

ANALIZANDO EL FRACASO EN LA REGULACIÓN: SOBRE MALAS COMBINACIONES, ALTERNATIVAS MENOS RESTRICTIVAS Y REFORMA*

Stephen G. Breyer** ***

Considerado uno de los artículos clásicos del Derecho Regulatorio, este trabajo nos ofrece un análisis global tanto acerca de los escenarios en los que resulta más conveniente mantener un espacio no regulado antes que introducir medidas gubernamentales, como supuestos en los que resulta apropiado modificar el tipo de regulación existente, mostrando las justificaciones y alternativas a la regulación.

Recomendamos de manera especial la lectura del presente artículo puesto que establece un marco teórico ordenado y útil para evaluar la eficiencia de potenciales reformas regulatorias y puede servir de introducción al resto del contenido del número, por la cantidad de temas que abarca (es ilustrativo de este punto el hecho de que se toquen temas como la “nacionalización” y el “control de rentas”, entre otros).

* El presente artículo fue publicado originalmente en Harvard Law Review 92, 1979, bajo el título “Analyzing regulatory failure: mismatches, less restrictive alternatives and reform”. Agradecemos a Harvard Law Review por la autorización concedida para la publicación de este artículo. La traducción fue realizada por Jimena Aliaga Gamarra, miembro de la comisión de Contenido de THEMIS, bajo la supervisión del doctor Eduardo Quintana Sánchez, Master en Regulación de Servicios Públicos, London School of Economics; profesor de la Especialidad de Servicios Públicos de la Maestría de Derecho de la Empresa de la PUCP y de la Facultad de Derecho de la UPC; y asociado Senior del estudio Ferrero, Lema, Solari & Santiviáñez. Extendemos un especial agradecimiento a los doctores Carlos J. Zelada y Mario Reggiardo Saavedra por su valiosa colaboración.

** Al escribir este artículo Stephen G. Breyer era profesor de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard. AB, Stanford, 1959. B.A., Oxford, 1961. Harvard, 1964. Desde 1994 hasta la fecha, Stephen G. Breyer se desempeña como Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América.

*** El autor agradece el apoyo en esta investigación de la American Bar Association, the Health Resources Administration of the Department of Health, Education and Welfare y Ford Foundation. También se utilizó para este artículo un boceto utilizado por la comisión de Derecho y Economía de la American Bar Association en su reporte: Roads to Reform, capítulos 3 y 4. 1978.

Las propuestas de “reforma” para la regulación gubernamental tienden a agruparse en cuatro categorías. Algunos recomiendan cambios en la estructura de la agencia reguladora, como reemplazar su dirección por un cuerpo colegiado convirtiéndola en unipersonal¹. Otros sugieren que se mejoren los procedimientos que siguen las agencias². Otros buscan mejorar las calificaciones de quienes son designados para ocupar los cargos³. Un grupo final de propuestas recomienda que se hagan cambios en la regulación sustantiva como, por ejemplo, desregular las líneas aéreas⁴ o grabar con impuestos a los productores de gas natural en vez de regularlos⁵.

Las propuestas de los tres primeros tipos son generalmente inadecuadas o incapaces de producir por sí mismas un cambio significativo en los efectos que tiene la regulación sobre las empresas reguladas. Caso contrario es el de las propuestas que se ubican dentro del cuarto grupo –que plantean cambios importantes y sustanciales en la regulación– y que pueden resultar en cambios significativos. Sin embargo, tales propuestas son difíciles de formular debido a la necesidad de conocimiento especializado sobre las industrias reguladas y sobre los efectos que un sistema regulatorio en particular pueda tener sobre ellas.

Este artículo se centra en dar propuestas del cuarto tipo. Busca ayudar a formular y desarrollar propuestas de cambio de carácter sustantivo al ofrecer un marco conceptual de análisis de la regulación económica. Este marco conceptual está diseñado para identificar las áreas regulatorias existentes que requieran particularmente de una reforma; también busca ayudar a legisladores y administradores a decidir si deberían diseñar nuevos programas regulatorios o confiar en sistemas de regulación alternativos a los tradicionales. El marco conceptual está construido sobre la base de un simple axioma para la creación e implementación de cualquier programa: determinar los objetivos, examinar los métodos alternativos para obtener tales objetivos, y elegir el mejor método para hacerlo. En materia regulatoria, muchos factores causan que este axioma sea cumplido solamente en parte.

Primero, aunque los defectos del libre mercado son ampliamente conocidos, no se cuenta con una identificación sistemática de los problemas típicos que van de la mano con las formas clásicas de regulación⁶. Asimismo, las alternativas potenciales frente a la regulación clásica, como por ejemplo las medidas tributarias, tampoco son exploradas minuciosamente⁷. Existen muchos argumentos en favor de que la regulación gubernamental asuma que la regulación al menos en principio es la solución óptima para cualquier problema que se perciba en mercados no regulados⁸. No obstante, la regulación contiene sus propios defectos típicos. Uno de los objetivos de este artículo es presentar estos defectos de forma sistemática de tal manera que sea más fácil para los legisladores, administradores y otros combinar los objetivos de regulación con los sistemas regulatorios.

Segundo, el éxito o el fracaso de los programas regulatorios específicos parece depender de tantos factores –históricos, políticos, administrativos, económicos– que cualquier análisis que no tome en cuenta todos ellos parece incompleto, mientras que uno que incluya todos esos factores hace que cada programa parezca único descartando el análisis o la evaluación a la luz de la experiencia ganada en la regulación de otras materias o lugares. De esta forma, los creadores de políticas públicas encuentran difícil aprender de la experiencia lograda en otras áreas. Este artículo sugiere, sin embargo, que no se requiere considerar todos los factores desde la partida. Por el contrario, debería analizarse comparativamente los méritos de cada método regulatorio alternativo en función de las razones que explican la decisión de aplicar un programa regulatorio y recién allí introducir consideraciones históricas, políticas, procedimentales o administrativas para verificar si modifican –y de ser así cómo lo hacen– el juicio del analista sobre el método más apropiado. Muy frecuentemente no lo modifican.

El principal objetivo de este artículo es presentar un marco conceptual inicial para el análisis de la regulación económica. La exploración de los detalles más finos

¹ LANDIS, James M. “Report on Regulatory Agencies to the President-Elect”, conocido también como “Chairman of the Subcommittee on Administrative Practice and Procedure of the Senate Committee”. En la magistratura, 86avo Congreso, sesión 2. 1960.

² Por ejemplo, II-V Senate Committee on Governmental Affairs. 95avo Congreso, sesión 1. 1977.

³ Por ejemplo, “Study on Federal Regulation. Senate Committee on Government Operations”. 95avo Congreso, sesión 1. 1977.

⁴ STAFF OF THE SENATE SUBCOMMITTEE ON ADMINISTRATIVE PRACTICE AND PROCEDURE OF THE COMMITTEE ON THE JUDICIARY. “Report on Civil Aeronautics Board Practices and Procedures”. 94avo Congreso, sesión 1. 1975. Este reporte también es conocido como el Repore Kennedy, ya que el Senador Kennedy fue el presidente de este subcomité (en adelante, “CAB REPORT”).

⁵ BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. “The Natural Gas Shortage and the Regulation of Natural Gas Producers”. En: Harvard Law Review 86. 1973. p. 941.

⁶ Para un listado de fallas del mercado véase: BATOR, Francis. “The Anatomy of Market Failure”. En: Q.J. Economic 72. 1958. p. 351. Para una lista comprensiva de regulación económica, ver: KAHN, Alfred. “The Economics of Regulation”. 1970-1971.

⁷ No obstante, para hacer una revisión de los esfuerzos para hacerlo ver: FRIEDLANDER, Ann y John Due. “Government Finance”. Sexta edición. 1977. pp. 67-75; KNEESE, Allen y Charles SCHULTZE. “Pollution, Prices and Public Policy”. 1975. pp. 85-111; COX, Archibald y John DUNLOP. “Regulation of Collective Bargaining by the National Labor Relations Board”. En: Harvard Law Review 63. 1950. p. 389.

⁸ DOUGLAS. “The Case for the Consumer of Natural Gas”. En: Georgetown Law Journal 44. 1956. p. 566; KAHN, Alfred. “Economic Issues in Regulating the Field Price of Natural Gas”. En: AM Economic Review 50. 1960. p. 506.

de este marco conceptual se deja para un trabajo posterior⁹. Este marco conceptual consiste en tres partes básicas. Primero se describirán los defectos del mercado que típicamente dan lugar a que se plantee la necesidad de regulación. Luego se discutirán distintas fórmulas de regulación clásica junto con los problemas más graves que trata de resolver cada una de ellas. Por último, se listarán algunos regímenes alternativos que pueden utilizarse en ciertos casos con mayor éxito que la regulación clásica.

La segunda parte del artículo ilustrará el marco conceptual y explorará algunos de sus detalles e implicancias al aplicarlo a varios programas regulatorios. Cada uno de estos breves "estudios de casos" derivará en algunas conclusiones generales respecto de la combinación, o la mala combinación, entre objetivos y medios regulatorios. Sin embargo, el marco conceptual y las reglas generales que fluyen del mismo sirven sólo para identificar algunos "candidatos" para la reforma regulatoria. Antes de llegar a una decisión final sobre un programa regulatorio específico, es necesario explorar en detalle todos los beneficios y perjuicios de la regulación o desregulación, así como las justificaciones para cualquiera de ellas.

El proceso a través del cual se introduce la reforma es de carácter político, y precisamente por eso la tercera parte de este artículo describirá brevemente cómo puede procederse con un "candidato" para determinar qué tipo de reforma es deseable y cómo lograrla.

I. EL MARCO CONCEPTUAL PARA EL ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN ECONÓMICA

El marco conceptual para el análisis propuesto en este artículo asume que un mercado no regulado es la norma y que aquellos que abogan por la intervención del gobierno deben justificarla demostrando que es necesaria para lograr un objetivo público importante que un mercado no regulado no puede lograr. Este presupuesto y el tradicional análisis de "fallas de mercado" que trae consigo se justifican algunas veces apelando a valores sociales como la libertad de acción individual y la reducción de la coerción gubernamental. La justificación de dicho presupuesto se sustenta aquí

en su capacidad de generar probadamente resultados deseables, identificando problemas regulatorios, prediciendo fallas regulatorias, y sugiriendo alternativas. Dado que el presupuesto de que el mercado no regulado es la norma no reposa sobre la adopción de un conjunto particular de valores, el análisis llevará a conclusiones y propuestas que pueden ser aceptadas por personas de un amplio rango de valores y creencias políticas.

Por supuesto que las ventajas propias de un mercado competitivo funcionado correctamente también ayudan a sostener una presunción en favor de un sistema de libre mercado. Estas ventajas han sido identificadas tradicionalmente como la tendencia del mercado a minimizar la pérdida económica al permitir que consumidores y productores lleven a cabo un continuo balance individual de costos y beneficios, el incentivo denominado de "zanahoria y garrote" que el mercado provee para una mayor eficiencia en la producción, y los incentivos que provee para la innovación y la canalización de estas innovaciones en las direcciones socialmente deseadas¹⁰.

Al lograr estos fines, los mercados competitivos reducen la necesidad de recolección centralizada de la información¹¹. Sus señales de precios permiten a los productores y consumidores adaptarse rápidamente al cambio. Y la impersonalidad del proceso de toma de decisiones en los mercados competitivos impide que los afectados en el proceso (debido, por ejemplo, a que sus bienes ya no son demandados)¹² obstruyan el cambio. A estas ventajas debe añadirse una tendencia del mercado competitivo a descentralizar el poder y a tomar decisiones que son "justas" en el sentido de ser impersonales¹³. Finalmente, como Charles Schultze ha anotado, "las relaciones en el mercado son una forma de arreglo de consenso unánime (...) (que minimiza) la necesidad de coerción como medio de organizar la sociedad"¹⁴.

El acercamiento normativo a la regulación que este artículo adopta obviamente difiere marcadamente de los análisis de aquellos que argumentan que al ser un hecho histórico, o de realidad política presente, la regulación es, o fue, diseñada para fomentar los intereses privados de grupos especiales¹⁵. El marco conceptual utilizado aquí se centra no en las causas

⁹ Este artículo básicamente resume un libro que el autor está escribiendo en estos momentos.

¹⁰ Véase en general: SCHULTZE, Charles. "The Public use of Private Interest" 1977. pp. 16-27.

¹¹ Ibid. pp. 19-21.

¹² Ibid. pp. 21-25.

¹³ Ver: KAYSSEN, Carl y Donald TURNER. "Antitrust Policy: An Economic and Legal Analysis". 1959.

¹⁴ SCHULTZE, Charles. Op Cit. pp. 16-17.

¹⁵ Ver por ejemplo: KOLKO, Gabriel. "Railroads and Regulation". 1965. pp. 1877-1916; PELTZMAN, Sam. "Toward a More General Theory of Regulation". En: Economic Journal Law 19. 1976. p. 211; STIGLER, George. "The Theory of Economic Regulation". En: Bell Journal of Economics and Management Science 2. 1971. p. 3.

sino en las justificaciones para la regulación. Asume, por las razones mencionadas líneas arriba, que la regulación sólo se justifica si logra a un costo no tan elevado los objetivos de política que un consenso de observadores racionales consideraría de interés público. Incluso si la creación (o administración) de los programas existentes se explica mejor por el poder político de grupos especiales que buscan fines egoístas –lo que es dudoso al menos en algunos casos¹⁶– aquellos que busquen justificar tales programas deben apelar al menos al “interés público”. Legisladores, administradores, jueces, críticos, reformadores, y el público en general desean saber si es que los programas regulatorios están justificados. Por ello, el enfoque elegido aquí es útil y sirve como guía de implementación y reforma sin tener en cuenta la validez de otras explicaciones sobre el origen de la regulación.

Este marco conceptual puede aplicar a la regulación económica concebida ampliamente como los esfuerzos gubernamentales para controlar o afectar las decisiones de las empresas respecto del precio, cantidad ofertada, calidad del producto, o los procesos de producción. Esta regulación incluye tanto la regulación tradicional de precios y entrada, así como esfuerzos más recientes para regular la salud, la seguridad y el ambiente.

A. Justificaciones típicas para la regulación

Las justificaciones más importantes para la regulación gubernamental de la economía están bien descritas como manifestaciones de fallas de mercado clásicas¹⁷. La mayoría de los defectos del mercado que dan lugar a que se acuda a la regulación pueden ser clasificados del siguiente modo:

1. Control de monopolios

La racionalidad tradicional y persistente para la regulación del precio y las utilidades se basa en la necesidad de controlar el ejercicio de poder de un “monopolio natural”¹⁸. Cuando las economías de escala son tan grandes que hacen ineficiente que más de una empresa ofrezca un producto, la empresa existente incrementará sus utilidades si no es regulada, restringiendo la oferta e

incrementando los precios más allá de los precios competitivos si tiene libertad para hacerlo. En parte, tal regulación busca lograr eficiencia distributiva¹⁹. En tanto los precios de una amplia gama de productos se establezcan en un nivel “competitivo”²⁰, reflejarán correctamente los costos comparativos en términos de los recursos usados realmente. No obstante, si se establecen precios monopólicos altos los consumidores tenderán a sustituir el producto del monopolio por una segunda opción cuya producción, en términos de recursos realmente utilizados, puede ser más costosa para la economía. Que este objetivo distributivo pueda lograrse mediante la regulación de precios cobrados es discutible. El hecho de que el precio regulado se establezca lo suficientemente alto como para cubrir los costos fijos del monopolio natural lo hace automáticamente más elevado que el precio basado en el costo incremental que generaría la eficiencia distributiva²¹. Más aún, algunos podrían argumentar que en ausencia de regulación, los monopolios naturales establecerían precios que, a través de la discriminación de precios entre los consumidores, son distributivamente más eficientes²².

Sin embargo, mientras se crea que sin regulación la empresa incrementará los precios sustancialmente, se puede argumentar razonablemente que los precios regulados ayudarán a lograr la eficiencia distributiva. Más aún, aquí la racionalidad de la regulación no solo se sustenta en el deseo de eficiencia distributiva, sino también sobre otras justificaciones como la necesidad de asegurar una distribución de ingresos más justa y la desconfianza frente al poder social y político (así como económico) del monopolio natural no regulado.

2. Control de las rentas

Los incrementos súbitos de precios pueden permitir a quienes comercian alguna mercancía tener una utilidad inesperada, un tipo de “renta” económica. Por ejemplo, los propietarios de grandes cantidades almacenadas de petróleo ganaron rentas enormes cuando los árabes elevaron el precio del nuevo petróleo; asimismo, los propietarios del antiguo gas natural obtuvieron rentas cuando los costos de encontrar nuevo

¹⁶ Por ejemplo, esta no es una verdadera industria. Ver: CAB REPORT. Nota 4, *supra*. pp. 31-35.

¹⁷ Ver, por ejemplo: MISHAN, Ezra. “Economics for Social Decisions”. 1975. pp. 85-111. Allí se señala que las externalidades son un tipo de falla del mercado clásica; BATOR, Francis. Nota 6, *supra*.

¹⁸ Ver: POSNER, Richard. “Economic Analysis of Law”. 1973. pp. 49-139; 65-163; 69-268.

¹⁹ Ver: KAHN, Alfred. Nota 8, *supra*. pp. 65-70.

²⁰ El “precio competitivo” puede definirse a grandes rasgos como el precio que se establecería si la industria fuera capaz de mantenerse en competencia. La ambigüedad de esta definición responde en parte a algunas de las dificultades que enfrenta la regulación clásica.

²¹ El argumento clásico de “eficiencia distributiva” depende de que los precios sean iguales a los “costos marginales” en la economía. Las muchas violaciones de esta regla en numerosos mercados hacen difícil determinar cuán beneficioso puede ser acercar los precios hacia los costos marginales, en unos casos, o hacia los incrementales, en otros. De cualquier forma, debe resaltarse que los monopolios naturales, debido a su alta inversión fija, tienden a tener costos estándares que son más altos que sus costos marginales. Los precios regulados deben ser fijados de modo que permitan recuperar los costos estándares, lo cual viola inevitablemente el principio de precio igual a costo marginal.

²² POSNER, Richard. “Natural Monopoly and its Regulation”. Stanford Law Review 21. 1969. pp. 73; 548-569.

gas subieron²³; y los dueños de viviendas existentes obtienen rentas cuando los costos de construcción se elevan más rápido que otros costos. Las rentas existen en toda la economía, tanto en industrias competitivas como no competitivas. Cualquier empresa que encuentre un proceso de producción más eficiente, un proveedor inusualmente más barato, que con suerte adquiere maquinaria cuando la misma está más barata, o que tiene administradores inusualmente más efectivos –pero que no puede expandirse lo suficiente como para satisfacer la demanda de toda la industria– obtendrá una renta. Por lo general, las rentas no son reguladas, pero cuando son elevadas y no reflejan ningún talento o habilidad particular de parte de los productores, algunas veces se propugna su regulación²⁴. El objeto de la regulación es transferir esas “utilidades inesperadas no merecidas” de los productores o propietarios de los recursos escasos a los consumidores o contribuyentes.

3. Corrigiendo efectos colaterales

La regulación se justifica frecuentemente por la necesidad de compensar el hecho de que el precio de un producto no refleje los principales costos que su producción o uso imponen a la economía²⁵. El precio del acero no refleja el efecto secundario o costos externos que impone en forma de contaminación del aire, que daña o molesta a aquellos que viven cerca de la planta de producción. Como resultado, se demandará más acero del recomendado dados los efectos colaterales adversos que se derivan de su producción.

Es claro que el daño que causa la contaminación resulta de la combinación del proceso de producción de la compañía de acero y de vivir cerca de la planta. Y aunque el costo de la contaminación no se refleja en el primero, podría reflejarse adecuadamente en el segundo, pues quienes se mudan cerca de una fábrica saben que toser es el precio que deben pagar²⁶. Entonces la regulación debe descansar en la idea de que el costo extra de producción, por ejemplo, el costo de depuradores de aire, se valida por la reducción del daño por contaminación. Esto refleja la creencia de

que los usuarios de acero y los afectados por la contaminación aceptarán pagar para reducir la contaminación si pudiesen negociar entre ellos. La regulación por la presencia de costos por efectos colaterales puede ser vista como una forma de corregir la dificultad de negociación entre las partes involucradas²⁷.

4. Corrigiendo información inadecuada

Para que los mercados competitivos funcionen bien los consumidores deben tener información suficiente para evaluar los productos en competencia. Esta información es en sí misma una mercancía, cuya provisión reflejará costos y demanda. La regulación gubernamental está diseñada a veces para suplir la información inadecuada que se brinda al consumidor o para reducir los costos de obtención de información adecuada para el consumidor²⁸.

En particular, la acción del gobierno será necesaria cuando los proveedores busquen engañar a los consumidores deliberadamente y resulte costoso o poco práctico que el consumidor utilice los mecanismos de mercado existentes para evitar tal engaño; cuando los consumidores no pueden evaluar rápidamente la información disponible, como las habilidades comparativas de los doctores o los abogados o la potencial efectividad de las medicinas²⁹ o cuando el mercado, por el lado de los proveedores, es insuficientemente competitivo para proveer toda la información requerida. En estas instancias el gobierno busca proveer o requiere más o mejor información o, a través de regulación sustantiva, suple la falta de la misma.

5. Competencia excesiva

Una justificación comúnmente propuesta para la regulación de aerolíneas, camiones y barcos es la necesidad de controlar la “competencia excesiva”³⁰. En realidad esta noción se refiere a distintas justificaciones, las cuales asumen que si los precios se reducen demasiado, las empresas saldrán del negocio, y los productos terminarán siendo demasiado costosos.

²³ Véase: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5, *supra*. p. 950.

²⁴ Véase, por ejemplo: DOUGLAS. Op. Cit. También ver: “A Proposed Response to the Energy Crisis: Windfall Profits Taxation”. En: Notre Dame Law 49. 1974. p. 867.

²⁵ Ver: MISHAN, Ezra. Nota 17, *supra*. pp. 93-95.

²⁶ *Ibid.* p. 94. También ver: COASE, Ronald. “The Problem of Social Cost”. En: Economic Journal Law 3. 1960. pp. 11-12.

²⁷ Véase en general: CALABRESI, Guido. “The Costs of Accidents: A Legal and Economic Analysis”. 1970; CALABRESI, Guido. “Optimal Deterrence and Accidents”. En: Yale Law Journal 84. 1975. p. 656; CALABRESI, Guido y Dan MELAMED. “Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral”. En: Harvard Law Review 85. 1972. p. 1089; COASE, Ronald. Nota 26, *supra*.

²⁸ Véase, por ejemplo: 15 United States Code 1681-1681t (1976) (obligación de informar con precisión sobre los créditos en defensa del consumidor).

²⁹ Véase: *Bates versus State Bar* 433 U.S. 350, 373-75 (1977); *Virginia State Board of Pharmacy versus Virginia Citizens Consumer Council Inc.* 425 U.S. 748, 769-70 (1976).

³⁰ Ver: KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. pp. 172-250.

Este grupo particular de justificaciones es una “caja sin contenido” pues no existe un programa regulatorio que pueda justificarse en referencia a ellas. El análisis de los diferentes problemas a los que esta propuesta de regulación se refiere nos hace ver claramente cuán vacía está la caja.

Este planteamiento puede referirse a un problema histórico. Por ejemplo, cuando las aerolíneas inicialmente recibieron grandes subsidios del gobierno (desde 1920 a 1950) tuvieron incentivos para bajar los precios muy por debajo de los costos para incrementar su tamaño mientras que compensaban las pérdidas adicionales a través de subsidios adicionales³¹. Dado que el problema fue causado por la intervención del propio gobierno (a través de los subsidios), requería una intervención adicional para contrarrestarlo³². De forma similar, la regulación de precios mínimos para las compañías de camiones respondió históricamente a los reclamos de las transportistas por tren que señalaban que era “injusto” que ellas estuvieran reguladas mientras se dejaba a las compañías de camiones desreguladas y libres para competir por el negocio más lucrativo de las primeras³³.

