating Business by Independent Commissions", Princeton University Press.
- COASE, Ronald H. (1994), "La Empresa, el Mercado y la Ley", Alianza Ed. Madrid.
- COMISIÓN EUROPEA (2001), "Libro Blanco sobre la Gobernabilidad Europea", Bruselas.
- CRUZ FERRER, Juan De la (2002), "Principios de regulación económica en la Unión Europea.", Instituto de Estudios Económicos. Madrid.
- DE ACEVEDO MARQUES NETO, Floriano (2005), "Agencias Reguladoras. Instrumentos de Fortalecimiento del Estado. Asociación Brasileña de Agencias de Regulación", Banco Interamericano de Desarrollo.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, Miguel Ángel (1995), "Ideas para una aplicación más eficiente del Derecho de la Competencia en España. Estudio preliminar al libro de CASES PALLARES", Alianza Editorial, Madrid.
- HAYEK, F. (1990), "La fatal arrogancia", Unión Editorial, Madrid.
- JOSKOW, Paul L. (2004), "New Institutional Economics: A Report Card". Working Paper, Massachusetts Institute of Technology.
- KUHN Y REGIBEAU (1998), "¿Ha llegado la competencia? Un análisis económico de la reforma de la regulación del sector eléctrico en España, CSIC.
- MERCURO, Nicholas y MEDEMA, Steven G. (1999), "Economics and the Law. From Posner to Post-Modernism", Princeton University Press.
- NORTH, Douglass C. (1999), "Understanding the Process of Economic Change". Institute of Economic Affairs, Londres.
- OGUS, Anthony I. (1994), "Regulation. Legal Form and Economic Theory", Clarendon Press, Oxford.
- ORDOVER y PITTMAN (1994), "Política de competencia para monopolios naturales en economías en transición hacia el mercado". Información Comercial Española 736.
- SAPIR, André et al. (2003), "An Agenda for a Growing Europe". Report of An Independent High-Level Study Group established on the initiative of the President of the European Commission, Bruselas.
- SCOTT, Bruce R. (2001), The Great Divide in the Global Village. Foreign Affairs 80/1.
- WILLIAMSON, Oliver E. (2000), "The New Institutional Economics: Taking Stock, Looking Ahead". Journal of Economic Literature 38.
- WOLF, Martin (2004), Why Globalization Works. Yale University Press. New Haven.