

## ESTRUCTURAS E INSTITUCIONES REGULATORIAS

Anthony Ogus\* \*\*

*En el presente artículo se abordan de manera general aspectos referidos a los diversos mecanismos de regulación y sus fundamentos. Además, se hace un bosquejo del diseño de políticas regulatorias.*

*En ese sentido, se pretende absolver cuestiones como: si el control debe ser previo o posterior, la regulación debe ser descentralizada o centralizada, debe haber auto regulación o regulación externa, conviene que el Estado sea "titular" de los servicios públicos o debe darlos en concesión, entre otras.*

\* Profesor y becario de investigación de la Universidad de Manchester.

\*\* El presente artículo fue originalmente publicado bajo el título "Regulatory Institutions and Structures" en: *Annals of Public and Cooperative Economics* 73. 2002. pp. 627-648. Agradecemos al autor por autorizarnos su publicación. La traducción estuvo a cargo de Oscar Súmar, ex Director de Contenido de THEMIS y Carlos A. Patrón, Magister en Derecho (LL.M.), Yale University; Magister en Ciencias (M.Sc.) Políticas Públicas en Latinoamérica, University of Oxford. Ex miembro del Consejo Directivo de THEMIS.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es obvio que las estructuras e instituciones regulatorias juegan un papel clave en el ambiente necesario para la promoción empresarial. En su documento DFID Enterprise Development Strategy (EDD 2002), el Enterprise Development Department señala la necesidad de “instituciones legales y regulatorias competentes (...) y regulación sensible en temas de salud y seguridad, registros de negocios y licencias de comercio” (parágrafo 3.6.2) contrastando eso con “la herencia de una pesada y jerárquica intervención estatal, desfavorables políticas de gobierno, leyes atrasadas y excesiva regulación (que) aún persisten, factores que restringen severamente la actividad empresarial” (parágrafo 3.6.4).

¿Cuáles son las características de un “buen” o “sensible” sistema regulatorio? La respuesta a esa pregunta presenta dos dimensiones. La primera se refiere a los *instrumentos o métodos legales* elegidos para alcanzar los objetivos deseados. Estos deben ser apropiados a la luz de las justificaciones sociales y económicas para la intervención y de su impacto previsible en la comunidad regulada. La segunda se refiere a los *procesos y procedimientos* por los que los instrumentos son formulados y aplicados. Claramente, un régimen regulatorio no puede tener éxito a menos que su operación tenga legitimidad dentro de la comunidad a la que sirve. Para lograr esta finalidad, ciertos valores del proceso tienen que ser reconocidos, incluyendo aquellos como la especialidad, la transparencia y el control.

Este trabajo, partiendo de literatura legal y de políticas públicas conocidas, persigue resumir las principales ideas relacionadas con las dos dimensiones descritas anteriormente y así derivar temas de investigación aplicables a países en desarrollo. La metodología se deriva de lo que puede ser descrito como una sub-disciplina del análisis económico del Derecho. En lo que concierne a la regulación, el movimiento ha generado dos métodos de análisis.

El *análisis de interés público* realiza una contribución importante a la dimensión instrumental. Involucra una investigación en tres etapas: identificar y explicar instancias de fallas del mercado; investigar métodos alternativos para corregir tales fallas; y predecir las respuestas de los actores a los diferentes métodos, con énfasis en la reducción de costos administrativos, particularmente costos de información y costos de aplicación de las normas.

De manera opuesta, *análisis de interés privado*, desarrollado de la escuela de “elección colectiva” de Virginia, busca explicar cómo los principios y la estructura regulatorios pueden divergir de lo que es deseable en términos de interés público, dado que los políticos y los burócratas pueden estar motivados a satisfacer las demandas de grupos de interés privado que buscan las ventajas que ofrece la regulación moldeada de una determinada manera. Esto claramente tiene implicancias significativas sobre la dimensión procedimental de una “buena” regulación, toda vez que resulta necesario explorar qué arreglos constitucionales y procedimentales pueden restringir de la mejor manera un comportamiento de este tipo.

## 2. INSTRUMENTOS Y MÉTODOS REGULATORIOS

La elección de un instrumento apropiado debe, en primer lugar, depender de la justificación para la intervención. Una vez identificadas las justificaciones, los diseñadores de políticas se enfrentan a la decisión de elegir entre diferentes instrumentos, cada uno con sus propias ventajas y desventajas. Si bien no deben excluirse otros modos de razonamiento, el tema típicamente se torna en uno de elegir el instrumento que puede satisfacer el objetivo regulatorio al menor costo.

### 2.1. Justificaciones para la intervención

Lógicamente, sólo debería existir regulación cuando el mercado no regulado no pueda alcanzar los resultados deseados. Sin embargo, históricamente, los gobiernos quizá han estado demasiado predispuestos a embarcarse en la tarea de regular sin primero determinar que la intervención sea realmente necesaria. En consecuencia, es a menudo difícil identificar el razonamiento exacto que motivó la intervención. No obstante, sobre la base de la literatura estándar, podemos intentar esbozar una lista no taxativa de las justificaciones más a menudo citadas. Éstas pueden ser divididas, para efectos ilustrativos, en *económicas* y *no económicas*.

Los principales casos económicos donde ocurren *fallas de mercado* son:

- *Monopolios* o restricciones significativas al mercado competitivo.
- Información *inadecuada o asimétrica* que afecta las relaciones entre consumidores y proveedores.
- *Externalidades* por las que actividades afectan a terceras personas en formas que no están

reflejadas en los precios fijados por los productores.