La racionalidad de esta propuesta puede referirse a problemas enfrentados por una industria con elevados costos fijos y demanda cíclica³⁴. Las empresas en la industria, pueden descubrir que fijar precios incrementales cuando el mercado está de baja les permite rentas insuficientes para producir a su total capacidad. Reducir la capacidad durante períodos flojos es ineficiente pues es más caro incrementarla cuando el mercado está de alza que mantenerla continuamente. Esta racionalidad se usa a menudo para justificar los “carteles de crisis”³⁵ en Europa y Japón.

La racionalidad puede referirse a la posibilidad de los precios “predatorios” –una empresa dominante que establece precios debajo de los costos variables de forma tal que logre sacar a sus rivales del mercado, luego sube sus precios recuperando así las utilidades perdidas antes de que nuevas empresas, atraídas por los precios altos, entren en el mercado³⁶. Sin embargo,

hay poca evidencia de que éste problema se de en alguna de las industrias altamente reguladas. Cuando puedan existir precios predatorios, pueden ser enfrentados a través de la aplicación de las normas antimonopolios³⁷.

En relación con lo anterior, la racionalidad de la competencia excesiva puede ser un argumento en contra de permitir que nuevas empresas entren a la industria de “monopolio natural”, donde la existencia de más de una empresa llevaría a costos por unidad ofertada más altos. Pero si la industria es realmente un monopolio natural, presentando de esta forma economías de escala y grandes barreras de entrada, no es claro por qué o cómo otra empresa pueda entrar el mercado³⁸.

6. Riesgo moral

El término “riesgo moral” es usado para describir una situación en la que alguien distinto al comprador es quien asume los costos de las compras que éste efectúa. De esta forma, el comprador no experimenta restricción alguna en su presupuesto y compra un bien sin darse cuenta de los costos que impone a la economía³⁹. Cuando las restricciones éticas, u otro tipo de restricciones institucionales, o la supervisión directa realizada por aquel que lleva a cabo el pago fracasan al controlar las compras, la regulación gubernamental puede ser la respuesta.

El ejemplo actual más obvio es cuando los costos de medicinas se elevan paulatinamente⁴⁰. Como la atención médica es adquirida en grandes extensiones por el gobierno o por grandes aseguradoras privadas (virtualmente con ninguna restricción en la cantidad demandada por el usuario individual), los costos de los servicios médicos han logrado formar parte de una aun más grande proporción del producto nacional⁴¹. El hecho de que las compras sean pagadas por otros libera al individuo de la necesidad de considerar que el uso de más atención médica significa menos producción de otros bienes; de esta forma una persona podrá usar los recursos médicos “innecesariamente” o “excesivamente”. Si se considera que demasiado del producto bruto nacional está destinado a tratamientos médicos y además considera que el problema del

³¹ CAB REPORT. Nota 4, *supra*. pp. 60-62.

³² *Ibid.* pp. 31-34.

³³ Véase: KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. p. 18; S. Rep 482. 74avo Congreso, sesión 1. 1935. pp. 2-3.

³⁴ Véase: KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. p. 173.

³⁵ SCHERER, Frederic. “Industrial Market Structure and Economic Performance”. 1970. pp. 306-307.

³⁶ Ver: CAB REPORT. Nota 4, *supra*. pp. 58-59.

³⁷ Véase: AREEDA, Phillip y Donald TURNER. “Antitrust Law”. 1978. p. 711; AREEDA, Phillip y Donald TURNER. “Predatory Pricing and Related Practice under Section 2 of the Sherman Act”. Harvard Law Review 88. 1975. p. 697.

³⁸ Puede que haya un incentivo para que una nueva empresa entre a un mercado, así como cuando un monopolio natural es regulado. No obstante, si la empresa no está regulada y cobra precios monopolistas, entonces debe permitirse la competencia pues hará que los precios bajen.

³⁹ Para un ejemplo descriptivo del “riesgo moral”, véase: ARROW, Kenneth. “Essays in the Theory of Risk Bearing”. 1971. pp. 142-143.

⁴⁰ Véase: GIBSON, Robert y Marjorie SMITH MUELLER. “National Health Expenditures, Fiscal Year 1976, Social Security Bull”. 1977. p. 3.

⁴¹ Véase: FELDSTEIN, Martin y Amy TAYLOR. “The Rapid Rise of Hospital Costs. Staff Report of the Council on Wage and Price Stability, Executive Office of the President”. 1977.

“riesgo moral” previene de que los precios más altos actúen como un limitante en la demanda individual de esos recursos, lo que a su turno reduce el incentivo para mantener bajos los precios, se puede abogar por regulación que mantenga los precios bajos, mejore la eficiencia o limite la provisión de asistencia médica⁴².

7. Racionalización

La intervención gubernamental ocasionalmente se justifica sobre la base de que, sin ella, las empresas de una industria se mantendrían muy pequeñas o carecerían de la organización suficiente para producir eficientemente⁴³. Se podría esperar que tales empresas usualmente crezcan o cooperen, y que así los costos unitarios se reduzcan⁴⁴. Pero, a menudo, los factores sociales o políticos actúan para contrarrestar esta tendencia⁴⁵. En tales circunstancias, las agencias reguladoras han buscado adentrarse en un “planeamiento” general de la industria. En los sesentas, por ejemplo, la Comisión Federal de Energía argumentó que incrementar la coordinación en el planeamiento y la operación de la generación de energía eléctrica y en la transmisión de instalaciones reduciría significativamente los costos unitarios⁴⁶. La Comisión se dio cuenta de que los problemas ambientales, políticos, regulatorios y de administración hacían muy difícil que las empresas planearan conjuntamente. El resultado fue un esfuerzo relativamente poco exitoso de la agencia federal para promover una racionalización general de la industria⁴⁷.

B. Justificaciones menores

Se han propuesto muchas justificaciones adicionales para la regulación gubernamental. Si bien no son por sí mismas persuasivas, estas justificaciones muy a menudo proveen de un apoyo parcial para la acción regulatoria.

a. Poder de negociación desigual

La presunción de que la “mejor” o más eficiente asignación se logra mediante las fuerzas del mercado yace en parte en la presunción de que existe una “apropiada” asignación del poder de negociación entre

las partes afectadas. Donde la división existente del poder de negociación es “desigual”, puede pensarse que la regulación se justifica para lograr un mejor balance. Se sustenta en algunas oportunidades, por ejemplo, que el “poder de negociación desigual” de pequeños vendedores necesita una protección legislativa especial⁴⁸. Si bien en principio se puede regular el poder de compra para proteger a estos vendedores, la respuesta más usual del Congreso es otorgar una excepción de las leyes antimonopolio, permitiendo que los vendedores se organicen para contratar más eficientemente con su comprador. Esta racionalidad se encuentra en la excepción otorgada no sólo a las cooperativas laborales, sino que también a las de agricultura y pesca⁴⁹.

b. Escasez

La regulación se justifica, muchas veces, en términos de escasez⁵⁰. La regulación basada en esta justificación refleja una decisión deliberada de abandonar el mercado y usar las asignaciones regulatorias para lograr un grupo de objetivos (muchas veces no especificados) de interés público⁵¹, como, por ejemplo, el caso de las licencias de las estaciones de televisión. A veces se utiliza la regulación frente a abruptas reducciones de la oferta, las cuales resultarían muy duras para muchos usuarios, quienes no podrían costear los incrementos dramáticos en los precios resultantes (como en el caso de del boicot del petróleo árabe). Debe recordarse, sin embargo, que la “escasez” puede ser el resultado de los manejos de un programa regulatorio en funcionamiento, como, por ejemplo, cuando el gas natural debe ser asignado debido al control de la renta, o cuando una agencia entrega licencias para entrar a una industria.

c. Paternalismo

Aunque en algunos casos la información completa y adecuada para alcanzar una decisión racional puede estar disponible para aquellos que toman las decisiones en el mercado, hay quienes sustentan que, pese a ello, estos toman una decisión equivocada y, por ello, se requiere regulación gubernamental. Esta justificación nace del paternalismo puro: el gobierno sabe mejor

⁴² Ver: Conference on Health Planning, Certificates of Need, and Marnet Entry: Regulating Health Facilities Construction”. 1974.

⁴³ Véase, por ejemplo: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. “The Federal Power Commission and the Coordination Problem in the Electrical Power Industry”. South California Law Review 46. 1973. pp. 661; 680-682; 685-687, 688-694. Ver también: KAHN, Alfred. Nota 6, supra. pp. 64-77.

⁴⁴ Ver: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 43, supra. pp. 665-69.

⁴⁵ Véase, en general: SCHERER, Frederic. Nota 35, supra. pp. 163-164; 437-439; 490-94.

⁴⁶ U.S. Federal Power Commission, National Power Survey. 1964.

⁴⁷ Ver: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 43, supra.

⁴⁸ Ver: National Labor Relations Act 1, 29 United States Code. 1976.

⁴⁹ 15 United States Code § 17. 1976 (sindicatos); Capper-Volstead Act, 1922, 7 United States Code pp. 291-292. 1976 (agricultura); Fisherman’s Cooperative Marketing Act, 15 United States Code pp. 521-522. 1976 (pesca).

⁵⁰ BRANNAN. “Prices and Incomes: The Dilemma of Energy Policy”. En: Harvard Journal on Legislation 13. 1976. pp. 445-447.

⁵¹ Ver: Federal Communications Act. United States Code 47. 1970. pp. 151-609. .

qué quiere el individuo y lo que es bueno para él. La desconfianza en la habilidad del comprador puede basarse en la inhabilidad de las personas comunes para evaluar la información, como en el caso de la adquisición de servicios profesionales, o en la creencia de que, aunque la información puede ser evaluada correctamente por la persona, las tendencias humanas irracionales lo evitan. Este último puede ser el caso en que están involucradas bajas probabilidades, como los pequeños riesgos de daño o cuando están implicadas cuestiones de vida o muerte, como sucede cuando aquellos que sufren de cáncer compran una medicina, incluso si toda la información disponible y confiable indica que su utilización es inútil o, incluso, que es dañina. Es cuestionable que el paternalismo, cuya base es la desconfianza en la racionalidad del consumidor (que parece jugar un papel muy importante en algunas decisiones del Gobierno), sea consistente con las nociones de libertad de elección, las cuales, a su vez, son el fundamento de la presunción del libre mercado.

Muchos programas regulatorios reposan no sobre uno sino varias racionalidades. De esta forma, por ejemplo, alguien puede estar a favor de la regulación de la seguridad en el centro laboral por muchas razones. Uno puede reconocer que los empleadores y los empleados pueden negociar una mejor seguridad en el centro de trabajo, es decir, mayor inversión en seguridad pero a la vez, sustentar que los accidentes imponen costos en otros, quienes no están representados en el grupo negociador. De esta forma, negociar sólo producirá gastos inadecuados en los implementos de seguridad. Esta es una racionalidad de efectos colaterales. En cambio, otro puede creer que el trabajador no sabe lo suficiente sobre los riesgos y consecuencias de los accidentes, por lo que insistirá en que se implementen nuevas medidas de seguridad. Y esto, para sustentar que existe un defecto informativo en el mercado. Asimismo, otro puede creer que el trabajador es demasiado pobre o muy débil para negociar por la seguridad que necesita, es decir, que tiene un poder de negociación desigual. Finalmente, hay quienes pueden decir que los trabajadores (y, en realidad, todas las personas) son simplemente incapaces de entender sus posibles opciones futuras respecto de los accidentes que los afectan, y que inevitablemente subestiman el riesgo. Si la regulación es un esfuerzo por darles lo que "realmente" quieren (en contra de sus opiniones expresas), tenemos una racionalidad paternalista. La importancia de distinguir la racionalidad está en hasta qué punto hacerlo nos sugiere remedios diferentes. Así, si se considera que el problema principal es el de la información, pues se

tenderá a favorecer los esfuerzos del gobierno para proveer de más información y no la regulación clásica. Aunque alguien que acepte una racionalidad paternalista pueda no estar de acuerdo con quien crea que el problema es relativo a la información, el establecimiento claro de sus puntos de diferencia puede llevar a un trabajo empírico, el mismo que los conducirá hacia un acuerdo sobre la racionalidad básica y, de esta forma, ayudará a escoger el arma regulatoria que se acomode más a los problemas actuales.

d. El arma regulatoria

Casi toda actividad regulatoria puede ser agrupada en siete tipos o "formas". 1. fijación de tarifas según costos; 2. fijación de tarifas históricas; 3. asignación de recursos según el interés público; 4. asignación de recursos histórica; 5. establecimiento de estándares; 6. evaluación individualizada; y, 7. obligaciones de entregar o transferir información a terceros. Los reguladores descubren con prontitud que cada una de estas formas viene usualmente acompañada de ciertos problemas típicos que no pueden ser resueltos exitosamente por el mercado, los cuales deberían ser reconocidos previamente como elementos propios de cada particular régimen regulatorio.

Cada forma regulatoria es aplicada en contextos bastante distintos. La asignación basada en el interés público, por ejemplo, es la que explica el otorgamiento de licencias de radiodifusión, de rutas aéreas, de venta de bebidas alcohólicas y de la explotación de algunos recursos naturales escasos. ¿Por qué pueden agruparse los programas de regulación económica en formas, con rasgos y problemas característicos? En principio, se podría esperar que existan tantos tipos de regulación como áreas sustantivas requieran de ella, pero, en la práctica, ese grado de variación está drásticamente limitado, debido a que, en parte, todos los programas regulatorios están sujetos a ciertos límites institucionales.

Primero, la relación entre el regulador y las industrias reguladas es comúnmente de adversarios, ya que el regulador buscará que la industria actúe en forma distinta a la que podría actuar según un mercado no regulado. Segundo, el regulador es una burocracia institucional, conformada por administradores o servidores públicos que actúan de acuerdo con reglas internas y con lineamientos que pueden comprenderse con relativa facilidad. Tercero, a pesar de que se hable de un crecimiento súbito⁵², durante muchos años la regulación ha surgido gradualmente y los nuevos programas copian

⁵² Un reporte de la Brookings Institution que documenta el crecimiento de las administraciones federales concluye que no se ha hecho el esfuerzo para verificar el crecimiento. KAUFMAN, Herbert. "Are Government Organizations Immortal?". 1976. pp. 47-52; 70-77.

los antiguos. Así, los diseñadores de la Ley de Aeronáutica Civil (1938)⁵³, precursora de la Ley de Aviación Federal⁵⁴, copió el lenguaje de la Ley de Comercio Interestatal (1887)⁵⁵, la que, a su vez, tomó como modelo la Ley de Ferrocarriles Británica (1985)⁵⁶. Cuarto, las decisiones regulatorias deben seguir los requerimientos del Derecho Administrativo, mayormente codificado en la Ley del Procedimiento Administrativo (en adelante, LPA)⁵⁷. Así, requisitos mínimos son que las agencias reguladoras tomen las decisiones finales sólo después de haber notificado por adelantado a las partes afectadas y haberles permitido que argumenten y puedan presentar evidencia a favor o en contra de las posiciones propuestas. La agencia ha de explicar las razones de su actuar y presentar, públicamente, la evidencia que apoye su decisión final, la que deberá encontrarse siempre sujeta a una eventual revisión judicial que defina, tanto si tal decisión puede considerarse racional en términos “objetivos”, como si, para llegar a la misma, se siguió un debido proceso. Más genéricamente, el proceso de toma de decisiones regulatorias importantes sigue el formato ya planteado en la LPA en lo que respecta a la publicación de los proyectos para recibir comentarios y en la toma de decisión concreta.

1. Fijación de precios/tarifas según costos

Siempre que se pide al regulador que establezca los precios de una industria, es muy probable que use el método de regulación según costos, tanto si la justificación es el control del poder monopólico, como el control de las rentas o la competencia excesiva. Este sistema ha sido usado comúnmente para establecer tarifas de empresas públicas de servicios públicos, como, por ejemplo, productores de electricidad⁵⁸. Sin embargo, los reguladores también han tratado de utilizarlo para establecer las tarifas de aerolíneas, productores de gas natural y otras industrias⁵⁹.

El sistema consiste en un esfuerzo de la Administración para determinar los costos de una empresa (incluyendo

los costos de capital), a fin de permitirle establecer precios suficientes para cubrir tales costos. El regulador elige un año de referencia, suma los costos de operación de ese año, la depreciación, los impuestos, y añade a una ganancia razonable (determinada al multiplicar una tasa de retorno razonable por un número de veces la tasa base, es decir, la inversión definida, tomando en cuenta el valor de la inversión histórica menos la depreciación), garantizando de esta forma el “requerimiento de retorno” de la inversión a la empresa. Es decir, que los precios se fijan de manera que permitan retornos iguales el “requerimiento de retorno”. Si la empresa provee varias clases de servicio, el regulador también determina una “estructura de tarifas”, que es el precio a pagar por cada servicio diferente o para cada clase de consumidor.

Primero, los reguladores determinan el valor de la inversión sobre la cual la empresa podrá aplicar una ganancia, basándose, para ello, en los costos históricos, es decir, la cantidad de dinero invertida en su momento. En un mercado competitivo, sin embargo, las ganancias dependen del costo de reposición de los activos. Si en un mercado competitivo la tecnología reduce los costos de reposición, los accionistas de las empresas más antiguas recibirán menores ganancias; pero si los costos para los nuevos competidores suben, aquellos con equipamiento más antiguo ganarán (temporalmente) más. No obstante, dada la imposibilidad de la Administración de medir los costos de reposición, los reguladores quedan limitados a usar los costos históricos⁶⁰.

Segundo, no existe un método que califique como correcto para determinar la tasa de retorno “justa y razonable”. Los dos métodos típicamente usados –el método de ganancias comparables y el método de flujo descontado⁶¹ sólo ofrecen una aproximación muy rudimentaria sobre lo que debería pagarse a los accionistas si se tratara de una industria competitiva en vez de una regulada⁶².

⁵³ Chapter 706, 52 Statement 973 (rechazados en 1958).

⁵⁴ Pub. L. 85-726, 72 Statatement 731 (1958) (version actualizada en: United States Code 49. 1870. pp. 1301-1551; ver también: Ibid. § 1373b. 1975; Ibid. 1374b. 1970).

⁵⁵ Chapter 104, 24 Statement 379 (codificado en el 49 United States Code 2, 3(1) (1970).

⁵⁶ 8 Vict. c. 20 (1845); 17 y 18 Vict. c. 31 (1854).

⁵⁷ United States Code 5. 1976. pp. 551-559; 701-706.

⁵⁸ KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. pp. 25-35.

⁵⁹ Ver, en general: Ibid. pp. 150-153; 67-69.

⁶⁰ Ver: *Smyth versus Ames*. 169 U.S. 466, 546-47 (1898); *Missouri ex rel. Southwestern Bell Tel. Co. versus Public Serv. Comm'n*. 262 United States 276, 289-312 (1923) (oposición de Brandeis, J.).

⁶¹ Ver, de manera general: KAHN, Alfred. Nota 6, *supra*. pp. 25-58.

⁶² El método de ganancias comparables no es adecuado porque las ganancias como porcentaje del valor de libros en industrias comparables varían con el tiempo, por lo que sólo ofrece un valor aproximado (las industrias con las que se hace la comparación pueden generar ganancias más altas que las competitivas); y, porque las ganancias necesarias para inducir a la inversión dependen del riesgo –y el riesgo varía ampliamente de acuerdo a las industrias–. El método de flujo descontado, por otro lado, carece de precisión porque está dado sobre la base de variables medibles que no se correlacionan precisamente con las expectativas de los inversionistas, en tanto los factores objetivos que los llevaron a predecir una cierta tasa de crecimiento en el pasado quizá no produzcan la misma tasa (las ganancias esperadas pueden cambiar radicalmente en función a las condiciones económicas, políticas públicas, o expectativas del mercado de valores); y, porque las mismas políticas públicas regulatorias afectarán las ganancias esperadas de los inversionistas.

Tercero, si bien la fijación de tarifas según costos mantiene el precio al nivel del "costo", a la vez genera pocos incentivos para la eficiencia⁶³. Una variedad de medidas *ad hoc*, como "puntos de bonificación" en tasas de retorno que permitan introducirlos⁶⁴, son usadas como sustitutos de la zanahoria y el garrote, representados, respectivamente, por el incremento de las ganancias y la pérdida de negocio que un mercado competitivo ofrece. Pero, por lo general, es extremadamente difícil determinar si el incremento de las ganancias es resultado de una mayor eficiencia, del cambio en las condiciones de mercado o de fallas de mercado que permiten ganancias monopólicas. Cuanto más trata el regulador de supervisar directamente el proceso productivo de la empresa, termina más fácilmente replicando en su interior lo que hace el personal de la empresa regulada.

Cuarto, las comisiones reguladoras encuentran difícil ajustar las tarifas para reflejar cambios que probablemente puedan darse en el costo o la demanda.

La fijación de las tarifas está atada al año de referencia histórico, y los probables cambios en los costos futuros que se atribuyan a la inflación, por ejemplo, son usualmente considerados como "demasiado especulativos" como para sustentar el alza de las tarifas⁶⁵. De forma similar, los comisionados saben que los cambios en el precio afectan la demanda y, por ende, también los ingresos. Por ello, generalmente no toman en cuenta los cambios probables en la demanda. Es usualmente imposible hacer estimados razonablemente correctos sobre la elasticidad de la demanda, ya que los consumidores se adaptan gradualmente y de distinta forma a los cambios en los precios a medida que pasa el tiempo. Consecuentemente, las comisiones reguladoras encuentran particularmente difícil escoger entre los "modelos expertos" de elasticidad de demanda presentados por las partes en conflicto⁶⁶.

Finalmente, es difícil para los reguladores determinar una estructura de tarifas apropiada, ya que,

virtualmente, no existe forma de determinar qué proporción de los costos fijos y costos comunes debe asignarse a cada clase de consumidor. Puede argumentarse que, por razones de eficiencia, una comisión reguladora debería distribuir los costos fijos entre las clases de consumidores de forma inversamente proporcional a su elasticidad de demanda, haciendo que aquellos más propensos a dejar de utilizar el servicio ante incrementos en el precio sean los que paguen menos. Pero esta fórmula enfrenta los problemas prácticos de tener que producir estimados de elasticidad de demanda⁶⁷.

De forma similar, la asignación de los costos comunes en un mercado competitivo se determina principalmente por la demanda comparativa del producto final. El carnicero cobra menos por kilo de cogotes que de pechugas de gallina no porque hacer crecer cogotes requiera más granos de alimento por kilo sino porque la gente compra menos cogotes. De esta forma, la asignación de costos comunes en mercados regulados se ve afectada por la incertidumbre relacionada con la demanda comparativa. Este problema se agrava cuando los diferentes cuerpos regulatorios (estatal y federal, en el caso de una empresa de telefonía) tienen jurisdicción sobre servicios finales diferentes, algunos de los cuales comparten costos. La separación de costos tiende entonces, desde un punto de vista económico, a reflejar factores políticos y otros factores arbitrarios. Por último, las comisiones reguladoras no son proclives a experimentar con distintos sistemas de precios y desarrollar fórmulas complejas para la fijación de tarifas, permitiendo así el uso más eficiente de las plantas existentes (como, por ejemplo, los planes de tarifas fuera de horas pico que permitirían menores precios cuando la capacidad no está siendo utilizada)⁶⁸.

En resumen, la necesidad de reglas administrativas prácticas y la dificultad de hacer predicciones económicas sobre cambios en la demanda y en los costos (particularmente, del efecto de los cambios en los precios sobre la demanda) hacen imposible para el

⁶³ En tanto la fijación de tarifas se efectúe según costos reales y sea realizada de forma precisa y rápida, las empresas no se beneficiarán adoptando mecanismos de ahorro de costos: el ahorro total producido por la eficiencia incrementada fluirá hacia el consumidor.

⁶⁴ A las empresas más eficientes les dan "puntos extra" al permitirseles algo de ganancia extra por encima del "costo de capital".

⁶⁵ Para una descripción del método usado por las comisiones para ajustar la inflación ver: "Public Utilities Fortnightly". 1978. p. 48; *Ibid.* 1978. p. 38; *Ibid.* 1974. p. 49.

⁶⁶ Ver por ejemplo: TAYLOR, Lester. "The Demand for Electricity: A Survey". En: *Bell Journal of Economics and Management Science* 74. 1975. Véase también: NORDIN, John. "A Proposed Modification of Taylor's Demand Analysis: Comment". En: *Bell Journal of Economics and Management Science* 7. 1976. p. 719; CAB REPORT. Nota 4, *supra*. p. 111. Un experto que pasó mucho tiempo de su carrera profesional estimando la elasticidad de la demanda de los viajes aéreos dijo: "Nunca ha existido un estudio que elimine satisfactoriamente los determinantes de la demanda no relacionados con precios y a la vez congele exitosamente los determinantes relacionados con precios en un periodo lo suficientemente largo como para producir resultados que puedan ser considerados extrapolables". "Oversight of Civil Aeronautics Board Practices and Procedures: Hearings Before the Subcommittee on Administrative Practice and Procedure of the Senate Committee on the Judiciary". 94avo Congreso, sesión 1. 1975 (declaración de Harry A. Kimbriel) (en adelante, referidas como "Audiencias CAB").

⁶⁷ Véase, por ejemplo: CAB REPORT. Nota 4, *supra*. 1975. pp. 123-124.

⁶⁸ Véase, en general: JOSKOW, Paul. "Electric Utility Rate Structures in the United States: Some Recent Developments in a Current Evaluation of the Performance of Public Utility Regulation". 1977.

regulador replicar el precio y oferta que resultarían de un mercado competitivo. Bajo un régimen competitivo, los precios se ajustan muy rápidamente, los inversionistas pueden ganar rentas o sufrir efectos colaterales, los precios se basan en costos presentes, los cambios en la demanda que resulten de los cambios en el precio son tomados en cuenta como ocurren, y las empresas experimentan con distintas estructuras de precios. Con la fijación de tarifas según costos, los precios se mantienen estables por periodos fijos, los precios fijados pueden no cubrir el retorno esperado debido a cambios en la demanda, los precios no cambian para reflejar cambios en eficiencia o en las condiciones del mercado, y las empresas encontrarán difícil experimentar con distintas estructuras de precio. De esta discusión pueden sacarse dos conclusiones. Primero, que los intentos por obtener precisión económica en el proceso regulatorio no son dignos del esfuerzo desplegado. Segundo, que en tanto se abogue por la fijación de precios (o la fijación de tarifas en base a costos) como un remedio para las fallas de mercado, debe estarse en la convicción, antes de plantear que la regulación es el remedio, de que el mercado está funcionando muy mal. Dada la incapacidad de la regulación para reproducir las señales de precios de un mercado competitivo, sólo graves fallas de mercado justificarán entrar al juego regulatorio.

2. Fijación de tarifas históricas

Cuando el gobierno busca controlar los precios de muchas de empresas con costos dispares, como se da en los controles de precios de todas las economías, el único método práctico es un sistema histórico⁶⁹. A cada empresa se le permite cobrar el precio que cobró en una fecha histórica sumándole, por ejemplo, los “costos adicionales” o el “ocho por ciento adicional por año”. El sistema trabaja a corto plazo porque el precio histórico es fácil de calcular (se aplica la misma regla a todas las empresas y las bases del sistema son fácilmente entendidas por la industria y el público). Con ello, el sistema tiende a su auto-exigibilidad (*self-enforcing*).

En el tiempo, sin embargo, el sistema está lleno de problemas que se vuelven más serios. Primero, el regulador debe decidir cómo fijar el precio de nuevos productos, qué hacer con las empresas existentes que logran bajas ganancias o que están perdiendo dinero, y cómo tratar la nueva inversión⁷⁰. Estos problemas requieren que se considere cada empresa o industria

individualmente, reapareciendo los problemas relacionados con el cálculo de los costos del servicio⁷¹. Segundo, unidades del mismo producto que fueron producidas en momentos distintos, y cuyo costo de producción también fue distinto, tendrán precios diferentes. La existencia de esas combinaciones de precios lleva a un problema de asignación: ¿quién recibe el producto de menor precio?

Tercero, la exigibilidad (*enforcement*) se vuelve aún más difícil cuando se generalizan variedades de evasión. El crédito, el pago, los términos de entrega y los descuentos pueden ser reducidos. La calidad del producto puede deteriorarse: los supermercados pueden vender sus estacionamientos “libres” a constructores, los abogados pueden reducir el tiempo trabajado por hora facturada. Como sucede con los otros tipos de regulación del precio, aquellos sujetos a ella buscarán mercados no regulados en los cuales vender sus productos: los productores de gas natural venderán su gas en otros estados; los productores de carne irán a venderla a Canadá; los productores de equipos médicos harán modelos lo suficientemente baratos como para salir de la categoría de los gastos médicos sujetos al control gubernamental.

Cuarto, se vuelve difícil dirigir nuevas inversiones a donde es más necesario, debido a que no se permite que los precios se eleven como repuesta al incremento de la demanda de los consumidores o de las necesidades de los productores.

En suma, el sistema se vuelve más y más complejo a medida que el regulador trata de resolver cada problema con precios, calidad y regulación de asignación adicionales. Por ello, se tiende a ir a la fijación de precios según costos, en donde las empresas o industrias específicas son reguladas individualmente de acuerdo con los principios clásicos.

3. Asignación bajo el estándar de “interés público”

Los reguladores, frecuentemente, deben asignar recursos escasos entre postores en competencia, como sucede con las licencias de televisión, las licencias de venta de bebidas alcohólicas, las rutas aéreas, los certificados de necesidad para los hospitales o gas natural. Cuando el regulador no puede usar legalmente un sistema basado en el mercado (como una subasta) o una lotería, y cuando la oferta del bien o del permiso es demasiado limitada para satisfacer a todos los postores que cumplen con los estándares mínimos de

⁶⁹ Véase, en general: MANNING, Emma. “The Office of Price Administration”. 1960.

⁷⁰ Véase, de manera general: SLAWSON, David. “Price Controls for a Peacetime Economy”. En: Harvard Law Review 84. 1971. p. 1090.

⁷¹ Ver: Ibid. pp. 562-564.

calificación, el regulador usualmente desarrolla un proceso, como el una audiencia de comparación, para comparar a los postulantes y poder determinar cuál es el "mejor".

Este método para otorgar licencias de televisión, licencias de venta de bebidas alcohólicas, rutas aéreas y otros recursos escasos, se caracteriza por la necesidad de decidir (en orden cronológico): 1. qué es lo que se entregará específicamente; 2. cuál será el umbral que servirá de criterio para eliminar a aquellos que no están suficientemente calificados; 3. cuál es el mejor de los postores restantes; y, 4. por cuánto tiempo se otorgará la licencia o el derecho al postor ganador. La más difícil de estas decisiones es típicamente la tercera. Para decidir esto, los reguladores usualmente definen una lista de criterios contradictorios, para luego apoyarse en juicios subjetivos con el fin de aplicar y balancear tales criterios en cada caso individual⁷².

El centro del problema del regulador es la tensión entre, por un lado, el deseo por encontrar estándares que seleccionen objetivamente al ganador del grupo final de postores y, por el otro, la creencia de que el uso de juicios subjetivos es inevitable porque no existe un conjunto de estándares que permita seleccionar uniformemente al "mejor" de los postulantes en los términos del objetivo de un programa regulatorio⁷³. Los esfuerzos de la Comisión Federal de Comunicaciones para desarrollar estándares y otorgar licencias de televisión, por ejemplo, la han llevado a enfatizar la necesidad de "diversidad en la propiedad de los medios" y "la integración de la Administración con la propiedad" como factores claves para determinar la selección⁷⁴. Sin embargo, aplicado rigurosamente, el primero de estos criterios hubiera favorecido la adquisición de una estación en Detroit por General Motor, en vez de que lo sea por el dueño de un periódico de Albuquerque. Y el segundo tendería a favorecer a aquellos pocos administradores lo suficientemente ricos como para utilizar su propio capital. La Comisión Federal de Comunicaciones modifica la aplicación de estos estándares considerando y balanceando subjetivamente otros factores, pero entonces es el juicio subjetivo y no estos dos estándares los que terminan decidiendo casos complejos. Aun más, aquellos estándares que pueden ser elaborados con suficiente detalle como para seleccionar de forma objetiva, apartan la decisión de los objetivos primarios del estatuto regulatorio, tal

como sucede con la "buena" programación en el caso de la Comisión Federal de Comunicaciones. Si el regulador tomara seriamente ese objetivo, sería más probable que creyera que la decisión responde a una diversidad de cualidades de los postores en competencia, como su experiencia previa, su confiabilidad, sus planes y su respaldo financiero, antes que, solamente, a la "diversidad" y la "integración". Pero, salvo que se asigne a cada factor un peso específico y arbitrario, las comparaciones a la luz de ellos requieren el ejercicio de un juicio subjetivo. La tarea es una de carácter administrativo, casi como elegir un ejecutivo; los criterios objetivos, si bien útiles y relevantes, no pueden aplicarse de forma determinante si es que se desea encontrar a la persona más capacitada para hacer el trabajo. Esta tensión entre la necesidad de estándares objetivos y la importancia de los juicios subjetivos crea muchos problemas para la asignación sobre la base del interés público, lo cual es ilustrado, tanto por la asignación de rutas aéreas, como por las de licencias de televisión.

Primero, es difícil separar la definición de lo que está siendo asignado y de quién lo obtendrá. Al definir el qué, también podría estarse definiendo el quien. Para evitarlo, la Dirección de Aeronáutica Civil realiza audiencias masivas para los procesos de asignación de rutas en todo el Sur, en donde las preguntas como el "qué" y los "quién" son tratadas simultáneamente. Delta Airlines podrá argüir, por ejemplo, que el Directorio debe otorgarle la ruta "Tucson-Los Ángeles" (pues es el candidato más lógico), mientras que National Airlines podría pedir una ruta "El Paso-Los Ángeles con un escala en Tucson" (para la cual sería el candidato más lógico). El número de combinaciones que pueden plantearse en dichas audiencias de la Dirección de Aeronáutica Civil es suficientemente amplio.

Segundo, una vez pasado el estadio de mínima calificación, el proceso de selección se encuentra con un problema aún mayor que es el establecimiento del estándar antes discutido: hay demasiados estándares sin reglas claras sobre cómo aplicarlos a casos individuales o cómo deben ser ponderados. Cuando la Dirección de Aeronáutica Civil otorga rutas, toma en cuenta diversos factores, como, por ejemplo, si el operador brindará el servicio efectivamente deseado por el público, si puede generar beneficios al tráfico que está fuera del segmento usualmente atendido, si habrá "integración de rutas", las

⁷² Ver: ANTHONY, Robert. "Towards Simplicity and Rationality in Comparative Broadcast Licensing Proceedings". En: Stanford Law Review 24. 1971. pp. 26-38.

⁷³ Ver: Ibid. pp. 39-45.

⁷⁴ Ver: Ibid. pp. 28-29.

necesidades de las comunidades locales, los modelos históricos de servicio, los efectos que ocasiona al desviar el tráfico de otros operadores, y la necesidad de fortalecimiento financiero de los operadores⁷⁵. Sin embargo, nunca ha quedado claro cómo es que estos criterios fueron aplicados, o cómo van a ser ponderados entre ellos⁷⁶.

El resultado de tener estándares que simplemente listan “factores” sin prioridades claras es tener audiencias inmanejables⁷⁷. El número de temas se mantiene abierto; cada postor se inclina por la preeminencia del criterio que lo favorece; la evidencia por cada tema se acumula (pues quién sabe qué argumento final será el que haga la diferencia en un caso complejo). También puede resultar que haya decisiones inconsistentes, pues no hay forma de que el público o las Cortes puedan determinar si la agencia reguladora ha ponderado de manera uniforme en cada caso. Tanto así que el personal de la Dirección de Aeronáutica Civil describió los resultados de la elección de operadores llevada a cabo por la Dirección como “aleatorios”⁷⁸. Al final, el público comienza a sospechar que existe corrupción, pues las rutas altamente valorizadas, los permisos o los bienes son asignados sin estándares claros, por funcionarios elegidos políticamente que están sujetos a la tentación de pagar con ello deudas políticas⁷⁹.

Tercero, el proceso de renovación favorece a las empresas preexistentes. La Comisión Federal de Comunicaciones sólo ha rechazado la renovación de las licencias de televisión dos veces en toda su historia⁸⁰. Esto no es sorprendente si consideramos que confronta desempeño probado o fracaso frente a las promesas de los posibles entrantes. También fuerza a los reguladores a darse cuenta de que las personas identificables terminan confiando que mantendrán sus licencias pese a las advertencias del regulador de que ello podría no ser así⁸¹. La tendencia regulatoria de proteger esos intereses identificables—hayan o no recibido advertencias los incumbentes— puede reflejar factores políticos, legales o morales. Cuando la elección entre postores en conflicto se basa en otros factores, el ser incumbente es determinante pues señala a un sólo postor.

4. Asignación de recursos histórica

Así como la historia puede ofrecer un estándar simple para evitar temporalmente la fijación de precios según costos, también puede servir para evitar la complejidad de la “asignación según el interés público”, pero a un precio determinado. Los bienes sujetos a reducciones temporales de la oferta (como el petróleo en 1976, o el gas natural en 1977) pueden asignarse provisionalmente de acuerdo con el uso histórico en un año previo, restando un “x” por ciento. Este sistema tiene varias de las virtudes y defectos de la fijación de precios histórica. Es también inestable y tiende a convertirse en una asignación según el interés público.

Un primer y gran problema surge de la creciente necesidad de hacer excepciones. A medida que el tiempo pasa, la asignación histórica se vuelve cada vez más injusta. Mientras una familia necesita más agua para más niños, otra la necesita para regar su jardín. Mientras la empresa A puede fácilmente usar carbón cercano en vez de petróleo, la empresa B no. Las necesidades especiales por mayores cantidades del producto son ignoradas. Deben tomarse en cuenta también a los entrantes. Las familias se mueven, nuevas empresas buscan entrar en la industria. Ignorar a la nueva familia es injusto, e ignorar a la nueva empresa amenaza con llevar al estancamiento. Finalmente, a menos que las cuotas sean modificadas, los modelos industriales existentes permanecerán congelados. La industria es incapaz de responder al cambio de las necesidades de los consumidores o a las nuevas tecnologías. Como se hacen estas excepciones, los factores que las justifican proliferan y nuevamente se llega a un sistema aún más complejo, el cual se va tornando en una asignación según el interés público.

Segundo, la asignación histórica de un bien de oferta escasa requiere típicamente de controles de precio. Una vez que los controles de precio se instituyen pueden darse los problemas ya discutidos⁸². Si estos controles no se instituyen, la asignación simplemente otorgará a aquellos con derechos “históricos” el poder de ganar

⁷⁵ KEYES, Alan. “Survey of Route Entry Awards by the CAB, 1969-74”. En: Oversight of Civil Aeronautics Board Practices and Procedure: Hearings Before the Subcommittee on Administrative Practice and Procedure of the Senate Committee on the Judiciary”. 94avo Congreso, sesión 1. 1976. p. 2545 (en adelante, “Apéndices de las Audiencias”).

⁷⁶ “Bureau of Operating Rights, Civil Aeronautics Board, the Domestic Route System: Analysis and Policy Recommendations”. 1974. pp. 50-52; reimpresso en los Apéndices de las Audiencias. Nota 75, supra. pp. 2235; 2290-2292.

⁷⁷ Ver: ANTHONY, Robert. Nota 72, supra. pp. 46-48.

⁷⁸ Bureau of Operating Rights, Civil Aeronautics Board, the Domestic Route System: Analysis and Policy Recommendations”. Nota 76, supra. p. 52; reimpresso en los Apéndices de las Audiencias. Nota 75, supra. p. 2293.

⁷⁹ Ver: SCHWARTZ, Bernard. “Comparative Television and the Chancellor’s Foot”. En: Georgetown Law Journal 47. 1959. p. 65.

⁸⁰ Greater Boston Television Corp versus FCC. 444 F. 2d 841 (D.C. Circuit) (1970), certiorari. Denegado 403 United States 923 (1971); In re Alabama Education Television Committee. 50 F.C.C. 2d 461, 32 Rad. Reg. 2d (P y F) 539 (1975). Véase en general: Citizens Communications Center versus FCC. 447 F. 2d 1201 (D.C. Circuit) (1971).

⁸¹ Véase, por ejemplo: Hearst Radio, Inc. 15 Federal Communications Comisión 1149 (1951).

⁸² Ver: Ibid. pp. 565-566.

rentas con su transferencia, vendiendo, por ejemplo, licencias para taxis o para venta de bebidas alcohólicas a quienes más paguen por ellas. Este problema puede evitarse solamente cuando existan controles temporales y la reventa sea poco práctica (como en el caso del racionamiento del agua en California).

Tercero, los controles de asignación extendidos, como los controles de precios extendidos, son usualmente temporales. Esto produce el incentivo perverso de elevar los precios o aumentar el consumo antes de que los controles sean impuestos, de modo que el grupo de usuarios afectados es mayor cuando se hacen efectivos.

5. Establecimiento de estándares

Aunque la fijación de estándares está tan generalizado y es usado en contextos tan diferentes que la generalización se torna peligrosa, estos programas regulatorios comparten ciertos rasgos comunes. Idealmente, podría esperarse que los reguladores establezcan estándares mediante el uso de los principios de costo-beneficio. El proceso real, ya sea que involucre el establecimiento de estándares de seguridad, estándares de salud o ambientales, difiere radicalmente de este ideal de planificación de políticas públicas. En particular, se apoya fuertemente en el debate político sobre la descripción del problema a resolver (por ejemplo, la auto seguridad) y sobre los aspectos causales que tratarán de controlar (por ejemplo, los frenos y los cinturones de seguridad, pero no señales luminosas exteriores que adviertan sobre velocidades excesivas).

La agencia trabaja sobre la base de los precedentes que existen para la creación de estándares iniciales. OSHA, por ejemplo, simplemente volvió a publicar cientos de estándares de seguridad existentes que reunió de otras organizaciones, incluyendo reglas tan desactualizadas como la de prohibir el uso de hielo en el agua potable por temor a que el hielo fuera cortado de pozas contaminadas⁸³.

Aun más, el proceso de formulación de estándares no se apoya sobre un análisis de costo-beneficio sino en una forma de negociación entre las partes afectadas, en la que los factores políticos pueden jugar un rol importante. El procedimiento también está sujeto a largas demoras. El desarrollo de estándares de seguridad para los automóviles, por ejemplo, se ha arrastrado durante años: más de 10 años para las restricciones pasivas, 7 para los frenos, y casi 8 para los neumáticos⁸⁴. Los estándares resultantes han probado ser sorprendentemente inflexibles y resistentes al cambio. La Administración de Seguridad del Tráfico en Carreteras Nacionales-ASTC (National Highway Traffic Safety Administration-NHTSA), por ejemplo, descubrió en 1976 que el estándar para la protección de la cabeza de los pasajeros en automóviles, formulado en 1969, no era efectivo, pero no ha podido cambiarlo hasta ahora⁸⁵.

Estas características se dan naturalmente debido a problemas endémicos en la mayoría de programas regulatorios de establecimiento de estándares. El más típico y serio de estos problemas es la necesidad y dificultad del regulador de obtener información completa y exacta en la cual confiar⁸⁶. Las fuentes de información del regulador son normalmente limitadas y cada fuente tiene sus defectos característicos⁸⁷. La industria puede ofrecer información relevante, particularmente respecto de la tecnología, los costos probables y el impacto económico esperado. Pero la postura adversaria a la de la industria comúnmente lleva al regulador a desconfiar de la información proporcionada por la industria, ya que ésta tiene incentivos para ofrecer la información más favorable para ellos⁸⁸. Dado que la industria debe ofrecer información relevante para un estándar específicamente propuesto, esa relación adversaria limita la producción de información completa que resulte útil para el desarrollo de estándares alternativos. Sólo, ocasionalmente, el regulador puede superar estos problemas explotando las potenciales relaciones adversarias entre los diferentes elementos de la industria o industrias que supervisa⁸⁹.

⁸³ ZECKHAUSER, Richard y Albert NICHOLS. "The Occupational Safety and Health Administration-An Overview". 1977. Dicho documento fue reimpreso en el VI Senate Committee on Governmental Operations, Study on Federal Regulation. 95avo Congreso, sesión 2.

⁸⁴ GOTBAUM, Joshua, SEALE, L, BARUSCH, R, DELIKAT, M y L. MASOUREDIS. "The Standard-setting Process in the National Highway Traffic Safety Administration". 1977 (artículo inédito ubicado en los archivos del autor GOTBAUM, Joshua).

⁸⁵ Ibid. Sección sobre restricciones para la seguridad de la cabeza. pp. 9-19.

⁸⁶ Ver H. y H. *Tire Company versus United States Department of Transport*. 471 F. 2d 350 (7th Circuit) (1972) (estándares gubernamentales derogados cuando estén basados en información inadecuada); *National Tire Dealers & Retreaders Ass'n versus Brenegar*. 491 F. 2d 31 (D.C. Circuit) (1974); GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. pp. 26-27.

⁸⁷ Ver: GREEN, Mark y Ralph NADER. "Economic Regulations vs. Competition: Uncle Sam the Monopoly Man". En: *Yale Journal Law* 82. 1973. pp. 871-875. Ver también: *United States versus Automobile Mfrs. Ass'n*. 1969, 87, 456 (C.D. California. 1969) (decreto confirmatorio); NOLL, R. "Reforming Regulation". 1971. pp. 99-100.

⁸⁸ Ver: *National Tire Dealers & Retreaders Ass'n versus Brinegar* 491 F. 2d 31 (D.C. Circuit) (1974). Ver también: *United States versus Automobile Mfrs. Ass'n*. 1969, 87, 456 (C.D. California. 1969) (decreto confirmatorio agrupando, entre otros, restricciones en la publicidad de investigación y desarrollo relacionado con instrumentos); 117 Congreso Rec. 15. 1971. pp. 626-627) (comentarios de BURTON).

⁸⁹ Ver *Chrysler Corp versus Department of Transport*. 515 F. 2d 1053, 1060-61 (6th Circuit) (1975) (La iniciativa de General Motors para lograr la aprobación de sus especificaciones para faros delanteros rectangulares le confiere una ventaja competitiva sobre Chrysler); GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. pp. 13-14.

En vez de eso, la agencia puede recurrir a su personal en cuanto a experiencia e información. Sin embargo, mucha de la información necesaria es tan detallada que sólo puede obtenerse replicando la experiencia de la industria⁹⁰. ¿Cómo puede determinar la agencia, por ejemplo, las características precisas de una carretera para cualquier clima, parámetro que pueda utilizarse para probar las características de desgaste comparativo, desinflado y distancia de freno de los neumáticos? ¿Podrá una prueba de cinco mil millas, en vez de una de diez mil, distinguir las llantas que se desgastan rápidamente en las primeras cinco mil millas pero luego más lentamente? ASTC pudo responder preguntas tan detalladas pero a la vez importantes luego de los 8 años de esfuerzos para el establecimiento de estándares para los neumáticos, y sólo después de contratar como miembro del personal a un hombre que se retiró como vice-presidente de Uniroyal, empresa en la que trabajó treinta años⁹¹. Sin considerar los problemas de conflicto de intereses inherentes a estas situaciones, no sólo es poco práctico, sino también un desperdicio tratar de crear una segunda empresa de automóviles al interior de la ASTC, como replicar la gran cantidad de experiencia de la industria dentro del gobierno federal.

La agencia puede también buscar ayuda de expertos externos como autoridades académicas o consultores⁹². Sin embargo, frecuentemente estos expertos no poseen la cantidad de información detallada y actualizada necesaria para establecer un estándar adecuado. Ellos, normalmente, también deben obtener su información de la industria. Finalmente, los grupos de consumidores, quienes usualmente tienen posturas adversas a la industria, suelen tener menos experiencia que el resto. Aunque recurran a la ayuda de los competidores dentro de la industria, muchas veces dependen de la agencia reguladora y de expertos externos para obtener información. Aún más, la información disponible en todo lugar puede ser menos completa de lo que el regulador quisiera. Para evitar el uso de estándares pasados, las agencias reguladoras pueden verse tentadas a pronosticar en qué medida la industria estará en capacidad de desarrollar nueva tecnología para alcanzar el estándar.

La necesidad de desarrollar información en una relación adversaria a aquella que produce la industria hace que la exploración de estándares alternativos consuma mucho tiempo y que sea difícil coordinar estándares superpuestos⁹³. El método adversario de recopilación de información produce preguntas y respuestas que vienen y van relacionadas con un estándar propuesto específico, que sólo permite modificaciones con el tiempo. Además, mientras las mismas empresas estén afectadas por distintos estándares, las respuestas a los requerimientos de información dependerán de la acción de otras agencias, particularmente si son varias las que están involucradas⁹⁴.

Un segundo problema relacionado con el establecimiento de estándares es el relacionado con las acciones para su exigibilidad. Los reguladores deben tener estándares que puedan exigirse de forma simple y práctica. Las pruebas para determinar su acatamiento deben ser fácilmente aplicables por la industria y el personal de la agencia reguladora. Esto lleva a que el diseño del estándar tienda a facilitar su exigibilidad más que a buscar los fines para los cuales se creó. Por ejemplo, el estándar de restricción pasiva de la ASTC debió diseñarse de tal forma que pueda aplicarse a la construcción de una prueba torpe, incluso si hacerlo implicaba incluir en el estándar características no relevantes para la protección del ser humano⁹⁵. El regulador, usualmente, tendrá que escoger entre los estándares de "diseño", que son fácilmente exigibles, y los estándares de "desempeño", que fomentan el desarrollo de nueva tecnología⁹⁶. La necesidad de lograr su exigibilidad inclinará esta elección en la primera dirección. Y mientras más reducidos sean los recursos de la agencia reguladora, más tendrá que apoyarse en el acatamiento voluntario para lograr su exigibilidad, lo cual nuevamente inclina la elección hacia estándares simples que la industria considere razonables.

Tercero, el establecimiento de estándares afecta adversamente la competencia dentro del mercado regulado, pues hace que el costo de realizar negocios sea más alto, elevando así las barreras de entrada en

⁹⁰ Nota 87, supra; GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. p. 18.

⁹¹ Boceto preliminar de GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra (ubicado en los archivos del autor).

⁹² Ver: *Automotive Parts & Accessories Ass'n versus Boyd*. 407 F. 2d 330, 342 (D.C. Circuit) (1968); MORRIS. Motor Vehicle Safety Regulation: Genesis". En: 33 Law & Contemporary Problems 33. 1968. pp. 536, 557, 560; GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. Sección sobre restricciones para la protección de cabeza, pp. 11-12; sección sobre estándares sobre combustibles económicos, pp. 4.

⁹³ Ver: GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. Sección sobre estándares de combustibles económicos. p. 11; la tensión entre combustibles económicos y los estándares de control de emisiones de automóviles. pp. 13-14; "Comment, Regulatory Reform: Will an Injection of Competition Cure the Patient?". En: Tulane Law Review 52. 1978. pp. 362, 373 y Tulane Law Review 72. 1978.

⁹⁴ Ver: CUTLER, Lloyd y David JOHNSON. "Regulation and the Political Process". En: Yale Law Journal 84. 1975. pp. 1406-1407; LOEVINGER, Lee. "Regulation and Competition as Alternatives". En: Antitrust Bull 11. 1966. p. 101; 122. Para revisar un debate sobre los argumentos a favor y en contra de forzar la cooperación entre las agencias regulatorias: NOLL, Roger. Nota 87, supra. p. 30.

⁹⁵ Chrysler Corporation versus Department of Transport. 472 F. 2d 659, 675-78 (6th Circuit) (1972).

⁹⁶ La Highway Safety Act of 1966, 23 United State Code 402 (1976), ordena el uso de estándares de desempeño, aunque tales estándares pueden ser escritos de forma tal que, en la práctica, obliguen al uso de un diseño particular. Ver: *Chrysler Corporation versus Department of Transport*. 515 F. 2d 1053, 1058 (6th Circuit) (1975). Y, para una lectura en general: GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra.

este proceso⁹⁷. Al mismo tiempo, los estándares específicos elegidos favorecerán a algunas empresas sobre otras, usualmente de forma impredecible. Por ejemplo, la elección de un estándar para un parachoque que no se abolle en accidentes, ocurrido a 8 kilómetros por hora, favorecerá a los fabricantes de parachoques de caucho, mientras que un estándar que permita ligeras abolladuras mantendrá en el negocio a los fabricantes de parachoques de acero⁹⁸. Las empresas existentes usualmente influyen a los reguladores a elaborar estándares lo suficientemente flexibles como para mantenerlos en el negocio a través de exenciones específicas o derechos de “abuelo”, de ser necesario⁹⁹. Sin embargo, aquellos potenciales competidores que aún no están en el negocio no podrán influenciar a la agencia reguladora de tal manera, incluso cuando sean identificables.

Cuarto, los estándares han de sobrevivir a la revisión judicial. La revisión consiste ordinariamente en una revisión hecha por las Cortes para saber si el estatuto se ha cumplido, para asegurar que el regulador no haya actuado arbitraria o caprichosamente, y para verificar que se han usado procedimientos justos¹⁰⁰. Ya que en la práctica las Cortes usualmente respaldan el actuar de la agencia¹⁰¹, a primera vista podría parecer sorprendente que estos requisitos mínimos creen problemas.

Inicialmente, el procedimiento adversario antes mencionado, junto con la notificación y oportunidad para argumentación y réplica –lo que sugiere que un abogado resulta básico para cualquier procedimiento justo–, agravan los problemas de establecimiento de estándares, dado que hacen más difícil la consideración de alternativas no incluidas en la notificación de inicio del procedimiento para modificar los estándares inicialmente propuestos y para coordinar un grupo de estándares con otros¹⁰². Por ejemplo, en la coordinación

de los estándares de combustible económico para autos con los estándares sobre límites de contaminación, o en la determinación de cuál de los diversos estándares de frenos es mejor, los reguladores se encuentran en lo que Lon Fuller describió como un problema policéntrico o de Administración¹⁰³.

Este es un problema que se resuelve mejor a través del “toma y daca” informal entre las diversas partes identificadas y que puedan verse afectadas, explorando un amplio rango de alternativas y modelos de estándares superpuestos, así como su continua modificación y revisión. La naturaleza del proceso de toma de decisiones regulatorias, unida a los requisitos de publicación y recepción de comentarios cada vez que se pretende un cambio significativo, no facilita lo anterior¹⁰⁴. Adicionalmente, decisiones recientes de las Cortes que restringen el acceso informal a los reguladores, prohibiendo las comunicaciones ex parte, pueden agravar todavía más este problema¹⁰⁵.

Además, el requisito de revisión judicial produce la necesidad de un registro que resista la revisión, lo que lleva a la agencia reguladora hacia estándares que pueden documentarse¹⁰⁶. Adicionalmente, los reguladores serán atraídos por estándares realizados sobre la base de estudios existentes, incluso si no confían en éstos, en vez de desarrollar nuevos estándares que aparentemente no tendrán un soporte objetivo. Finalmente, la revisión judicial consume tiempo. El personal técnico debe registrar por qué es que toman cada decisión, un proceso muchas veces extraño al entrenamiento que recibieron. Las audiencias, la compilación de registros y la revisión, particularmente para decisiones que tienen que ver con tecnología compleja, generalmente toma más tiempo del que el Congreso espera al definir los plazos para que se adopten decisiones regulatorias.

⁹⁷ Ver: GREEN, Mark y Ralph NADER. Nota 87, supra. pp. 879-880; NOLL, Roger. Nota 87, supra. p. 23; GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. p. 22; Ver: *Radiant Burnes versus People's Gas*. 364 United States 656 (1951) (el establecimiento de signos de aprobación por asociaciones privadas crea excesivas barreras de acceso).

⁹⁸ GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra, sección sobre estándares de parachoques. pp. 35-38.

⁹⁹ Ver: *Chrysler Corporation versus Department of Transport*. 472 F. 2d 659, 679 (6th Circuit) (1972) (flexibilidad para mantener distintos tipos de carros, especialmente carros deportivos, en las autopistas); NOLL, Roger. Nota 87, supra. pp. 25-27; STEWART, Richard. “The Reformation of American Administrative Law”. En: *Harvard Law Review* 88. p. 1669. 1975. Si las agencias no hacen que los estándares sean lo suficientemente flexibles como para que los negocios se mantengan cuidadosos, las cortes pueden interpretar los estatutos para proveer la flexibilidad requerida. Ver: H. & H. *Tire Company versus United States Department of Transport*. 471 F. 2d 350 (6th Circuit) (1972); S. Rep. No. 1301. 89avo Congreso, sesión 2. 1966.

¹⁰⁰ Ver: Administrative Procedure Act 10, 5 United States Code 706 (1976); *Chrysler Corporation versus Department of Transport* 472 F. 2d 659 (6th Circuit) (1972).

¹⁰¹ Ver, por ejemplo: *Chrysler Corporation versus Department of Transport*. 515 F. 2d 1053 (6th Circuit) (1975); *Automotive Parts & Accessories Ass'n versus Boyd*. 407 F. 2d 330 (D.C. Circuit) (1968); ver. *Wagner Electric Corporation versus Volpe* 466 F. 2d 1013 (3rd Circuit) (1972). (Esta orden de la agencia fue invalidada porque cambió una regla sin el aviso adecuado y la oportunidad para realizar comentarios).

¹⁰² Ver: STEWART, Richard. Nota 99, supra. pp. 1772-1773. Ver también: *Wagner Electric Corporation versus Volpe* 466 F. 2d 1013 (3rd Circuit) (1972).

¹⁰³ FULLER, Lon. “The Forms and Limits of Adjudication”. *Harvard Law Review* 92. 1978. pp. 353, 394.

¹⁰⁴ Ver: *Wagner Electric Corporation versus Volpe* 466 F. 2d 1013, 1019-1021 (3rd Circuit) (1972) (el aviso resulta inadecuado cuando no informa a las partes interesadas acerca de todos los temas a ser considerados al crear normas); *International Harvester Company versus Ruckelshaus* 478 F. 2d 615, 632 (D.C. Circuit) (1973).

¹⁰⁵ Ver: *Home Box Office, Inc. versus FCC* 567 F. 2d 9, 51-60 (D.C. Circuit) (1977) (Las comunicaciones entre las partes son de acceso público).

¹⁰⁶ Ver: *National Tire Dealers & Retreaders Ass'n versus Brinegar* 491 F. 2d 31, 40 y 44 (D.C. Circuit) (1974). Véase además: GOTBAUM, Joshua. Nota 84, supra. Sección sobre restricciones para la protección de la cabeza. pp. 4-5.

Estos cuatro tipos de problemas –información, exigibilidad, competencia y revisión judicial– explican, en un grado considerable, por qué el proceso de establecimiento de estándares usualmente se desvía del ideal de los creadores de políticas públicas. También explican por qué al establecer estándares la agencia reguladora es usualmente atraída por las soluciones “negociadas” o “mutuamente satisfactorias”¹⁰⁷. Acomodarse entre las partes adversarias tiene obvias ventajas, debido a la incapacidad comparativa de la agencia reguladora de conseguir la información necesaria (particularmente en cuanto a costos e impactos competitivos), al deseo de asegurar el cumplimiento voluntario y la cooperación de la industria al desarrollar los procedimientos para su exigibilidad, y a la ventaja de evitar el tiempo y el esfuerzo involucrado en la revisión judicial. La tentación de la agencia reguladora de trabajar sobre la base de estándares preexistentes es comprensible a la luz de la dificultad de desarrollar la información necesaria para aventurarse hacia desviaciones radicales. Las reglas preexistentes también le dan al regulador seguridad. Estas son manejables y pueden ser exigibles, en tanto sean aceptadas como no arbitrarias. Finalmente, uno puede entender por qué las reglas tienden a ser rígidas, resistentes a las modificaciones o a su eliminación, una vez que se conoce el tiempo y esfuerzo requeridos en el complejo proceso de creación de una nueva regla.

6. Evaluación individualizada

Como se discutió líneas arriba, el proceso de establecimiento de estándares depende de la habilidad para formular estándares que sean fácilmente aplicados y cumplidos. En muchos casos, sin embargo, será imposible formular estándares precisos que cumplan con los objetivos regulatorios y que, además, puedan ser aplicados por personas no especializadas. La vaguedad de los términos utilizados en la formulación de los estándares (por ejemplo, “doctores calificados”) o la incertidumbre científica (por ejemplo, “productos que causan cáncer”) requiere que los reguladores examinen caso por caso aquellos productos individuales o personas que no cumplan esos términos vagos y complejos. Un escrutinio individualizado de este tipo se ha aplicado a pilotos de aerolíneas, abogados,

doctores, aditivos para las comidas, prescripción de medicamentos, sustancias tóxicas, pesticidas y plantas nucleares. En el caso de químicos (medicinas, aditivos, pesticidas) y plantas nucleares, gran parte de las principales dificultades se deben a que el estándar es altamente vago y a que se requiere considerable experiencia para aplicarlo de forma correcta¹⁰⁸.

Los especiales problemas que pueden surgir con la evaluación individualizada son bien ilustrados por el examen de aditivos para comidas para erradicar carcinógenos de bajo riesgo. Al igual que con el establecimiento de estándares, el problema inicial es desarrollar estándares más precisos o experimentos prácticos para identificar las sustancias que causan cáncer. Los procedimientos de prueba son muy costosos (más de medio millón de dólares por cada sustancia experimentada)¹⁰⁹. Debido al costo y tiempo involucrados, sólo unas pocas sustancias pueden ser totalmente examinadas para determinar su toxicidad o no. Además, por razones prácticas es muy poco probable que las pruebas que se llevan a cabo se ajusten exactamente al objetivo regulatorio. Por ejemplo, las sustancias que se sospecha son cancerígenas son examinadas utilizando elevadas dosis en animales de laboratorio en un corto período de tiempo, pese a que la preocupación real es el efecto que tienen pequeñas dosis en seres humanos y durante largos períodos¹¹⁰. Por consiguiente, tales pruebas raramente dan resultados lo suficientemente exactos para garantizar que se tomen decisiones sobre la base de ellos.

De esta forma, el regulador se encuentra con que los resultados de las pruebas no lo liberan de la necesidad de tomar decisiones altamente subjetivas cuando no existe información adecuada. Este parece ser precisamente el resultado inevitable de la incertidumbre científica, la cual aconseja optar por la evaluación individualizada desde un inicio.

Segundo, existe un problema de información al igual que en los casos de establecimiento de estándares. El problema se agrava en los casos de evaluación individualizada, pues el regulador usualmente tratará de delegar la decisión a un grupo de expertos externos¹¹¹. Generalmente, aquellos más calificados

¹⁰⁷ Ver: JAFFE, Louis. “The Federal Regulatory Agencies in Perspective: Administrative Limitations in a Political Setting”. En: Boston College International and Comparative Law Review 11. 1970. pp. 565-66; también ver: STEWART, Richard. Nota 99, *supra*. p. 1714.

¹⁰⁸ Por ejemplo, véase: Federal Food, Drug and Cosmetic Act of 1938, 21 United States Code 352 (1976); Atomic Energy Act of 1954, 42 United States Code 2012, 2013, 2133 (1976). La garantía de estándares amplios de seguridad es una condición tanto para las licencias de operación como para las licencias de construcción de plantas nucleares. De esta forma, el 10 Code of Federal Regulation 50.57(a) (1978) requiere una “garantía razonable” de seguridad como condición antes de otorgar una operating license; y, la 42 United States Code 2039 (1976) establece la necesidad de que haya signos de estándares de seguridad para otorgar una licencia de construcción.

¹⁰⁹ Para revisar un debate sobre los altos costos de semejante prueba, véase: United States Council on Environmental Quality, Sixth Annual Report. pp. 26-28 (1975).

¹¹⁰ Véase: FREEDMAN, Daryl. “Reasonable Certainty of No Harm: Reviving the Safety Standard for Food Additives, Color Additives, and Animal Drugs”. ECOLOGY L.Q. 7. 1978. pp. 277-278, citando a VERRET, J y J. COOPER. “Eating May Be Hazardous to Your Health”. 1974. pp. 51-56; DONIGER, David. “Federal Regulation of Vinyl Chloride: A Short Course in the Law and Policy of Toxic Substances Control”. ECOLOGY L.Q. 7. 1978. p. 512.

¹¹¹ Véase: DONIGER, David. Nota 110, *supra*. p. 514.

para realizar esta labor serán quienes tengan el mayor potencial conflicto de intereses –son representantes de la industria o profesión regulada–.

Tercero, es usualmente más difícil determinar los beneficios de una sustancia particular que determinar sus riesgos. Determinar los beneficios para la salud, en el caso de un aditivo químico, en principio, genera dificultades iguales a la determinación de sus riesgos, además del problema de evaluar los riesgos para la salud de los potenciales sustitutos hacia los que los consumidores se trasladarían¹¹². De forma similar, si no se otorga licencia a una planta nuclear debido a los daños potenciales que puede causar, también tendría que considerarse los beneficios de la provisión de energía adicional, los peligros que presentan los cortes de energía, así como los peligros generados por fuentes alternativas de energía como el carbón¹¹³. Cada una de estas decisiones, como la decisión inicial relacionada a los potenciales peligros de la planta de energía, requiere una experiencia considerable y la aplicación de estándares vagos. Asimismo, es claro que tanto los aditivos de las comidas como las plantas nucleares ofrecen beneficios no relacionados a la salud, y estos beneficios deben ser evaluados y ponderados junto con los daños que puedan causar a la salud.

Cuarto, las agencias evalúan los productos existentes sobre la base de criterios diferentes a aquellos usados para los nuevos competidores. En el caso de los aditivos para comidas, los reguladores generalmente crean otros problemas al imponer una estricta carga de la prueba sobre los manufactureros que buscan introducir nuevas sustancias¹¹⁴. El efecto de imponer requisitos de prueba rígidos es hacer más costosos tales productos y reducir la probabilidad de que sean aprobados. Así, un nuevo producto puede ser desechado incluso si es que, en realidad, supone un menor peligro y mayores beneficios que un producto que ya está en el mercado. En el caso de un producto existente, grupos significativos de consumidores o trabajadores han expresado preferencias por éste y presumiblemente algún beneficio debe haber demostrado, por lo que el regulador no estará muy inclinado a prohibirlo.

Finalmente, los problemas que se dan con la revisión judicial y las limitaciones de los procedimientos

administrativos son más pronunciados en el caso de evaluación individualizada, ya que la naturaleza del proceso es más cercana a una autorización individual que a un proceso de emisión de una norma general.

C. Regímenes alternativos

Los méritos de la regulación clásica sólo pueden ser juzgados después de compararlos con las alternativas disponibles. La desregulación no es la única alternativa. El gobierno tiene disponible un número de herramientas o regímenes alternativos que pueden usarse o introducirse para lidiar con las fallas del mercado. Al hacer comparaciones para identificar casos en que puede producirse un grave fracaso regulatorio, deben tomarse en cuenta los siguientes regímenes alternativos:

1. Mercados desregulados supervisados a través de las normas de defensa de la competencia

Al decidir si debe establecerse regulación, es conveniente comparar los probables defectos del mercado desregulado con la potencial efectividad, y sus probables defectos, de la regulación clásica¹¹⁵. No obstante, debe reconocerse que los mercados desregulados están sujetos a las leyes de defensa de la competencia –una forma de intervención del Estado destinada a mantener un mercado competitivo viable–¹¹⁶. La aplicación de las normas de defensa de la competencia es una forma de regulación gubernamental que, a diferencia de la regulación económica “clásica”, busca que el mercado alcance condiciones de competencia en vez de tratar de simular los resultados que generaría la competencia.

Las leyes de defensa de la competencia son más efectivas en su esfuerzo por preservar las estructuras del mercado competitivo a través de la prohibición de fusiones y adquisiciones de empresas¹¹⁷. Cuando los casos involucran transacciones muy publicitadas y sustanciales, como grandes fusiones corporativas y la cura –el mandato– es relativamente simple, la aplicación de las normas de defensa de la competencia puede ser altamente efectiva. La eficacia de la ley es más debatible cuando su exigibilidad involucra descubrir una

¹¹² Ibid. p. 516 (se señala que la prohibición de ciertos químicos en los aerosoles en 1974 llevó a un mayor uso de los fluorocarbonos, que constituye también una amenaza para el ambiente).

¹¹³ Véase: PLUMLEE. “Perspectives in United States Energy Resource Development”. *Environmental Aff.* 3. 1974. p.1 (beneficios de la fuente de energía nuclear); COCKRELL. “Coal Conversion by Electric Utilities: Reconciling Energy Independence and Environmental Protection”. En: *Hastings Law Journal* 28. 1977 (problemas relacionados con el uso del carbón como una fuente de energía). Véase, en general: BREYER, Stephen. “Vermont Yankee and the Courts’ Role in the Nuclear Energy Controversy”. En: *Harvard Law Review* 91. 1978. p. 1833.

¹¹⁴ Véase: FREEDMAN, Daryl. Nota 110, *supra*. pp. 256-259.

¹¹⁵ Véase: AREEDA, Phillip y Donald TURNER. Nota 37 *supra*. p. 401. No obstante, véase también: KAYSEN, Carl y Donald TURNER. Nota 13 *supra*. p. 82 (en el que se declara a la noción de la *workable competition* como un “estándar de política pública indeseable”).

¹¹⁶ Véase, por ejemplo, Clayton Act 2, 3, 15; United States Code 13, 14 (1976); Federal Trade Commission Act 5, 15; United States Code 5 (1976).

¹¹⁷ AREEDA, Phillip y Donald TURNER. Nota 37 *supra*, 406b (las políticas públicas realistas de Libre Competencia se contentan al inhibir la creación o la extensión del poder de mercado a través de una concentración empresarial).

conducta subrepticia como la fijación concertada de precios entre competidores. Sin embargo, estas leyes están pensadas generalmente para evitar la fijación concertada de precios, boicots, divisiones del mercado y otras conductas similares, incluyendo los casos en que las empresas imponen precios por debajo de costos. La mayor fortaleza de las leyes de defensa de la competencia estriba en su capacidad de preservar la competencia en los mercados que son estructuralmente competitivos.

Muchos podrían argumentar que la eficacia de las leyes de defensa de la competencia es mínima cuando su exigibilidad requiere largos litigios, como en los casos de monopolización y aquellos que buscan restaurar la competencia en mercados que están altamente concentrados. Los casos de monopolios tradicionales demoran muchos años para concluir¹¹⁸. Además, la misma ley, como ha sido tradicionalmente interpretada, permite que quienes la aplican reestructuren mercados únicamente cuando una sola empresa monopoliza el mercado, más no cuando son varias las empresas que conjuntamente pueden ejercer poder de mercado significativo en industrias altamente concentradas¹¹⁹.

La exigibilidad de las normas de defensa de la competencia no es una herramienta útil para controlar el poder de mercado de un monopolio natural, pues los remedios que usualmente permiten dichas normas, como separación estructural ("*divestiture*"), son inapropiados. Asimismo, la exigibilidad de las normas de defensa de la competencia no es directamente relevante al problema de los costos colaterales o a las fallas del mercado para ofrecer información adecuada a los consumidores (a menos que dicha falla sea consecuencia de una colusión). Estas normas son más útiles para lidiar con problemas de "competencia excesiva", en tanto implican un temor sobre "precios predatorios".

2. Regulación para revelar información

La regulación que requiere revelar información es tan común hoy en día que puede entenderse como otra forma de "regulación clásica". Sin embargo, se presenta aquí como un régimen alternativo porque no regula los procesos productivos, la cantidad ofertada, el precio o la asignación de los productos, ni restringe

la influencia de la elección individual en el mercado como lo hacen los modelos regulatorios clásicos discutidos líneas arriba. Además, al igual que las normas de defensa de la competencia, puede considerarse que facilita el logro de un mercado más competitivo.

La legislación que requiere divulgar información puede ser usada para propósitos absolutamente no económicos, como puede ser el ayudar a la exigibilidad de la ley en contra del juego¹²⁰, o a informar a los electores acerca de los contribuyentes de las campañas¹²¹. Cuando es usada para propósitos de regulación económica, la divulgación típicamente contribuye a que los compradores tomen decisiones mucho más informadas. El regulador debe establecer estándares que estipulen qué ha de ser divulgado, dónde y cómo. También debe decidir cómo serán exigidos estos estándares. Al establecer tales estándares, tendrá que lidiar con los problemas de información, exigibilidad, efectos anticompetitivos y revisión judicial, los cuales influyen en otras formas de establecimiento de estándares¹²².

Considérese, por ejemplo, los problemas que afronta la ASTC al decidir qué combinación de características de distancia de frenado, desgaste y resistencia al desinflado de neumáticos para autos debería ser revelada y de qué forma¹²³. La agencia reguladora tuvo gran dificultad para recoger la información necesaria para desarrollar un sistema conveniente de calificación. Desarrollar un sistema de pruebas justo para propósitos de exigibilidad resultó ser muy difícil; hubo quienes temieron que el sistema de calificación favoreciera a algunas empresas frente a otras. Asimismo, preparar el sustento necesario para superar la revisión judicial tomó mucho tiempo. Todo el proceso duró 8 años¹²⁴.

Sin embargo, hay una importante diferencia entre los estándares para revelar información y los estándares comunes que buscan dirigir el comportamiento mismo de los agentes. Cuando los estándares comunes prohíben o definen el tipo de producto que debe ser vendido o el proceso que debe ser usado, interfieren con la elección del consumidor e impiden la flexibilidad del productor. Cuando dichos estándares se desvían del "ideal planeado por los creadores de política pública" (como inevitablemente sucede), estas restricciones en la elección y la conducta resultan

¹¹⁸ POSNER, Richard. "A Statistical Study of Antitrust Enforcement". En: *Journal Law and Economics* 13. 1970. pp. 374-381.

¹¹⁹ KAYSEN, Carl y Donald TURNER. Nota 13 *supra*. pp. 110-111.

¹²⁰ No obstante, véase: *Grosso versus United States*. 390 *United States* 62 (1968); *Marchetti versus United States*. 390 *United States* 39 (1968), en donde la Corte Suprema sostuvo que los estatutos de los impuestos a los juegos de azar ordenaban que los apostadores se registren y paguen un impuesto sobre los premios, forzando así que se hagan públicas las faltas federales y estatales. De esta manera, fueron violentados los privilegios de la quinta enmienda contra la auto-incriminación.

¹²¹ Federal Election Campaign Act of 1971. 2 *United States Code*. 1976. pp. 431-456.

¹²² *Ibid.* pp. 571-575.

¹²³ GOTBAUM, Joshua. Nota 84 *supra*, apéndice D. p. 7 y nota 9.

¹²⁴ *Ibid.* Sección sobre calidad uniforme de neumáticos. pp. 11-20.

claramente indeseables. En cambio, los estándares que exigen revelar información no restringen la conducta más allá de exigir que dicha información se brinde. La libertad de acción que permite la regulación para revelar información reduce notoriamente el costo de las desviaciones del "ideal planeado por los creadores de política pública". En el peor de los casos se habría exigido que se revele demasiada información o una que es equivocada. Esto no evita que los compradores obtengan los productos, o que los productores los produzcan. Así, cuando los reguladores eligen establecer obligaciones de revelar información no necesitan elaborar estándares tan meticulosos. En efecto, requieren menos información de la industria, hay menores problemas para la exigibilidad, hay menos riesgo de daño a los competidores y hay una mayor probabilidad de superar la revisión judicial. Si bien la NHSTA encontró varios problemas al tratar de establecer estándares para revelar información sobre neumáticos para autos, sus problemas hubieran sido mayores si hubiese establecido estándares comunes que definieran qué tipos de neumáticos podían o no ser manufacturados. De forma similar, quienes trabajan en la industria de seguros parecen considerar que los esfuerzos de la SEC para detener el fraude bursátil utilizando estándares que solamente requieren revelar información son más exitosos y más eficientes que los esfuerzos estatales para hacerlo mediante leyes que comúnmente establecen estándares de comportamiento¹²⁵.

Es evidente que revelar información sólo es efectivo cuando el público puede entender la información que se revela y es libre de escoger sobre la base de esa información. Donde estas condiciones existen, los estándares para revelar información ofrecen vías menos restrictivas que los estándares que definen el comportamiento para obtener un determinado objetivo regulatorio.

3. Impuestos

Los impuestos generalmente buscan incrementar los ingresos del erario público o estimular determinados comportamientos ofreciendo descuentos especiales o créditos. Rara vez estos han sido específicamente utilizados para sustituir la regulación. Los impuestos pueden ser eficazmente utilizados cuando la regulación simplemente busca transferir ingresos, por ejemplo,

cuando la fijación de tarifas basada en costos se usa para controlar las "rentas" o ganancias inesperadas que puedan obtener quienes controlan fuentes escasas y de bajo costo de aceite, gas natural o viviendas. Además, los impuestos pueden ser usados para evitar una conducta socialmente indeseable, como es la contaminación. Así, puede que complemente o sustituya el establecimiento de estándares clásicos.

En cuanto al área de transferencia de ingresos, los impuestos tienen la ventaja de evitar los mayores defectos de la fijación de tarifas basada en costos. Ellos permiten precios que igualan la demanda a la oferta y, de esta forma, evitan la escasez. Aplicados en el área destinada a guiar conductas, los impuestos tienen muchas características que pueden ser ventajosas¹²⁶. El mismo hecho de que no prohíban una actividad o un producto totalmente significa que aquellos con necesidades especiales y voluntad de pago puedan obtenerlo. De esta forma, los impuestos reducen el riesgo (presente con el establecimiento de estándares) de causar serios daños en un caso especial no previsto. Los impuestos involucran al regulador menos directamente con las empresas reguladas, mitigando de esta forma el instinto "proteccionista" presente en gran parte de la regulación clásica. Quizá aun más importante es que los impuestos, a diferencia de los estándares clásicos, proveen incentivos para más cambios tecnológicos e innovación en la dirección socialmente deseada. Por ejemplo, si bien los estándares pueden establecer un máximo nivel aceptable de emisiones de sulfuro, no proveen de un incentivo para emitir menos.

Sin embargo, sustituir la regulación clásica por un impuesto genera muchos problemas graves. Aplicar un impuesto al consumo en vez de la fijación de tarifas según costos para capturar excesos de ganancia requiere que el administrador establezca los límites del impuesto. Si el límite superior se da sobre la base de costos de producción, esos costos han de ser determinados. Si el límite superior ha de ser el precio del mercado libre entonces el regulador debe decidir qué precio de mercado usar. Usar un impuesto en lugar de establecer un estándar para controlar los efectos colaterales requiere que el administrador determine, tanto el nivel del impuesto como la cantidad aceptable de la conducta a la que se aplica el impuesto. Dejando de lado el propósito

¹²⁵ LOSS, Louis. "Securities Regulation". Segunda edición. 1961. pp. 121-128.

¹²⁶ Un número de economistas ha insistido en utilizar a los impuestos para controlar la contaminación. Véase, por ejemplo, KNEESE, Allen. "Economics and the Environment". 1977; KNEESE, Allen y Charles SCHULTZE. Nota 7 *supra*; BUCHANAN, James y Gordon TULLOCK. "Polluters' Profits and Political Response: Direct Controls versus Taxes". En: American Economic Review 65. 1975. p. 139; BAUMOL, William J. "On Taxation and Control of Externalities". En: American Economic Review 62. 1972. p. 307; FREEMAN, Myrick y Robert HAVEMAN. "Residual Charges for Pollution Control: A Policy Evaluation". En: Bell Journal of Economics and Management Science 177. 1972. p. 322. Ver, en general, SURREY, Stanley. "Pathways to Tax Reform: The Concept of Tax Expenditures". 1973. pp. 155-174 (apéndice: Una nota sobre los impuestos regulatorios). Una versión más larga de esta subsección sobre impuestos como una alternativa a la regulación aparecerá en la revista Growth and Change comienzos de 1979.

del impuesto también debe decidirse cómo se gastará lo recaudado, qué comité del Congreso tendrá la jurisdicción legislativa, y qué agencia reguladora tendrá la jurisdicción administrativa sobre el impuesto. Más aún, debe reconocerse que las comisiones del Congreso tienen por objetivo tratar temas macroeconómicos y pueden no serles familiares los objetivos microeconómicos a los que el impuesto regulatorio apunta. Esto agravará el problema de hacer políticamente aceptable el impuesto. A pesar de estas dificultades, los problemas que surgen con los impuestos pueden ser significativamente menos serios que aquellos derivados del sistema regulatorio que estaría sustituyendo. Y el mismo hecho de que esos problemas sean diferentes de los que acompañan a la regulación clásica sugiere que la aplicación de un régimen de impuestos debe tenerse en cuenta como una alternativa posible.

4. Asignación por el mercado o incentivos de mercado

Al aplicar los impuestos al problema de los efectos colaterales, comúnmente será difícil determinar el nivel correcto de regulación de forma que pueda lograrse el resultado esperado. Este y otros problemas involucrados al usar los impuestos para controlar los efectos colaterales pueden ser superados, en alguna medida, a través del uso de un sistema cercanamente relacionado de incentivos de mercado: se establece un número limitado de derechos para realizar una determinada conducta (como, por ejemplo, contaminar) y luego son comprados y vendidos en el mercado libre. Eventualmente, aquellos dispuestos a pagar más por el privilegio de llevar a cabo tal conducta (que son usualmente los que comprarán los derechos) serán aquellos para los que los costos de evitar o limitar la conducta son más altos. Aunque en un sistema así surge el problema de la asignación inicial de derechos (que podría ser resuelto mediante un sistema de mercado, como un concurso), lo que sigue incorpora la flexibilidad y la libertad de elección inherente al mercado competitivo. Si bien el sistema fue creado originalmente para lidiar con la contaminación, puede ser utilizado siempre que se desee limitar artificialmente cuánto se realiza determinada actividad, y no es necesario que la asignación del derecho a realizar la actividad se efectúe sobre la base del "interés público".

5. Negociación

La mayor ventaja de la negociación como método de lidiar con los problemas regulatorios es que logra el

consenso. El acuerdo entre aquellos que son afectados por la regulación tiende a evitar las distorsiones y dificultades derivadas del carácter adversario de la regulación clásica y su procedimiento formal de ir de atrás para adelante¹²⁷. La negociación también permite que las partes maximicen los beneficios que pueden obtener de los otros: cada parte establece sus propias prioridades y luego cede aquellas que quiere menos por las que quiere más. Con la negociación, es más fácil ajustar reglas diferentes a necesidades especiales, tornándose en más probable el cumplimiento voluntario.

Las mayores debilidades de la negociación son tres: primero, debe haber algún mecanismo para forzar a las partes a que lleguen a un acuerdo, y ese mecanismo puede afectar sus fortalezas comparativas de negociación¹²⁸. Segundo, los beneficiarios de la regulación pueden no organizarse o no ser lo suficientemente fuertes para hacer que el proceso tenga sentido. Tercero, la decisión final puede afectar a terceros que no fueron parte de la negociación y que no pudieron protegerse¹²⁹. A pesar de estos problemas, la negociación colectiva está pensada para funcionar correctamente en las relaciones laborales, donde la necesidad de lograr consenso es primordial. Sin embargo, cuando es aplicada a temas regulatorios, el consenso puede ser entendido como menos importante. Es muy probable que el gobierno imponga sus propias soluciones. Además, las partes afectadas estarán dispuestas a aceptar más fácilmente sólo respecto de los "peores escenarios", es decir, los ejemplos más obvios del problema que busca resolver el programa regulatorio; no obstante, lograr un acuerdo sobre cómo proceder contra problemas menos evidentes puede ser muy difícil. A medida que se abandona el ideal de la regulación perfecta y comienzan a entender los serios problemas que enfrenta cada modalidad de regulación clásica, el uso de la negociación se convierte en una alternativa atractiva.

6. Cambios en las reglas de responsabilidad

En ciertos campos en que se producen efectos colaterales, como la seguridad frente a accidentes y la contaminación ambiental, los académicos han sugerido cambios en el Derecho de Responsabilidad Civil que fomente la elaboración de productos más seguros o el mayor uso de procesos libres de contaminación¹³⁰. La lógica detrás de estas propuestas es incrementar el riesgo de responsabilidad (y, por ende, el costo) para

¹²⁷ Para revisar dos piezas claves sobre las virtudes de la negociación colectiva véase: COX, Archibald y John DUNLOP. "The Duty to Bargain Collectively During the Term of an Existing Agreement". En: Harvard Law Review 63. 1950. p. 1097.

¹²⁸ Véase en general: COX, Archibald, BOK, Derek y Robert GORMAN. "Cases and Materials on Labor Law". Octava Edición. 1977. pp. 531-565.

¹²⁹ Ibid. pp. 567-572.

¹³⁰ Véase, por ejemplo, CALABRESI, Guido. Nota 27 *supra*.

aquellos que pueden reducir más fácilmente el riesgo de accidentes o el nivel de, por ejemplo, contaminación del aire. Sin embargo, confiar en cambios en las reglas de responsabilidad por lo general no ha sido suficiente¹³¹. Los costos de los procesos judiciales son elevados y quienes sufren daños pueden tener insuficientes incentivos para demandar. Es muy probable que los resultados varíen de corte en corte, al menos en cuanto a la medición de los daños¹³². Finalmente, las decisiones de la corte reflejan inevitablemente consideraciones morales¹³³ y legales que pueden entrar en conflicto con las consideraciones de eficiencia que motivaron la propuesta de cambio en las reglas de responsabilidad.

7. Nacionalización

La nacionalización como alternativa no es tan popular en los Estados Unidos como en otros lugares. En principio ofrece una solución preferible a muchas fallas de mercado dado que elimina la relación adversaria entre regulador y empresa. En la práctica, sin embargo, se ha considerado que tiene dos defectos políticos serios. Sus críticos temen que la colocación del personal refleje consideraciones políticas. Ambrose Bierce, por ejemplo, definió a un faro como una "edifición alta en la costa en el cual el gobierno mantiene una lámpara y al amigo de un político"¹³⁴.

Segundo, el personal de la empresa nacionalizada puede verla, o aquellos que trabajan para el gobierno puede que la vean como un instrumento que les sirve para llevar a cabo una variedad de "objetivos sociales deseables". Por ejemplo, el Directorio Central de Generación de Electricidad de Inglaterra encontró que no le permitían subir los precios durante épocas de seria inflación, ya que debía "dar el ejemplo" a los demás¹³⁵. Los resultados fueron precios bajos, anti-económicos, la distorsión en la demanda y grandes subsidios a la electricidad¹³⁶. De forma similar, las empresas aéreas británicas y francesas nacionalizadas fueron forzadas a comprar el Concorde por razones de "prestigio nacional", a pesar de que hacerlo no era aconsejable económicamente hablando¹³⁷.

II. EL MARCO CONCEPTUAL APLICADO

A. Principios generales

El marco conceptual presentado consiste, entonces, en tres grupos de consideraciones: a) las fallas típicas del mercado que motivan la regulación; b) las modalidades de regulación clásica y los problemas que las acompañan; y, c) los regímenes alternativos. La aplicación de este marco conceptual básico puede alertar a un administrador o a alguien que propone nuevos programas regulatorios sobre la existencia de problemas, y puede guiarlo hacia soluciones alternativas. El problema contemporáneo de controlar los costos médicos en aumento es un ejemplo. Como fue explicado anteriormente, un posible problema relacionado con la confianza en el libre mercado es el "riesgo moral", el cual provoca que los hospitales no tengan incentivos para mantener los precios bajos. La Administración ha propuesto un programa regulatorio que mantendrá los precios en los hospitales a costos históricos, más un porcentaje fijado estatutoriamente con una fórmula¹³⁸. Aquellos que hayan considerado este programa deberían tener en cuenta que el sistema histórico de fijación de precios evoluciona hacia la fijación de precios en base a costos, obligando la necesidad de hacer excepciones a la consideración de casos individuales¹³⁹. En el caso de los hospitales, las razones para crear excepciones pueden incluir nuevas unidades, especiales necesidades históricas, bienes inusualmente costosos que se requieren por la naturaleza del servicio o por la necesidad de los usuarios, e inhabilidad de detener el incremento de salarios. Dada la capacidad de los hospitales para dirigir sus exigencias directamente al Congreso, es poco probable que el regulador pueda ignorar sus reclamos para la creación de excepciones.

La fijación de tarifas según costos, a su turno, trae consigo el conjunto típico de problemas que acompañan dicho régimen, incluyendo aquellos relacionados con el año de prueba, la ineficiencia y la estructura de precios. Considerando que quienes crean esta clase de programa lo hacen para mejorar la

¹³¹ Véase: CALABRESI, Guido y Dan MELAMED. Nota 27 *supra*. pp.1089-1124 (insistiendo en una aproximación unificada a la propiedad y la responsabilidad civil para que las "titularidades" estén protegidas).

¹³² *Ibid.* pp. 1115-1124.

¹³³ Véase, por ejemplo: FLETCHER, George. "Fairness and Utility in Tort Theory". En: Harvard Law Review 85. 1972. p. 537.

¹³⁴ BIERCE, Ambrose. "The Devil's Dictionary". 1957. p. 107.

¹³⁵ Para revisar una discusión sobre las políticas públicas de precios de la Central Electricity Generating Board's, véase, en general: CREW, Eric. "Electricity Tariffs in Public Enterprise". Edición de 1968. pp. 258-283.

¹³⁶ Véase, por ejemplo, BEVAN. "The Nationalized Industries in the economic system in the U. K.". Edición de 1977. pp. 439, 441 ("Desde (1967) las industrias nacionalizadas (británicas) fueron usadas repetidamente como *blunt instruments* del manejo macroeconómico para el eclipse completo de las reglas de asignación desarrolladas meticulosamente en 1960").

¹³⁷ STEWART, Michael. "The Jekyll and Hyde years: Politics and Economic policy since 1964". 1977. p. 32.

¹³⁸ 95avo Congreso, sesión 1. 1391. 11 Hospital Cost Containment Act. 1977. "Hearings before the Subcommittee on Health and Scientific Research of the Senate Committee on Human Resources". 95avo Congreso, sesión 1. 1977. p. 3; pp. 7-9 (archivado en el comité).

¹³⁹ Ver: *Ibid.* pp. 565-566.

eficiencia, saber que la fijación de tarifas según costos es incapaz de promover la eficiencia –tal vez su más grande debilidad– vuelve cuestionable este esquema.

Una alternativa para controlar los costos médicos es imponer un límite para los gastos de capital, pero exigir que los hospitales obtengan un “certificado de necesidad” antes de realizar tales desembolsos también puede traer problemas¹⁴⁰. El marco conceptual sugiere que el regulador enfrentará un problema de asignación, al menos si el número de certificados es limitado y debe ser asignado a los hospitales que tienen excesiva demanda por los mismos. El regulador puede tratar de encontrar un grupo de criterios para elegir, objetiva y automáticamente, a los postulantes –por ejemplo, permitiendo que los hospitales continúen operando lo que tienen actualmente–, creando categorías y asignando a través de alguna forma de cuota u otorgando certificados “igualmente” entre los competidores. Pero es poco probable que exista algún grupo de estándares que pueda obviar la necesidad de crear numerosas excepciones especiales, particularmente si se establece un límite de gasto para un área determinada. De esta forma, los reguladores serán llevados hacia una asignación según el interés público. Luego, habrá demasiados estándares o factores relevantes para una decisión, sin que haya una forma clara para balancearlos, con lo cual el regulador se enfrascará en procedimientos largos que lleven a decisiones inconsistentes. Para evitar estos problemas, que están típicamente asociados a la asignación según el interés público, podría permitirse que los hospitales negocien por sí mismos y establezcan cómo se asignará la titularidad del certificado de necesidad (como sucede en algunas ciudades en las que se administran programas de certificados de necesidad)¹⁴¹. Una negociación de este tipo puede ser desventajosa para los nuevos, no totalmente racional y puede reflejar consideraciones políticas. Pero, el hecho de que logre consenso entre los directamente afectados, que las partes concedoras tomen la decisión sobre la asignación, y que los supuestos más evidentes de desperdicio de recursos sean evitados, puede dar lugar a que la negociación sea una solución preferible a cualquier otra forma de regulación clásica.

El ejemplo anterior sugiere varios principios generales que se derivan del marco conceptual. Primero, la regulación debería estar destinada a aplicarse a los escenarios más complicados, y los reguladores deberían buscar reglas simples para enfrentar dichos escenarios. Los esfuerzos

por resolver cada pequeño defecto y cerrar cada posible vacío legal son finalmente contraproducentes. Segundo, los reguladores deberán preferir sistemas de incentivos y la negociación cuando sea posible, con la finalidad de inducir a una conducta más aceptable. Los incentivos proveen un método práctico para reconciliar la necesidad de reglas regulatorias simples con la diversidad y complejidad del mundo industrial¹⁴². La negociación provee de un método práctico para identificar los escenarios más complicados y obtener cooperación efectiva, de manera tal que se pueda lidiar con ellos.

Finalmente, enfocarse en los problemas que acompañan a la regulación clásica fortalece la idea de ver a la regulación económica con una perspectiva pro-competitiva y adoptar una aproximación “alternativa menos restrictiva”. Ante la ausencia de una falla de mercado significativa, debería confiarse en el mercado no regulado. Cuando el daño producido por el mercado no regulado es serio, se debería intentar, primero, utilizar sistemas regulatorios de incentivos (impuestos) o de revelación de información y, sólo cuando estos sistemas no funcionen deberían utilizarse los métodos regulatorios clásicos.

B. La selección de candidatos para la reforma: el emparejamiento de objetivos y regímenes

Esta sección discutirá las implicaciones del marco conceptual para las reformas sustantivas de la regulación económica existente. Es muy probable que los esfuerzos por lograr la reforma sean fructíferos en aquellos casos en los que los daños causados por la regulación sean serios y la racionalidad de la regulación no sea evidente, o existan regímenes menos restrictivos que la regulación clásica que permiten lograr los mismos objetivos esperados. En las líneas que siguen sugeriré varias máximas que fluyen de este análisis e ilustraré los problemas de la regulación con ejemplos contemporáneos.

1. Industrias estructuralmente competitivas (competencia excesiva)

Cuando la regulación clásica de precios y de entrada se aplica a una industria estructuralmente competitiva, debe considerarse la abolición de la regulación y optar por un mercado no regulado, el cual se encuentre supervisado a través de las normas de defensa de la competencia. Tres argumentos sustentan esta conclusión.

¹⁴⁰ Ver: Public Health Service Act 1532, 42 United States Code 300n-1 (1976) (allí se establecen los procedimientos y criterios a ser usados por las agencias de planeamiento de salud del Estado al considerar los cambios propuestos en el sistema de servicios de salud).

¹⁴¹ Véase por ejemplo: HOWELL, Julianne. “Certificate of Need in Massachusetts. Regulation as an Instrument of Public Administration”. 27-28 de febrero. 1978. (reporte inédito, John Fitzgerald Kennedy School of Government, Harvard University) (C.A.T. política de verificación en Boston).

¹⁴² DUNLOP, John. “The Limits of Legal Compulsion”. En: Nov. 11, 1975. pp. 8-9 (artículo inédito ubicado en los archivos de la Harvard Law Review).

Primero, es probable que la aplicación de la regulación de precios y de la entrada produzca daños anticompetitivos innecesarios en mercados que fácilmente pueden tener condiciones de competencia. En particular, la fijación de tarifas según costos inhibe la reducción de precios y la competencia por precios. En un mercado competitivo las empresas sujetas a la fijación de tarifas competirán ofreciendo demasiados servicios o productos de mayor calidad, dando al consumidor más servicio o calidad del que requieren y, eventualmente, cobrando un precio más alto por hacerlo¹⁴³. Segundo, los reguladores encuentran particularmente difícil aplicar la regulación de tarifas según costos en una industria con muchas empresas¹⁴⁴. Tercero, la racionalidad de la regulación de tarifas, en este tipo de industrias, es usualmente débil. La justificación comúnmente dada (la competencia excesiva) no tiene sustento¹⁴⁵. Si realmente se temen posibles prácticas de precios predatorios, se encuentran disponibles alternativas a la regulación, tales como las leyes de defensa de la competencia.

Considérese, por ejemplo, la industria de aerolíneas (previa a la dramática reforma, recientemente introducida en la regulación aérea)¹⁴⁶. Recientes estudios gubernamentales demuestran que la industria aérea es estructuralmente competitiva, y ella se desarrolla a través de diez grandes empresas que proveen más del 90 por ciento del servicio aéreo doméstico¹⁴⁷. Además, existen operadores del servicio local, operadores complementarios y operadores de enlace¹⁴⁸. La industria puede mantener varias, quizá muchas, empresas de tamaño eficiente¹⁴⁹ y las barreras de entrada no son muy altas¹⁵⁰. Aunque los aviones son caros, los nuevos competidores pueden alquilarlos, y la entrada en nuevas rutas no es costosa para las empresas que ya están operando. Las condiciones económicas de la industria son volátiles. La demanda de viajes aéreos está fuertemente afectada por los

cambios en los ingresos personales, y las ganancias dependen mucho del número de personas que deciden viajar¹⁵¹, ya que resulta menos costoso por pasajero volar un avión lleno que en uno vacío. La estructura de costos de la industria es altamente compleja, pues más de veinte mil combinaciones de pares de ciudades reciben servicio aéreo programado, y el costo de atender todas esas rutas varía según diversos factores, tales como la distancia, congestión, maquinaria, tiempo, cantidad de tráfico y su relación con el resto de la red de servicios¹⁵².

La aplicación de regulación clásica de precios y entrada a esta industria causó que las aerolíneas compitan más en los servicios ofrecidos que en los precios¹⁵³. Las aerolíneas no sólo proveen cenas gourmet, sino que también programan más vuelos que los necesarios en las rutas populares, al punto que, por ejemplo, los vuelos transcontinentales sólo estaban llenos en un 39%¹⁵⁴. Las tarifas subieron con el fin de cubrir el costo de la capacidad extra, ocasionada por la limitada competencia en el precio¹⁵⁵. Así, por ejemplo, los operadores intraestatales de California (desregulados por la Dirección de Aeronáutica Civil) que volaban aviones más llenos cobraban cerca de 26 dólares por un viaje de San Diego a San Francisco (de 456 millas y 65 minutos). En una ruta interestatal comparable, un vuelo regulado por la Dirección de Aeronáutica Civil de Boston a Washington de 399 millas y 67 minutos, los operadores interestatales (volando con menos pasajeros en el avión) cobraban 42 dólares¹⁵⁶.

La regulación clásica de precios también tendió a proteger a las empresas que ya estaban dentro de la industria, así como sus participaciones de mercado. La Dirección de Aeronáutica Civil no permitió la entrada a la industria de ninguna empresa nueva después de 1950¹⁵⁷. Las cuotas de mercado de las aerolíneas más grandes en 1975 (comparadas con las de 1938, cuando la industria era

¹⁴³ CAB Hearings. Nota 66 *supra*. p. 97 (presentación de Alfred C. Kahn). (Estas audiencias también son conocidas como las Audiencias Kennedy, puesto que el senador Kennedy las condujo como presidente del subcomité).

¹⁴⁴ Ver: *Ibid.* pp. 84-87 (presentación hecha por Roger G. Noll).

¹⁴⁵ Véase: *Ibid.* pp. 556-557.

¹⁴⁶ Ver: pp. 604-608 y Nota 226 *infra*.

¹⁴⁷ CAB REPORT. Nota 4 *supra*. p. 29.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ Ver las CAB Hearings. Nota 66 *supra*. p. 50 (presentación hecha por Thomas E. Kauper); *Ibid.* p. 65 (presentación hecha por Gary L. Seevers y James C. Miller, III); *Ibid.* pp. 453-454 (testimonio de William A. Jordan). Véase también: DOUGLAS, George y James MILLER. "Economic Regulation of Domestic Air Transport: Theory and Policy". 1978. p. 178.

¹⁵⁰ Véase el CAB REPORT. Nota 4 *supra*. p. 49. También revítese: CAB Hearings. Nota 66 *supra*. p. 10 (testimonio de Barnum, secretario de transportes en funciones).

¹⁵¹ CAB Hearings. Nota 66 *supra*. pp. 2240-2263 (presentación hecha por Herbert H. Moser).

¹⁵² *Ibid.* pp. 42-46 (aunque se concluye que estos factores no explican las diferencias entre tarifas dentro de California y en la costa este). Véase también: 49 United States Code 1482(e). 1970 (sobre los factores que el CAB debe tomar en cuenta para determinar los precios).

¹⁵³ CAB Hearings. Nota 66 *supra*. pp. 104-105.

¹⁵⁴ CAB REPORT. Nota 4 *supra*. p. 64.

¹⁵⁵ *Ibid.* pp. 38-40.

¹⁵⁶ *Ibid.* p. 43 (tarifario de 1975).

¹⁵⁷ *Ibid.* pp. 78-79.

1/435 de su tamaño) mostraron una estabilidad notable¹⁵⁸. Finalmente, había poco incentivo para desempeñarse más eficientemente. Las aerolíneas que tenían costos menores no podían buscar más clientes cobrando precios menores, u ofreciendo menos asientos pero más amplios¹⁵⁹. Aquellos con costos mayores y menores ganancias eran frecuentemente recompensados con rutas más lucrativas, a fin de “balancear” la industria¹⁶⁰. La industria estuvo plagada por un grupo de problemas regulatorios típicos: retraso, falta de estándares, favoritismo al otorgar las rutas, procedimientos interminables y definición secreta de las políticas más importantes (sin realizar audiencias públicas).

Para aquellos familiarizados con el proceso regulatorio clásico y sus problemas descritos en la parte I, estas quejas y efectos adversos no son sorprendentes. ¿Cómo iba a aplicar la Dirección de Aeronáutica Civil la fijación de tarifas según costos en una industria tan compleja, volátil y competitiva? Hay demasiadas empresas, rutas y cambios para hacerlo empresa por empresa y ruta por ruta. Por un tiempo, la Dirección trató de negociar los cambios en los precios de forma privada con la asociación de empresas aéreas. Este método –secreto, informal y falto de participación del consumidor– se consideró ilegal¹⁶¹. Luego, la Dirección de Aeronáutica Civil desarrolló un conjunto de reglas, después de elaboradas audiencias abiertas, que determinaban automáticamente los precios, anclándolos a los cambios en los costos generales de la industria¹⁶². Aunque esas reglas eran “justas” y administrativamente viables (pues exceptuaban la necesidad de audiencias individualizadas), congelaron los precios y prohibieron la competencia por precios, canalizando la energía de las aerolíneas hacia la competencia por el servicio. De forma similar, los problemas ya familiares, asociados con la asignación según el “interés público”, se hicieron presentes en las dificultades de la Dirección de Aeronáutica Civil para asignar los certificados de rutas. La Dirección encontró difícil separar las preguntas sobre el “quién” y el “qué”, no encontró un juego de estándares consistente para utilizar, sus procedimientos

eran largos e inmanejables y sus decisiones fueron tachadas de injustas y posiblemente corruptas¹⁶³.

No es difícil entender la incapacidad de la Dirección de Aeronáutica Civil para estimular una mayor eficiencia de la industria. Toda fijación de tarifas según costos tiene el problema de la eficiencia. Además, la necesidad de un sistema de precios administrable llevó a la Dirección a adoptar reglas como: “a iguales millas igual tarifa”¹⁶⁴. Dado que una diferencia en las millas recorridas daba lugar a costos distintos, la Dirección de Aeronáutica Civil encontró difícil determinar si los bajos ingresos de las empresas eran consecuencia de su ineficiencia o de una inadecuada estructura de rutas¹⁶⁵. Los argumentos para mantener la regulación parecían no tener fundamento, ya que la justificación de la regulación clásica en este contexto era débil. Aunque las aerolíneas hablaban de “competencia excesiva”, el término no tenía mayor significado en su aplicación¹⁶⁶. Si bien las aerolíneas afirmaban que una mayor competencia en las rutas populares destruiría las ganancias extra utilizadas para financiar el servicio en comunidades más pequeñas, la investigación detallada mostró que no había ganancias extra significativas ni tampoco muchos subsidios cruzados¹⁶⁷. Hace mucho tiempo, las aerolíneas habían discontinuado las rutas que no daban ganancias. En lo relacionado con la “competencia excesiva”, referida al temor por precios predatorios, las leyes de defensa de la competencia estaban disponibles para lidiar con el problema¹⁶⁸. De esta forma, la regulación de la aerolíneas presentaba un caso en el que la justificación para la regulación clásica era inusualmente débil, los problemas inherentes a la aplicación de los métodos regulatorios relevantes (fijación de tarifas según costos y la asignación según el interés público) eran inusualmente severos y, en todo caso, un mercado no regulado –supervisado a través de las normas de defensa de la competencia– resultaba una alternativa aceptable.

2. Control de rentas

La regulación clásica de precios y entrada no es adecuada para lidiar efectivamente con el problema del

¹⁵⁸ United Airlines tenía aproximadamente el 20% del mercado en 1938, y todavía tenía 20% del mercado en 1975. A pesar de las concentraciones de empresas y otros cambios, la industria estuvo compuesta por las dieciséis empresas originales (ahora reducidas a diez). Véase: CAB REPORT. Nota 4 *supra*. pp. 79-80; *Moss versus Civil Aeronautics Bd. 521 F. 2d 298 (D.C. Circuit) (1975)*.

¹⁵⁹ Véase CAB REPORT. Nota 4 *supra*. pp. 87-88.

¹⁶⁰ *Ibid.* p. 119.

¹⁶¹ *Moss versus Civil Aeronautics Bd. 521 F. 2d 298 (D.C. Circuit) (1975)*.

¹⁶² Véase: CAB REPORT. Nota 4 *supra*. pp. 109-112.

¹⁶³ *Ibid.* pp. 95-96.

¹⁶⁴ *Ibid.* pp. 111-112.

¹⁶⁵ *Ibid.* pp. 118-120.

¹⁶⁶ *Ibid.* pp. 60-62.

¹⁶⁷ Un examen detallado del sistema de rutas de United Airlines reveló que como máximo 0.1% de los ingresos por milla tenía un subsidio cruzado. Véase: *Ibid.* pp. 65-68. Es más, el cobro de una tarifa elevada de 42 dólares en la ruta Boston-Washington no generó rentas para un subsidio cruzado. American Airlines estimó su costo total asignado para un vuelo Boston-Washington en 5752 dólares por viaje, mientras que sus ingresos promedio eran de 5544 dólares, generando un promedio de pérdida neta de 208 dólares. *Ibid.* pp. 45-46.

¹⁶⁸ 15 United States Code 2. 1976. Véase en general: AREEDA, Phillip y Donald TURNER. Nota 37 *supra*.

control de rentas; de ordinario, los impuestos o la desregulación son preferibles. El objetivo del control de rentas es capturar las ganancias inesperadas obtenidas por los productores y transferirlas a los consumidores. Las ganancias inesperadas se logran por la venta de *stocks* (existentes o antiguos) de un bien transable cuyo costo de producción presente se ha incrementado¹⁶⁹. La fijación de tarifas según costos busca transferir estas ganancias inesperadas a los consumidores, manteniendo los precios de las unidades nuevas y antiguas a sus respectivos costos¹⁷⁰. Dado que los precios bajos uniformes no generan nueva producción, mientras que los precios altos uniformes no capturan ganancias inesperadas, los reguladores típicamente establecen precios en niveles, dividiendo la producción entre categorías definidas según sus costos y estableciendo precios bajos o altos, dependiendo de los costos de producción dentro de cada nivel¹⁷¹.

Para usar la fijación de precios según costos de esta forma, los reguladores debe decidir: (i) ¿cuándo el precio del nivel más elevado es lo suficientemente alto como para provocar suficiente producción nueva?; y, (ii) ¿quién obtendrá el producto de precio más bajo? Todos los usuarios querrán éste producto, pero no serán permitidos de concursar por él, pues entonces los precios simplemente se elevarían al nivel más alto. Entonces, ¿cómo puede darse una asignación en este caso? La primera de estas decisiones es, en la práctica, difícil de tomar, tomando en consideración el continuo incremento de los costos de producción. La segunda es una cuestión teórica virtualmente imposible de definir con una solución satisfactoria.

Los problemas asociados con estas decisiones son bien ilustrados por la regulación del precio del gas natural en pozo. La mayor parte del gas viaja a través de ductos interestatales que están regulados por la Comisión Federal de Energía, y es revendido a las compañías de distribución locales, regulado por las

comisiones de servicios públicos estatales¹⁷². Muchos economistas creen que los mercados de producción son competitivos estructuralmente¹⁷³. Varios de los productores más grandes y cientos de los pequeños operan dentro de cada campo¹⁷⁴. El grado de concentración es menor que en la mayoría de industrias americanas¹⁷⁵, y la capacidad de venta de cada compañía es volátil. Las barreras de entrada son bajas, ya que no hay grandes economías de escala, aunque los costos de exploración para la producción de gas son lo suficientemente altos como para requerir una cantidad moderada de capital inicial¹⁷⁶. Cuando los precios en pozo comenzaron a subir en 1950, se demandó el establecimiento de regulación. Esta demanda se hizo realidad cuando la Corte Suprema sostuvo que la Ley de Gas Natural no sólo cubría la transmisión sino también la producción de gas¹⁷⁷. Luego de ello, la Comisión Federal de Energía comenzó a utilizar regulación para transferir las ganancias inesperadas a los consumidores¹⁷⁸.

La experiencia de este esfuerzo de controlar las rentas a través de la fijación de tarifas según costos resalta muchas de las deficiencias típicamente asociadas con este tipo de control. Primero, con esta aproximación se genera un serio daño anticompetitivo. Inicialmente, el daño tomó la forma de escasez, que entre 1976-1977, se mostró mediante reducciones de aproximadamente 20% del total de entregas¹⁷⁹. La escasez fue más seria de lo que tales reducciones sugieren, ya que los controles de precios dieron lugar a la reducción de las reservas existentes y fracasaron en añadir nuevas reservas por al menos diez años¹⁸⁰. Al mismo tiempo, no puede culparse totalmente de la escasez a la fijación de precios según costos, pues la misma también fue exacerbada por la capacidad de los productores para obtener precios más altos en mercados interestatales no regulados¹⁸¹.

Segundo, la escasez refleja, al menos en parte, la incapacidad del sistema de fijación de precios para lidiar

¹⁶⁹ BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. pp. 949-950.

¹⁷⁰ *Ibid.* pp. 950-951.

¹⁷¹ *Ibid.* p. 951.

¹⁷² *Ibid.* p. 944.

¹⁷³ Véase por ejemplo: MACAVOY, Paul. "Price Formation in Natural Gas Fields". 1962; NEUNER, Eduard. "The Natural Gas Industry". 1960. pp. 178-204, 280-281.

¹⁷⁴ Ver: BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. p. 946.

¹⁷⁵ Véase el registro p. 458 (Champlin Oil and Refining Company, Docket G-9277) (F.P.C. 1969) (testimonio del profesor Morris Adelman); MCKIE, James. "Market Structure and Uncertainty in Oil and Gas Exploration". En: Quarterly Journal Economics 74. 1960. pp. 546-549.

¹⁷⁶ DUCHESNEAU, Thomas. "Competition in the U.S. Energy Industry". 1975. pp. 100-103; ver: MCKIE, James. Nota 175 *supra*. Las economías de escala y los costos de exploración se están volviendo barreras de entrada más importantes a medida que la exploración se extiende a áreas fuera de la costa y en el Ártico.

¹⁷⁷ *Phillips Petroleum Company versus Wisconsin*. 347 United States 672 (1954) Act 1(b) (construing Natural Gas); 15 United States Code 717(b). 1976.

¹⁷⁸ BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. pp. 951-952. Véase en general: KAHN, Alfred. "Economic Issues in Regulating the Field Price of Natural Gas". En: American Economic Review 50. 1960. p. 506.

¹⁷⁹ Brown's Directory of North American Gas Companies 7. 91ava edición. 1977.

¹⁸⁰ American Gas Association, Historical Statistics of the Gas Utility Industry (1966-1975). p. 4. 1977. (tabla 3).

¹⁸¹ Véase BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. pp. 960-961, 977-978. Además, es difícil decir cuánto gas adicional pudo haber sido encontrado si se hubiese permitido que los precios suban.

con los problemas de establecer un precio alto y distribuir el gas de bajo precio. Para determinar un precio alto adecuado, la Comisión tuvo que determinar una ganancia razonable –un problema difícil, complicado por la naturaleza especulativa de las inversiones de gas, el vasto número de productores y el complejo sistema de contabilidad que usaban–. La Comisión debió asignar los costos comunes entre el gas y el petróleo –una tarea imposible cuando un producto es regulado y el otro no–. También debió determinar los probables costos futuros, sin una base firme, para hacer sus predicciones, dadas las cambiantes condiciones de producción. Al mismo tiempo, el gran número de productores hizo que los procedimientos se volvieran largos y que la revisión de precios fuera complicada. Frente a estos serios problemas, la Comisión tendió a escoger figuras de compromiso entre la información conflictiva presentada. Estas figuras se inclinaban hacia abajo debido al compromiso y a que los topes fijados interinamente habían funcionado durante varios años y podían haber sacado del mercado a los productores de altos costos; con lo cual los costos de producción estimados eran antiguos y, por lo tanto, bajos. Además, los productores también podían haber subestimado la posibilidad de que los costos se elevarían, llevando a un precio alto que era menor que el costo necesario para generar nueva producción, pero que, una vez fijado, fue rígido y difícil de cambiar¹⁸².

Además, el problema de asignar el gas de menos precio se volvió virtualmente imposible de solucionar. El gas fue asignado en los ductos sobre una base histórica, por lo que las empresas, naturalmente, buscaron localizar sus plantas junto a los ductos que tenían fuentes de provisión más antiguas y baratas. Como la provisión de insumos industriales se tornó escasa, las empresas se movieron hacia el sur para sacar ventaja de la disponibilidad del gas (incluso a precios más altos)¹⁸³. En cualquier ducto, el problema de asignación entre los consumidores actuales estaba encubierto, pues los ductos vendían a un precio promedio sobre el valor del gas antiguo y nuevo. Un sistema como éste funciona permitiendo que el consumidor vea el precio más bajo que el precio del gas nuevo, siempre y cuando haya gas antiguo y más barato en el sistema. Este sistema creó un exceso de demanda por gas barato y, dado que los precios estaban promediados, se creó exceso de demanda para todo el gas¹⁸⁴. Así, la escasez reflejaba,

sin sentido, tanto una oferta muy baja como una elevada demanda, y el gas iba a consumidores históricos antes que a aquellos que podrían haberlo necesitado más o que hubieran pagado más por él. Tales efectos fluyen directamente del uso de la regulación clásica.

Finalmente, la escasez llevó a un sistema de asignación regulatoria diseñado para asignar recortes, generando así los problemas típicos de los regímenes regulatorios. La Comisión Federal de Energía, al principio, trató de desarrollar un conjunto de estándares que pudieran asignar gas automáticamente a aquellos que más lo necesitaban. Ordenó a las compañías operadoras de ductos que recorten las ventas que podían interrumpirse y, luego, aquellas para grandes demandas vinculadas con usos industriales que requerían quemar combustibles. Posteriormente, se redujeron otras grandes demandas para usos comerciales e industriales, seguidas por demandas más pequeñas para usos comerciales y residenciales. De esta forma, se recortó, primero, los usos que podían cambiarse a combustibles alternativos disponibles antes que aquellos que no podían hacerlo. Sin embargo, la Comisión pronto descubrió la necesidad de crear numerosas excepciones, pues no existía una necesaria correspondencia entre las categorías que inicialmente había diseñado y criterios de priorización social¹⁸⁵.

En términos generales, puede concluirse que los usos residenciales son más importantes que los comerciales, industriales, quemadores de combustibles o las ventas que pueden interrumpirse. No obstante, el hecho de que un contrato calificara como servicio pasible de ser interrumpido sólo demostraba que el usuario, dispuesto a ayudar a que el ducto equilibre su carga, encontró una fuente de energía alternativa durante la pequeña temporada pico del invierno, más no que el usuario pudiera soportar un recorte severo. Por ello, no ofrecía base alguna para afirmar que la sociedad está mejor si, durante una seria escasez, todos los clientes cuyo suministro podía interrumpirse eran recortados primero. La Compañía de Gas Natural Piedmont se enfrentó con este problema cuando descubrió que abastecía a veinte hospitales cuyo servicio podía “interrumpirse”¹⁸⁶ ¿Deberían haber sido desconectados todo el invierno antes que los que fabrican helados o patinetas?

Al tratar de formular estándares para el recorte, la Comisión se encontró con un problema grave de

¹⁸² Ver: Ibid. pp. 952-958, 962-963, 984, 563-564.

¹⁸³ BREYER, Stephen y Paul MACAVOY. Nota 5 *supra*. pp. 960-983.

¹⁸⁴ Una escasez no ocurriría si se permitiese el aumento del precio del nuevo gas. Cualquier exceso en la demanda llevaría a los productores a buscar fuentes más onerosas de abastecimiento. La mayor utilidad reflejada en la diferencia existente entre el precio de venta y el costo de producir el gas “antiguo” cubriría la búsqueda de nuevas fuentes de abastecimiento. El tope en el precio del gas nuevo, sin embargo, impediría este efecto de incentivo.

¹⁸⁵ Véase: WILLRICH, Mason. “Administration of Energy Shortages: Natural Gas and Petroleum”. 1976. pp. 83-88, 93-97.

¹⁸⁶ Ibid. pp. 23 y 55.

recolección de información. Hay cerca de 210.000 usuarios de gas, el gas natural tiene más de 25.000 usos industriales diferentes, y cada uno debe ser asociado con diferentes costos¹⁸⁷. Los ductos atienden a los distribuidores, quienes a su turno sirven a los consumidores finales. De esta forma, la Comisión puede no saber a qué uso se destina la mayor parte del gas. Además, la Comisión enfrentó serios problemas de exigibilidad. Los consumidores finales tendían a clasificarse a sí mismos de la forma que más incrementara la cantidad que recibían, y ni la Comisión ni las compañías operadoras del ducto podían verificar sus respuestas. La Comisión tampoco podía forzar a los distribuidores, sujetos a regulación estatal, a seguir el programa federal de recortes. Las reglas de recorte tenían también una variedad de efectos arbitrarios sobre la competencia debido a la forma aleatoria en que distribuyeron el incremento de costos de combustibles¹⁸⁸.

La dificultad de crear un conjunto sensato de reglas que, automáticamente, asigne el escaso gas, llevó a la Comisión a una única alternativa: un proceso de excepción que tenía el mismo efecto que una asignación según el interés público¹⁸⁹. Las empresas podían solicitar una liberación del plan de recorte demostrando una necesidad especial. Una serie de factores eran relevantes: el grado de desempleo, el tipo de uso final, la conversión de los costos, producto final en que se utilizaba el gas y el impacto de la liberación sobre los demás compradores¹⁹⁰. No se proveyó un método claro para equilibrar estos factores. Las audiencias se volvieron demasiado largas, consumiendo tiempo, creando inconsistencia y sospechas de favoritismo¹⁹¹.

Para evitar tanto el establecimiento de estándares como los problemas de la asignación según el interés público, la Comisión alentó a cada ducto a negociar los planes de recorte entre todos sus compradores¹⁹². Estos planes reflejaron las virtudes y defectos de la negociación: no todas las partes relevantes estaban representadas y el resultado reflejó, antes que necesidad económica, consideraciones políticas, administrativas y legales. No obstante, quizá la negociación era la forma más práctica de proceder¹⁹³. Así, la Comisión pasó, primero, de un establecimiento de estándares a una asignación según

el interés público y, posteriormente, a la negociación para poder resolver su problema de asignación.

La racionalidad de la regulación –el deseo de transferir de los productores a los consumidores las rentas o las ganancias inesperadas– es plausible y, a diferencia de la competencia excesiva, no representa una “caja vacía”. Pero existe un régimen alternativo, el sistema de impuestos, que puede hacer mejor el trabajo. Uno podría imponer un impuesto que tenga el efecto de transferir las ganancias “excesivas” del productor a los consumidores y, consecuentemente, lograr el más importante objetivo regulatorio (sin los graves problemas endémicos propios de la regulación clásica)¹⁹⁴.

Claro está que la aplicación de un sistema de impuestos tiene sus propios problemas. El monto del impuesto es difícil (pero no imposible) de calcular. Por ejemplo, el plan de impuestos al petróleo de la Administración, permitió que el precio del petróleo más nuevo y caro suba a niveles del mercado libre, y en cada categoría distinta fijó el impuesto en un valor igual a la diferencia entre el “costo” y el precio en el libre mercado¹⁹⁵. Al requerir que el regulador categorice el gas antiguo o el gas barato de acuerdo con el costo, este sistema se arriesgaba a poner equivocadamente el gas caro en la categoría del gas barato. Además, requiere que se determine qué precio de mercado libre, de los muchos disponibles (variando de acuerdo a la calidad del producto y a los lugares en los que el gas es vendido), se usará para efectos tributarios. El sistema de impuestos también ocasiona problemas políticos como los relacionados con la forma en que los ingresos obtenidos serían asignados. Más aún, el sistema de impuestos terminará, automáticamente, una vez que el gas antiguo y más barato se acabe. Sin embargo, probablemente ninguno de los problemas mencionados es tan dañino como la mala asignación que trae consigo la fijación de precios según costos. Además, la terminación automática es deseable, pues el impuesto se acaba al mismo tiempo que la razón para su imposición desaparece. En resumen, los problemas de usar el sistema de regulación clásica para lidiar con el control de rentas son graves, por decir lo menos. Son lo suficientemente graves como para ameritar un estudio detallado de los impuestos u otras

¹⁸⁷ Ibid. pp. 29-30, 87-91.

¹⁸⁸ Ibid. pp. 33-35.

¹⁸⁹ Ver: Ibid. pp. 569-570.

¹⁹⁰ WILLRICH, Mason. Nota 185 *supra*. pp.101-102.

¹⁹¹ Véase: Ibid. p. 568.

¹⁹² Ibid. p. 90.

¹⁹³ Ver: Ibid. pp. 228-231.

¹⁹⁴ Ver: STEWART, Richard y James KRIER. “Environmental Law and Policy”. Segunda edición. 1978. pp. 564-587.

¹⁹⁵ H.R. 6831, 95avo Congreso, sesión 1. 1401. “The National Energy Act: Hearings before the Subcommittee on Housing and Community Development of the House Committee on Banking, Finance and Urban Affairs”. 95avo Congreso, sesión 1. 1977. pp. 198-202 (impuesto de equilibrio del crudo de petróleo); H.R. Rep. 95-496, 95avo Congreso, sesión 1, punto III. 1977. p. 4; 74.

alternativas comprables de transferencia de ingresos, ya que los problemas inherentes a estos otros métodos parecen ser menos graves. Si no es posible asegurar la adopción del método alternativo, la magnitud de los problemas asociados con la regulación clásica hace que pueda argumentarse que, antes que continuar con la fijación de precios según costos, la desregulación es preferible.

3. Efectos colaterales

Cuando se trata de problemas relacionados con efectos colaterales, deben llevarse a cabo grandes esfuerzos para sustituir regímenes menos restrictivos (incluyendo los impuestos, la revelación de información y la negociación) por el clásico establecimiento de estándares.

La discusión sobre el establecimiento de estándares sugiere que los problemas que lo acompañan son serios. Este modo clásico de regulación es difícil de administrar, puede causar serios daños anticompetitivos y puede congelar el avance de la tecnología. La probabilidad de que esos daños ocurran aumenta debido a la complejidad del problema, el número de elementos que deben ser monitoreados, las modificaciones y excepciones necesarias, y el grado al que los problemas están tecnológicamente relacionados.

Los cuatro problemas que se presentan en el establecimiento de estándares son bien ilustrados en el caso del control de la contaminación. La necesidad de equilibrar los daños y beneficios, ajustar las soluciones al local y proceso de producción de cada contaminador, y evitar ventajas indebidas para los competidores existentes, sugieren estándares particularizados que dependen de la obtención de información detallada y exacta¹⁹⁶. Pero la variedad de estándares y la gran cantidad de aspectos a ser controlados harán difícil su exigibilidad. Los distintos costos de tecnologías alternativas en varios locales e industrias, junto con los problemas de recolección de información, harían difícil evitar las consecuencias anticompetitivas. Y los muchos estándares que se necesitan, combinado con el gran número de potenciales demandas, exacerban los problemas de revisión judicial.

Para muchos economistas el sistema de impuestos se vuelve de inmediato una prometedora alternativa frente a los problemas de efectos colaterales vinculados a la contaminación¹⁹⁷. Dado que el problema es que el precio de un producto no refleja el importante costo social que impone (por ejemplo, la contaminación), ¿por qué no simplemente subir el precio a través de un impuesto que refleje el daño? La respuesta del regulador clásico es que nadie sabe cuánto subir el precio, y cómo decidir la cantidad del impuesto no es más fácil que decidir cuánto humo debe permitírsele emitir al fabricante ¿Por qué, entonces, no responder la última pregunta directamente a través estándares?¹⁹⁸ Sin embargo, la real virtud de un sistema de impuestos no es su capacidad para medir el “costo” de la contaminación sino para crear incentivos que dirijan la conducta en una dirección socialmente deseable –sin congelar la tecnología actual o eliminar un grado de elección individual–. Muchos factores sugieren su conveniencia en relación con el problema de los efectos colaterales.

Primero, el problema sugiere que la respuesta no es una prohibición automática de productos y procesos que creen polución, sino un mejor equilibrio entre los dos objetivos enfrentados: un medio ambiente limpio y la producción industrial. La finalidad es alentar un cambio o desarrollo hacia procesos de producción que permitan más de los dos. Los precios relativos realizan tales funciones en la economía¹⁹⁹. Poner un precio a la contaminación puede permitir que los compradores equilibren los bienes ambientales e industriales y, además, puede crear incentivos en el sentido correcto. Cualesquiera sean los problemas de determinar cuánto debe incrementarse el precio de los productos o procesos contaminantes, la aplicación de un incremento en el precio permite que aquellos que tienen una necesidad o deseo especial por tener un producto contaminante lo obtengan y, además, crea un incentivo continuo para que los fabricantes encuentren métodos de producción que contaminen menos²⁰⁰.

Segundo, es probable que las soluciones “adecuadas” dependan sustancialmente de los miles de productos y procesos, y miles de locales. De ahí que se necesite un método que permita tal variación. Subir el precio y, por ende, permitir el uso del proceso o el método de

¹⁹⁶ STEWART, Richard y James KRIER. Nota 194 *supra*. pp. 556-557.

¹⁹⁷ Ver, por ejemplo: KNEESE, Allen y Charles SCHULTZE. Nota 7 *supra*. pp. 5-9; SCHULTZE, Charles. Nota 10 *supra*. pp. 50-51; SENECA, Joseph y Michael TAUSSIG. “Environmental Economics”. 1974. pp. 218-245; RUFF, Larry. “The Economic Common Sense of Pollution”. En: Public Interest 19. 1970. pp. 78-81; SOLOW, Robert. “The Economist’s Approach to Pollution and its Control”. En: Science 173. 1971. p. 498.

¹⁹⁸ Ver: STEWART, Robert y Richard STEWART. “Book Review”. En: Harvard Law Review 88. 1975. pp. 1645-1653. Sobre la dificultad de medir los costos de la contaminación, véase: LAVE, Lester. “Air Pollution Damage: Some Difficulties in Estimating the Value of Abatement in Environmental Quality Analysis”. 1972. p. 213 (Editores: Allen Kneese y Blair Bower).

¹⁹⁹ STEWART, Richard y James KRIER. Nota 194 *supra*. pp. 103-107, 351; RUFF, Larry. “Price Pollution out of Existence”. En: Los Angeles Times. 7 de diciembre de 1969. Sección G7, columna 3.

²⁰⁰ BAXTER, William. “People or Penguins: The case for Optimal Pollution”. 1974. pp. 73-78; SCHULTZE, Charles. Nota 10 *supra*. pp. 53-54; RUFF, Larry. Nota 197 *supra*. pp. 79-80.

producción (si es que los consumidores están dispuestos a pagar el precio) puede lidiar, en cierto sentido, con esta necesidad de variación²⁰¹. Tercero, el gran número de fuentes de contaminación sugiere la conveniencia, desde el punto de vista de la exigibilidad, de una regla simple. Un sistema de impuestos ofrece la posibilidad de un sistema que es bastante simple de aplicar y que, a la vez, admite variación y posee flexibilidad²⁰².

Existe una alternativa de mercado frente al impuesto a la polución, el cual ayuda a eliminar la incertidumbre sobre si los contaminadores pueden continuar causando daños, y sobre si pagaran el impuesto. Bajo esta perspectiva, la agencia establecerá un límite absoluto en la cantidad de emisiones en una región, y definirá derechos transables para contaminar hasta ese nivel. Estos derechos pueden ser vendidos y revendidos y, eventualmente, terminarán en las manos de aquellas empresas con la capacidad de pagar y para quienes sea más costoso eliminar las emisiones contaminantes. Mientras que un sistema así ofrece certeza sobre la cantidad de contaminación que habrá, ya que la agencia reguladora establece un límite absoluto, a la vez deja la incertidumbre de hasta qué punto ese límite absoluto impondrá una carga derivada de los costos para las empresas dentro de la región, aspecto sobre el cual los impuestos ofrecen mayor información²⁰³. Es claro que estas aproximaciones implican lidiar con los problemas de información mencionados más arriba. Debido a los problemas que van de la mano con la creación de un impuesto o un sistema de incentivos, se debe tener menos seguridad de la posibilidad de cambiar los regímenes que en el caso de la competencia excesiva o el control de rentas. No obstante, las potenciales ventajas de un impuesto o un sistema de incentivos, junto con las obvias dificultades del establecimiento de estándares, hacen que el esfuerzo para diseñar un cambio práctico en esta área sea una gran prioridad en una reforma regulatoria sustantiva²⁰⁴.

4. Monopolios naturales

La fijación de precios según costos parece ser razonablemente adecuada para el problema del monopolio natural, pero su uso en una porción de una industria compleja altera radicalmente los términos de la discusión sobre la regulación en otros ámbitos de esa industria. La clásica fijación de precios según costos es razonablemente capaz de lidiar con una sola empresa grande, cuyos costos y demanda permanecen constantes. Si bien sus problemas son serios en ese caso, son menos relevantes que cuando se aplica a mercados con muchas empresas, cuyos costos y demanda son fluctuantes. En el primer caso, el sistema puede mantener los precios cerca al costo, ofrecer algún incentivo para la eficiencia y dar alguna garantía de trato justo con el cliente²⁰⁵. Más aún, no existe un régimen alternativo que ofrezca una mejora significativa. La nacionalización tiene desventajas severas y, si bien es aceptada en Europa, no es popular políticamente en Estados Unidos. Los mercados no regulados pueden permitir que el "monopolista natural" eleve los precios muy por encima de su costo. La apremiante necesidad del servicio telefónico y electricidad hace que exista un temor razonable de que, sin regulación o sin la amenaza de su existencia, los precios no regulados excederán largamente los precios regulados²⁰⁶. Un impuesto a las ganancias en exceso de menos del 100% llevaría a que la empresa aumente su precio antes que intentar producir más eficientemente, y conllevaría la difícil pregunta de cuál es el nivel de ganancias al que debería aplicarse la tasa del impuesto. Se debe ser pesimista respecto de la probabilidad de que un régimen alternativo pueda suplantar efectivamente la regulación clásica en esta área.

Esto no quiere decir que todos los monopolios naturales deban ser regulados. Las presiones competitivas de otras industrias pueden ayudar a mantener los precios de un monopolio natural cerca de sus costos. Por ejemplo, la

²⁰¹ Ver: BAXTER, William. Nota 200 *supra*. pp. 65-68, 75.

²⁰² SCHULTZE, Charles; FRIED, Edward; RIVLIN, Alice y Nancy TEETERS. "Setting National Priorities: The 1973 Budget". 1972. pp. 368-373; BAXTER, William. Nota 200 *supra*. pp. 76-77.

²⁰³ STEWART, Robert y Richard STEWART. Nota 198 *supra*. pp. 1653-1654. Ver: STEWART, Richard y James KRIER. Nota 194 *supra*. pp. 587-602.

²⁰⁴ La regulación sobre seguridad, particularmente la seguridad en los centros de trabajo, presenta muchas consideraciones como los efectos colaterales medioambientales. El problema básico tiene que ver con el balance. Nadie cree que la eliminación de todos los riesgos es posible o deseable; la pregunta es cuánta seguridad debería comprar uno. Tampoco tiene sentido que todos los centros de trabajo, al margen del trabajo involucrado, deban ser igual de seguros. El problema de la seguridad en los centros de trabajo requiere la creación de incentivos para evitar actividades más peligrosas, o procesos de producción para crear tecnologías más seguras. En resumen, al igual que la contaminación, el problema demanda una gran variedad de resultados finales e involucra lidiar con un amplio número de empresas. El clásico ajuste estándar es probable que se muestre particularmente inútil. Dos características de este tipo de regulación aconsejan la sustitución y el desarrollo de regímenes menos restrictivos. En primer lugar, mientras se considere que el problema es la información inadecuada, puede usarse la transferencia de información o la provisión directa de información, evitando de esta forma algunos de los problemas que acompañan a la fijación de un estándar clásico. Segundo, los arreglos para la negociación colectiva ya están dados. Así, puede resultar práctico resolver algunos de los mayores problemas de seguridad mediante los sistemas de negociación, particularmente si alguien cree que el proceso de fijación de estándares es práctico sólo para atacar los "peores casos".

²⁰⁵ Ver KAHN, Alfred. Nota 6 *supra*.

²⁰⁶ No obstante, véase: MOORE, Thomas. "The Effectiveness of Regulation of Electric Utility Prices". En: Science Journal Economics 36. 1970. p. 365; STIGLER, George. Nota 15 *supra*. Sin embargo, sus estudios no tomaron en cuenta que una empresa no regulada actualmente puede escoger no elevar los precios demasiado por miedo a ser sujeto de regulación, ni tampoco que su información fue tomada de los años sesenta, cuando los avances tecnológicos redujeron los costos significativamente (tanto así que los precios permanecieron constantes).

industria del petróleo puede generar cierta competencia para el distribuidor de gas monopolista. Pero si uno considera que un productor es un "monopolista natural" y posee un considerable poder para subir los precios que no ejerce, entonces es razonable considerar que la fijación de precios según costos es el régimen más apropiado para lidiar con el problema.

Decidir que una empresa es un monopolista natural respecto de uno de sus productos y que debe ser regulado, no define en qué medida también debe aplicarse regulación clásica a sus otros productos. Ya que la mayoría de las empresas reguladas son entidades complejas que venden diferentes servicios, es posible que la regulación sea apropiada para algunos servicios, pero no para otros. No obstante, el hecho de que la empresa esté regulada en parte afecta significativamente la pregunta de si la regulación es apropiada en otros aspectos y cuál sería esa regulación. Ese hecho distorsiona el marco competitivo en las áreas relacionadas y hace que sea difícil responder a la pregunta de si es adecuada la competencia o la regulación en estas otras áreas.

Considérese, por ejemplo, la reciente controversia alrededor de los esfuerzos del Comisión Federal de Comunicaciones para introducir la competencia en los mercados de telecomunicaciones de larga distancia. Inicialmente, esta Comisión esperaba "usar las fuerzas de mercado competitivo como una alternativa a la regulación, que ella consideraba inefectiva"²⁰⁷. Esta "ineficacia" surgió en gran parte del hecho de que la regulación de los precios de la American Telephone and Telegraph's (AT&T) involucraba un inusual y serio problema de asignación de costos comunes²⁰⁸. Los aparatos terminales dentro de las casas y oficinas, y los cables que conectaban con los operadores locales, se utilizaban para servicios locales como de larga distancia. Los canales de comunicaciones de larga distancia (cables, microonda o satélite) son usados para una variedad de servicios de larga distancia: el servicio ordinario de voz, servicio telefónico en áreas ampliadas (por el que se cobra

una tarifa plana mensual) y el servicio de circuitos privados (que conecta dos puntos en ciudades distantes con una línea de comunicación continua entre ellos). El problema de asignar el costo de esos canales a los distintos servicios que hacen uso de ellos afecta la fijación de precios según costos. Los reguladores, por razones prácticas, tienden a usar métodos que son económicamente arbitrarios²⁰⁹. El problema de los costos comunes de la telefonía se agrava por el hecho de que la Comisión Federal de Comunicaciones regula las comunicaciones de larga distancia, mientras que las agencias estatales regulan a las operadoras locales, que son las que se ofrecen las llamadas locales²¹⁰.

El personal de la Comisión Federal de Comunicaciones argumentó que el gran problema de la asignación de los costos entre los servicios de larga distancia podía evitarse en alguna medida y los beneficios de la competencia pueden lograrse si se permitía que las compañías privadas de microondas establecieran su propio servicio de larga distancia (sobre la base de estaciones de microondas) interconectado con los operadores locales de AT&T, y que compitieran con AT&T para abastecer el servicio de larga distancia a través de circuitos privados²¹¹ (por ejemplo, líneas abiertas directas entre la oficina en San Francisco de la General Motors y su planta en Detroit). Por un lado, los nuevos competidores podrían ofrecer el servicio de larga distancia por circuitos privados a un costo más bajo. Por otro, podrían abastecer servicios más innovadores. De cualquier modo, presionarían a AT&T para que reduzca sus precios por servicio de larga distancia a través de circuitos privados y, por ende, sus costos de proveerlos. Por último, la entrada de nuevos operadores permitiría una prueba práctica para comprobar el argumento de AT&T de poseer grandes economías de escala en las telecomunicaciones de larga distancia, pues si los competidores podían sobrevivir pese a la competencia por precios de AT&T, tal hecho demostraría que el servicio de telecomunicaciones de larga distancia no era un monopolio natural.

²⁰⁷ STRASSBURG. "Organization Analysis of Regulatory Process: A Comparative Study of the Decision Making Process in the Federal Communications Commission and the Environmental Protection Agency". 1977. (reporte preparado para la National Science Foundation). Siendo presidente de la Comisión Federal de Comunicaciones, Richard Wiley dijo que el tema era saber si el consumidor estadounidense se consideraba mejor servido teniendo acceso irrestricto a los abastecedores de servicios de comunicación diversos y especializados, o existiendo barreras regulatorias artificiales que limiten su acceso a un monopolista. En esta evaluación comparativa, la Comisión ha concluido que el interés del público se logra mejor con un mercado abierto. "Competition in the Telecommunications Industry: Hearings before the Subcommittee on Communications of the House Comm. on Interstate and Foreign Commerce". 94avo Congreso, sesión 2. 1976. p. 738 (en adelante, "Telephone Hearings").

²⁰⁸ Ver: SECHTER, J. "Separations Procedures in the Telephone Industry: The Historical Origins of a Public Policy". 1977. pp. 3-7.

²⁰⁹ Telephone Hearings. Nota 207 *supra*. p. 77 (testimonio de Paul H. Henson). La separación entre la propiedad, las rentas y los gastos de telecomunicaciones intraestatales e interestatales fue ordenada por la Corte Suprema. *Smith versus Illinois Bell Telephone Company*. 282 *United States* 133 (1930). El principio de separación ha sido incorporado a la legislación que regula la industria de las telecomunicaciones. Ver: 47 *United States Code* 221 (1970); *ibid.* 410(c) (1975).

²¹⁰ Las comisiones estatales intraestatales, esperando mantener bajos los precios de los servicios intraestatales, buscan asignar la mayor cantidad de tasa base posible para el servicio intraestatal. Téngase en cuenta que tal asignación incluye la negociación entre los reguladores estatales y federales. El resultado es que AT&T debe establecer precios para el servicio interestatal más altos que los costos incrementales de proveer el servicio. Telephone Hearings. Nota 207 *supra*. p. 77 (testimonio de Paul H. Henson).

²¹¹ Ver: *Specialized Common Carrier Services*. 29 F.C.C. 2d 870 (1971), *aff'd sub nom. Washington Utils. & Transp. Comm'n versus FCC*. 513 F. 2d 1142 (9th Circuit), *cert. denegado*. 423 *United States* 836 (1975). El desarrollo de esta política pública fue diseñada por la Commission in Telephone Hearings. Nota 207 *supra*. pp. 856-867.

Ya que la Comisión Federal de Comunicaciones no tenía certeza de que la nueva tecnología de bajo costo existente haría que las comunicaciones de larga distancia fueran un monopolio natural, podía permitir que nuevas empresas entren al mercado, que todas las empresas cobren precios que reflejen los costos "incrementales" (el costo adicional de proveer el servicio adicional en cuestión) y que sobreviva la empresa más eficiente. La nueva competencia dirigiría los precios hacia los costos incrementales y permitiría que los consumidores elijan entre las empresas que compiten sobre la base del costo menor o del mejor servicio.

La respuesta del sistema Bell es importante, pues muestra cómo es que la existencia de la regulación en un área de monopolio natural (en este caso, el servicio de telefonía local) complica la toma de decisiones en otras áreas relacionadas. Bell señaló que, dada la existencia de tal regulación, la entrada de nuevos competidores en los mercados de larga distancia a través de circuitos privados no resultaría necesariamente en una competencia libre y abierta²¹². El hecho de que algunos de los servicios de AT&T (por ejemplo, el servicio de telefonía local o el servicio de portador local) continúen siendo regulados por los gobiernos federales y estatales evitaría que AT&T compita efectivamente con los nuevos operadores. Más específicamente, las reglas regulatorias desarrolladas en estas otras áreas evitarían que AT&T compita por precios con otros operadores, ya que evitarían que AT&T reduzca su precio para reflejar el costo adicional de proveer servicios de larga distancia (es decir, el costo incremental). Las reglas mantienen efectivamente un precio sombra sobre las nuevas empresas. AT&T argumentaba que, si podía cobrar precios que reflejen el costo incremental de los servicios, lograría fácilmente sacar a los competidores del mercado, pues el resto de su sistema y las telecomunicaciones de larga distancia (o los servicios privados de larga distancia) eran un monopolio natural, por lo que el costo adicional de proveer tal servicio era muy bajo²¹³.

Sin embargo, los pequeños competidores sustentaron que no debería permitirse que AT&T reduzca su precio al costo incremental, pues, debido a la complejidad del sistema de contabilidad de AT&T, ningún regulador podría determinar si un precio bajo de telecomunicaciones de larga distancia de AT&T realmente reflejaba un costo bajo propio de un monopolio natural o si, más bien, constituía un precio predatorio —un precio por debajo del costo incremental de proveer el servicio—²¹⁴.

Una vez que los nuevos competidores aparecieron, AT&T respondió reduciendo sus precios, teniendo la Comisión Federal de Comunicaciones que determinar si esos precios estaban por debajo de los costos de AT&T. De esta forma, la Comisión no evitó el problema de la "determinación del costo". Tuvo que asignar costos comunes y, al hacerlo, requirió que AT&T efectivamente cobre precios que estaban cerca del promedio, más que de los costos incrementales. Además, AT&T debió empezar con una desventaja de precios, pues las reglas de separación de costos dentro del estado/entre estados la obligaban a incluir algunos de los costos de sus terminales locales y cables en su estructura de precios de servicios de larga distancia, mientras que sus competidores en larga distancia no tenían que incluirlos en sus tarifas²¹⁵. Por estas razones, desde el punto de vista de AT&T, la noción de que podría competir vigorosamente y de forma justa con sus competidores era ilusoria. Mas bien, lo que las reglas regulatorias hacían era forzarla a cobrar precios más altos que sus costos incrementales. Al permitir la entrada de nuevos competidores, la Comisión Federal de Comunicaciones corrió el riesgo de que los operadores de costos más altos atrajeran una porción del negocio de AT&T, y de que si ésta perdía muchos clientes se incrementaran sus costos unitarios, dejándola sin volumen suficiente para proveer el servicio a un costo menor.

Aquellos que favorecían la entrada de nuevos competidores esbozaron varios argumentos en respuesta a AT&T. Primero, que era incierto que las comunicaciones de larga distancia tuvieran —o continuaran teniendo— características de costos de un monopolio natural. La nueva tecnología siempre puede cambiar las características de esos costos, y las presiones competitivas que provocan las empresas nuevas hacen más probable la introducción de nueva tecnología. Segundo, algunos añadieron que las reglas regulatorias que evitaban que AT&T responda a la nueva competencia (reduciendo sus precios al costo incremental) debían ser abandonadas. Sin embargo, a pesar de los méritos de este objetivo, era poco probable que se lograra en la práctica, en tanto la jurisdicción se mantuviera dividida entre agencias estatales y federales, pues las comisiones reguladoras locales buscarían mantener bajas sus propias tarifas asignando la mayor cantidad posible de costos de AT&T a la estructura de precios de los servicios de larga distancia entre estados. Finalmente, también podía argumentarse que algo de ineficiencia (una pequeña cantidad de facilidades de altos costos) en las telecomunicaciones de larga distancia —a

²¹² Telephone Hearings. Nota 207, *supra*. pp. 39-40 (testimonio de John De-Botts); *Ibid.* pp. 143-144 (testimonio de Theodore F. Brophy). AT&T ha introducido el concepto de costo incremental en AT&T Company Long Lines Dep't, 61 F.C.C. 2d 587 (1976). La Comisión Federal de Comunicaciones rechazó la noción del costo incremental de largo plazo y, en su lugar, adoptó una versión de la teoría de la fijación de tarifas de costos totalmente distribuidos.

²¹³ Telephone Hearings. Nota 207, *supra*. pp. 143-144 (presentación de Theodore F. Brophy).

²¹⁴ Ver: *Ibid.* pp. 307; 328 y 489.

²¹⁵ La inclusión de estos costos se debe parcialmente a la negociación política entre los reguladores federales y estatales descrita en la nota 210, *supra*.

través de circuitos privados— era simplemente un precio que valía la pena pagar para tener nuevos competidores, así como para la presión que éstos ejercerían sobre AT&T con el fin de que innove, opere más eficientemente y trate de reducir sus precios.

En realidad, inicialmente el riesgo de que los nuevos competidores generaran un incremento del costo unitario del servicio de AT&T era limitado, pues la Comisión Federal de Comunicaciones había autorizado la entrada sólo en un mercado muy pequeño —el mercado para las telecomunicaciones de larga distancia a través de circuitos privados—²¹⁶. De esta forma, incluso si los precios de AT&T se mantenían altos para proteger a los nuevos competidores en ese mercado, la pérdida de negocio para aquella empresa sería pequeña y el riesgo correspondiente de disminuir las economías de escala también era reducido.²¹⁷ Pero, en términos prácticos, era difícil confinar a los nuevos competidores a este pequeño mercado. Primero, obtuvieron permiso para interconectarse con los operadores locales de AT&T²¹⁸, logrando así que cualquier usuario de telefonía fija pudiera aprovechar también el servicio de larga distancia a través de los circuitos privados. Luego, recibieron permiso para vender y revender partes del servicio de los circuitos privados (por ejemplo, el valor de tres minutos), permitiéndoles ofrecer efectivamente el servicio de larga distancia ordinario. Y los esfuerzos de la Comisión Federal de Comunicaciones para que los nuevos operadores sólo pudieran competir en el ámbito de los circuitos privados fueron recientemente desestimados por

las Cortes²¹⁹. Por ello, la amenaza para todo el sistema de larga distancia de AT&T es potencialmente grave.

Esta discusión no es suficiente para determinar si debe permitirse la competencia en las telecomunicaciones de larga distancia a través de circuitos privados. Mas bien, sugiere que, si se regula una empresa sobre la base de que es un monopolio natural, eso complicará la pregunta de cuánto debería extenderse la regulación en las áreas relacionadas. La decisión se hace difícil ya que la regulación trabaja imperfectamente y se agrava por la doble jurisdicción. Como consecuencia, el regulador tendrá que escoger entre el riesgo de perder eficiencias de escala y el de perder beneficios competitivos como la presión para reducir precios y la mayor innovación. Sea cual fuere el resultado de la controversia, aparentemente la esperanza de la Comisión Federal de Comunicaciones de que un importante cambio en el régimen regulatorio (de regulación a competencia) solucionaría sus problemas regulatorios, fue inapropiado.

5. Resumen

En suma, el marco conceptual —problemas primordiales, los modos de regulación clásica y sus problemas, y regímenes alternativos— ayudan a definir ciertas vinculaciones que, a su vez, pueden guiar un conveniente programa de reforma regulatoria. El marco conceptual, en particular, sugiere las siguientes relaciones entre problemas y soluciones:

Problema	Solución Tentativa
Monopolio Natural	Fijación de precios según costos
Control de Rentas	Impuestos o desregulación
Efectos colaterales	Impuestos, incentivos de mercado, negociación.
Competencia excesiva	Desregulación (con normas de defensa de la competencia).
Información inadecuada	Regulación para revelar información

La virtud de estas relaciones es que sugieren donde están las peores combinaciones y, en algunos casos, también sugieren la conveniencia de reemplazar los programas de regulación clásica por regímenes menos restrictivos.

III. DE CANDIDATO A LA REFORMA

El marco conceptual de análisis presentado en este artículo no demuestra, de manera concluyente, que deba llevarse a cabo una reforma en un caso individual. Mas

²¹⁶ Ver: *Specialized Common Carrier Services*, 29 F.C.C. 870 (1971), *aff'd sub nom. Washington Utils. & Transp. Comm'n versus FCC*, 513 F. 2d 1142 (9th Circuit), *cert. denied*, 423 United States 836 (1975).

²¹⁷ La Comisión Federal de Comunicaciones señaló que las líneas privadas dedicadas generaron sólo 3.5% (ó 4% si las rentas de los servicios de videograbación se incluyen) de las enormes rentas interestatales de AT&T. *Specialized Common Carrier Services*, 29 F.C.C. 870, 892, 911 (1971), *aff'd sub nom. Washington Utils. & Transp. Comm'n versus FCC*, 513 F. 2d 1142 (9th Circuit), *cert. denied*, 423 United States 836 (1975).

²¹⁸ *Bell system tariff offerings of local distribution facilities for use by other common carriers*, 466 F.C.C. 2d 413 (1974), *aff'd sub nom. Bell Telephone Company versus FCC*, 503 F. 2d 1250 (3d Circuit) (1974).

²¹⁹ *Regulatory policies concerning resale and shared use of common carrier services and facilities*, 60 F.C.C. 2d 261 (1976); *MCI Telecommunication Corporation versus FCC*, 561 F. 2d 365 (D.C. Circuit 1977), *cert. denegado*, 434 United States 1040 (1978).

bien, el marco conceptual ayuda a identificar “candidatos” (programas existentes que deberían considerarse como posibles campos) para la reforma individualizada. Si la reforma debe llevarse a cabo o no depende de un estudio detallado de los efectos que está generando el programa regulatorio en cuestión. Es necesaria una investigación detallada y empírica pues, dejando de lado el objetivo básico de un programa regulatorio (y la posible incapacidad de la regulación para lograr tal objetivo), cualquier programa existente servirá para muchos objetivos subsidiarios. Además, la industria, los proveedores y los consumidores pueden haberse ajustado al sistema existente y los patrones de servicio que la regulación ha producido. La tecnología reflejará esos modelos. Innumerables decisiones de inversión pueden haberse adoptado sobre la base de ellos. Si esos factores particulares hacen poco inteligente introducir cambios sistemáticos que, de otra forma, parecerían adecuados, sólo puede saberse luego de un análisis detallado de la industria en cuestión.

El que la reforma pueda realizarse depende de la producción de un plan práctico para el cambio y del desarrollo de apoyo político suficiente para lograr el cambio. Cualquier plan de reforma de este tipo debe permitir que los trabajadores, administradores y clientes dentro de la industria aprendan a trabajar dentro del nuevo ambiente regulatorio, así como proveer cierta protección para aquellos que han invertido tiempo, esfuerzo y dinero considerable en base al sistema existente.

El caso más constructivo de cómo un marco conceptual pro-competitivo, como el que defendemos aquí, puede guiar la reforma al punto de lograr resultados prácticos, es el de la reforma regulatoria de aerolíneas²²⁰. El ejemplo ilustra los tres pasos básicos para lograr la reforma regulatoria: 1. identificar un candidato de reforma; 2. conducir un estudio detallado y empírico de la industria regulada; y, 3. reunir el apoyo político necesario para que se apruebe el programa de reforma.

En el año 1974, cuando el senador Kennedy comenzó a preparar audiencias sobre la regulación de las aerolíneas, ya se habían realizado considerables trabajos académicos por parte de economistas y otros –incluyendo, por ejemplo, a Caves, Mille, Jordan, y Levine– que criticaban los efectos anticompetitivos de la regulación de aerolíneas²²¹. Así, las aerolíneas eran

ya una opción natural para la desregulación. Durante el año 1974 y parte de 1975 el personal del Subcomité de Práctica y Procedimientos Administrativos reunió información detallada sobre la industria. El Subcomité organizó ocho días de audiencias sobre la regulación de la Dirección de Aeronáutica Civil. Las audiencias fueron seguidas por la publicación de un reporte largo y detallado, instando a abandonar la regulación clásica e incrementar el uso de la competencia²²².

Las mismas audiencias sirvieron para tres funciones distintas, pero interrelacionadas. Primero, actuaron como catalizadores al forzar a otras agencias del Gobierno a enfocarse en el problema y desarrollar una posición de política pública. Cuando el personal del Subcomité de Práctica y Procedimientos Administrativos comenzó a hablar a los oficiales de Administración sobre la desregulación de aerolíneas en agosto de 1974, esos oficiales ya habían empezado a desarrollar, pero aún no habían decidido si lo iban a presentar, un plan de reforma de la regulación de aerolíneas. Las audiencias requirieron que la Secretaría de Transporte tenga una respuesta lista cuando se le pidiera que exponga la posición de la Administración respecto de la reforma. En el primer día de audiencias, el Secretario de Transporte John W. Barnum, representando a la Administración, anunció un cambio importante en la política pública a favor de una mayor competencia. Subsecuentemente, el presidente Ford nombró a un nuevo jefe de la Dirección de Aeronáutica Civil, quien empezó a instituir esas reformas. Las audiencias dieron la oportunidad a aquellos que buscaban la reforma para contactar un amplio grupo de oficiales administrativos y ejecutivos; en resumen, las audiencias ayudaron a desarrollar una red de personas dentro del Gobierno que influenciarían las políticas públicas y se ayudarían mutuamente en el movimiento a favor de la reforma. Las audiencias también actuaron como catalizadores respecto de la industria regulada. La amenaza de las audiencias forzó a cada aerolínea a reevaluar su posición, a desarrollar nueva información y a poner a su propia burocracia a trabajar para desarrollar y evaluar alternativas.

Segundo, las audiencias sirvieron para reunir información detallada que sirvió para elaborar un amplio informe. El informe no necesitaba producir información empírica que resolviera definitivamente cada tema, pero tenía que ser comprensivo. Los estudios existentes no podían responder a cada

²²⁰ Mucha de la información presentada en esta parte se debe a la experiencia del autor como director de personal de la investigación que la CAB condujo en 1975 mediante el Subcomité de Práctica Administrativa y Procedimental (presidido por el senador Edward M. Kennedy) del Comité del Senado sobre el Poder Judicial.

²²¹ Ver: CAVES, Richard. “Air Transport and its Regulators”. 1962; DOUGLAS, George y James MILLER. Nota 149 *supra*; JORDAN, William. “Airline Regulation in America”. 1970. Téngase en cuenta también: LEVINE, Michael. “Is Regulation Necessary? California Air Transportation and National Regulatory Policy”. En: Yale Law Journal 74. 1965. p. 1416.

²²² CAB REPORT. Nota 4 *supra*. Véase también: “Report of the CAB Staff on Regulatory Reform: General Conclusion and Principal Recommendations”. En: Journal of Law, Air and Commerce 41. 1975. p. 60.

pregunta relevante, por lo que debía reunirse nueva información. El esfuerzo empírico debía determinar quién, en realidad, estaba siendo beneficiado o perjudicado por el programa actual, de forma que se pudiera evaluar los argumentos a su favor. Al hacerlo, se evitaba perder los escasos recursos políticos, “reformando” un programa que en la práctica causaba daños mínimos. Las aerolíneas sostuvieron, por ejemplo, que la competencia no resultaría en tarifas menores²²³. Como evidencia de que la reforma sí llevaría a precios más bajos, los proponentes citaron la experiencia con los operadores intraestatales de California, donde las tarifas de rutas intraestatales sólo representaban el 50 o 60 por ciento de las tarifas en rutas intraestatales comparables²²⁴. La controversia respecto de la relevancia y el significado de la experiencia de California ofrece un ejemplo concreto de cuán necesarios son los hechos detallados. Antes de concluir que la mayor competencia era responsable por las tarifas más bajas en California, el subcomité tuvo que examinar los reclamos de las aerolíneas de que las diferencias reflejaban: (1) condiciones diferentes de clima; (2) densidad del tráfico; (3) dirección del flujo de tráfico; (4) menor congestión; (5) menores costos de conexiones entre líneas con otros servicios; (6) diferentes tipos de aviones; (7) menor necesidad de proveer servicios completos; y, (8) menor necesidad de mantener otras rutas en el sistema.

El subcomité examinó cada uno de esos factores y la asociación de aerolíneas fue persuadida de realizar un estudio independiente sobre las causas que explicaban la diferencia en las tarifas. Toda esta información fue compilada y enviada a las aerolíneas pidiendo confirmación, refutación, o información adicional. El resultado mostró que la causa principal de la diferencia de costos era que las aerolíneas intraestatales volaban con más pasajeros en cada vuelo, de manera que reducían sus costos. Este hecho respaldó el argumento de que la competencia indujo a las aerolíneas a ofrecer el servicio con tarifas más bajas (y aviones más llenos) que la mayoría de viajeros querían. El resultado neto del trabajo empírico fue que el argumento en contra de usar la experiencia de California como una comparación quedó fuera del debate público.

Cada una de las objeciones más importantes contra la reforma debía ser tratada de forma similar. Si bien las audiencias no podían responder definitivamente todas

las preguntas que surgían, sí podían investigarlas en detalle, confrontar la información relevante y sustentar recomendaciones de política pública sobre la base de ese trabajo. El resultado fue un informe de doscientos cincuenta páginas que se circuló en borrador a todos los testigos, empresas, uniones y otras personas interesadas para recibir comentarios. Luego, el informe fue revisado para que tales comentarios fueran tomados en cuenta. El documento final, que recomendaba un importante cambio, fue muy difícil de atacar pues obtuvo una reputación de haber sido completo y comprensivo²²⁵, y esa reputación, a su turno, ayudó a producir una actitud política en el sentido de que había llegado el momento para el cambio. Esta actitud fue reforzada por más audiencias ante el Subcomité de Aviación del Senador Cannon. Con el apoyo del presidente Carter y del jefe de la Dirección de Aeronáutica Civil, Alfred Kahn, quien comenzó a desregular las aerolíneas de forma administrativa, se promulgó una ley de desregulación²²⁶.

La tercera función que cumplieron las audiencias fue parecida a una representación teatral, la cual ayudó a movilizar el apoyo público y político para la reforma regulatoria. Hacer una analogía entre una audiencia legislativa y una judicial, o una de reunión de información, hace perder de vista una diferencia fundamental: la audiencia legislativa tiene un objetivo educacional y un propósito político. Una audiencia del Congreso, además de reunir por escrito la gran cantidad de hechos detallados que se necesitan para escribir un informe o desarrollar una propuesta, se realiza a un nivel oral más dramático o educativo que trata de ilustrar los temas de forma más comprensible (como interesante) para el público en general. Además, las audiencias sólo pueden comunicar su mensaje al público capturando la atención de los medios de comunicación.

Las audiencias del subcomité, por ejemplo, fueron estructuradas para que, en efecto, contaran una historia: cada aspecto del problema de la reforma regulatoria se cubrió en días distintos y cada día de audiencia se organizó para maximizar la posibilidad de que un “evento” de interés pudiera ocurrir. Durante el primer día de las audiencias, por ejemplo, el Secretario de Transportes anunció que la Administración propondría una reforma importante de la Dirección de Aeronáutica Civil, un evento que fue materia de

²²³ Véase, por ejemplo, CAB Hearings. Nota 66, *supra*. p. 104 (testimonio de G.W. Vans, Vice-presidente senior, Transporte Aéreo).

²²⁴ *Ibid.* p. 437 (presentación preparada por G.W. Douglas, profesor de economía de la Universidad de Texas).

²²⁵ Véase, por ejemplo, “The Opening Shot to Reform the CAB”. En: *Business Week*. 1975. p. 54.

²²⁶ *Airline Deregulation Act of 1978*, Pub. L. 95-504, 92 Stat. 1705 (1978) (secciones primariamente modificadas de la *Federal Aviation Act of 1958*. 49 United States Code. 1970. pp. 1301-1551).

titulares en muchos periódicos. La fortaleza de las audiencias orales estaba en que se revelaba gradualmente a los periodistas y, a través de ellos, al público, la forma en que la Dirección de Aeronáutica Civil regulaba la industria aérea y las potenciales ventajas que podían lograrse con la desregulación.

Es crucial entender que tanto el nivel oral dramático como el nivel escrito con muchos detalles fácticos de las audiencias son necesarios. Una audiencia puede capturar los titulares sin el trabajo fáctico. Puede buscar escándalos o distorsionar las cosas y, al hacerlo, capturar la atención de los medios. Pero si eso se hubiese hecho, las audiencias hubiesen terminado siendo menos efectivas. La distorsión podía haber producido desconfianza entre los ejecutivos de las aerolíneas, los miembros de los sindicatos, los administradores, y otros que debían ser convencidos o neutralizados antes de que las propuestas llegaran a ser promulgadas. Los oponentes hubiesen encontrado bases para desacreditar el trabajo del subcomité. Adicionalmente, sin el trabajo detallado sobre el cual basar las propuestas, la atención de los medios de comunicación hubiese sido efímera. La preparación inadecuada de parte del Comité le hubiese impedido plantear sus puntos más fuertes en las audiencias públicas contra aquellos que se oponían a la reforma. Pero sólo hacer el estudio detallado sobre los temas concernientes a la reforma regulatoria –es decir, el trabajo fáctico detallado sin el drama que una audiencia puede ofrecer– hubiese producido únicamente un reporte más que se deja en un estante sin leer.

Es difícil, por muchas razones, sacar lecciones de la experiencia con la desregulación aérea. Mucha de la evidencia es meramente anecdótica. Además, no puede asegurarse si la regulación de las aerolíneas es un “caso especial”, si los temas involucrados fueron inusualmente fáciles, si el momento resultó inusualmente favorable, o si las fuerzas políticas se alinearon en una también inusual combinación propicia. Más aún, como con cualquier tema político, depende mucho de las personalidades. Pero una cosa es clara: en Octubre de 1978 el Congreso promulgó la Ley Cannon-Kennedy que efectivamente desregula la industria aérea²²⁷.

De esta forma, la experiencia sugiere que el Congreso y, más particularmente, un comité del Congreso, es una institución efectiva para lograr programas importantes de reforma regulatoria sustantiva. Un comité puede combinar su poder para reunir información con el poder para desarrollar apoyo político significativo. El ejecutivo posee una habilidad superior para hacer un trabajo detallado sostenido, pero es menos capaz de realizar ciertas tareas políticas necesarias. Además, la experiencia del Subcomité de Práctica y Procedimientos Administrativos sugiere que puede haber una ventaja en dar la responsabilidad inicial para la reforma de un programa particular a un comité que ordinariamente no supervisa a la agencia reguladora en cuestión. Aunque se pierde en especialización, se gana libertad frente a algunos límites políticos o institucionales que pueden hacer difícil que el comité regular del Congreso realice la investigación.

La experiencia también apunta a que la reforma de un área sustantiva requiere un marco conceptual intelectual que pueda identificar un candidato para la reforma y guiar una investigación detallada más adelante. Los candidatos para la reforma son tratados mejor, individualmente, una vez que se han identificado a través del marco conceptual sugerido en este artículo. La investigación subsiguiente puede tomar meses o incluso años pero es parte necesaria de cualquier esfuerzo que busque lograr un cambio significativo.

IV. CONCLUSIÓN

La reforma sustantiva de la regulación gubernamental puede comenzar con aquellos programas que exhiben más claramente las deficiencias inherentes a la regulación clásica. Algunos de los ejemplos usados aquí sugieren que áreas como la de transporte, energía, salud, seguridad y regulación ambiental son candidatas para desarrollar “alternativas menos restrictivas” que la regulación clásica. El marco conceptual desarrollado y aplicado en este artículo puede ser de ayuda para aquellos que tienen la responsabilidad de monitorear esas áreas reguladas. Cuando menos, este análisis sugiere abandonar la perspectiva simplista de que los mercados libres “imperfectos” hacen necesaria la introducción de regulación gubernamental “perfecta”.