- *Problemas de coordinación*: aunque los resultados deseados pueden ser alcanzados mediante transacciones privadas, los costos de coordinación son tan elevados que resulta menos costoso que sea la ley la que prescriba una conducta.

Entre las justificaciones no-económicas más importantes se encuentran:

- *La justicia distributiva*: mercados no regulados conllevan a resultados que no se conciben con lo que se percibe como una justa distribución de recursos.
- *Paternalismo*: se asume que los individuos no son buenos jueces de, o no puede confiarse que actuarán de acuerdo con, lo que resulta mejor para sus intereses, en relación al área particular materia de intervención.

## 2.2. Problemas de los remedios de Derecho privado

No siempre se tiene presente que existen remedios privados para la mayor parte de los fenómenos descritos anteriormente como justificaciones de la regulación y que, en principio, son capaces de resolver el problema. Así, por ejemplo, los derechos de propiedad privados son empleados para internalizar externalidades y los contratos suelen no ser exigibles cuando son empleados en situaciones de asimetría en la información. Aunque discutiblemente, tales soluciones privadas deben tener prioridad, dado que permiten a aquellos perjudicados resolver sus agravios de manera directa, sin la pesada mano de la intervención estatal. Si ello es correcto, los que abogan por una regulación (de Derecho público) deben poder demostrar una falla del Derecho privado para resolver el problema dado.

En muchas situaciones no será difícil demostrar la falla del Derecho privado. El problema principal que aflige al Derecho privado es el relacionado a los costos de transacción. Racionalmente, tanto los individuos como las empresas sólo buscarán hacer valer sus derechos cuando los beneficios esperados exceden los costos esperados, que no

sólo incluyen los costos legales sino también tiempo y las molestias. Dado el principio general de que la compensación por infringir derechos privados no debe exceder las pérdidas ocasionadas por el demandante, muchas demandas legítimas no son siquiera planteadas. Consecuentemente, externalidades que afectan a un gran número de personas, pero sólo imponen una pequeña pérdida sobre cada individuo en particular, no serán internalizadas por medio de instrumentos de Derecho privados y así graves problemas asignativos permanecerán sin corregir. El impacto disuasivo de los costos de las soluciones privadas es exacerbado en casos en los que resulta difícil obtener la información necesaria para entablar una demanda exitosa, particularmente en casos que involucran tecnología complicada y en aquellos en los cuales se presentan problemas complejos de causalidad.

## 2.3. Instrumentos regulatorios: regulación social

Existe una gran variedad de instrumentos regulatorios y no hay consenso acerca de la manera en que deben ser clasificados (Mitnick, 1980). Sin embargo, puede resultar útil considerar por separado los principales métodos empleados en dos diferentes áreas de regulación: *regulación social*, que se ocupa de temas tales como la salud y la seguridad, cuidado del medio ambiente y protección al consumidor; y tiende a justificarse en referencia a las externalidades y la asimetría en la información; y la *regulación económica*, que es invocada cuando no hay suficiente competencia. En esta sección me ocuparé de la regulación social<sup>1</sup>.

Una actividad comercial o industrial contamina el ambiente o genera riesgos para la salud y seguridad; una actividad profesional –como la relacionada a dar consejería legal o financiera– involucra riesgos de pérdidas financieras. ¿Cómo pueden ser controladas estas actividades?

Nótese, para empezar, que la meta de la regulación no debe ser eliminar la pérdida, sino más bien debería ser la de alcanzar un punto óptimo de disminución de ésta, hasta llegar al nivel en el que los beneficios marginales de reducir la pérdida son equivalentes a su costo marginal,

<sup>1</sup> El argumento expuesto presume que los instrumentos son aplicados individualmente. Para una aproximación que considere la combinación de los instrumentos, ver: GUNNINGHAM, Neil y Peter GRABOSKY. "Smart Regulation: Designing Environmental Policy". Oxford: Clarendon Press. 1998. pp. 422-453.

estos últimos siendo un reflejo de los costos administrativos y de otro tipo asociados a los regímenes regulatorios, así como los costos incurridos para su cumplimiento por las empresas reguladas. Entre los posibles métodos para asegurar una reducción de pérdidas óptima, los siguientes son los más importantes.

#### Control previo

Este método regulatorio requiere que las empresas, antes de emprender legalmente una actividad u ofrecer un producto o servicio, deban obtener previamente una licencia o permiso de una agencia autorizante; y para tal aprobación deben de satisfacer ciertas condiciones de calidad de la agencia al tener, o ser capaces de reunir, el requisito de la reducción óptima de las pérdidas.

Los costos administrativos para revisar todas las aplicaciones son muy altos y a estos se deben agregar los costos de oportunidad resultantes de cualquier demora en obtener la licencia. Más aun, pérdidas de bienestar significativas emergerán si el sistema es empleado para el propósito anti-competitivo de crear barreras de acceso al mercado (Moore, 1961). El beneficio del control previo debe, por tanto, ser muy grande para justificar, sobre la base del interés público, estos costos sustanciales.

Se pueden identificar dos conjuntos de circunstancias en los cuales es probable que se presenten tales grandes beneficios (Shavell, 1993). El primero aglomera casos (por ejemplo, accidentes nucleares) en los que las consecuencias de una falla de ejecución pueden ser tan catastróficas, o la aversión social hacia tales actividades tan elevadas, que el escudriño previo y la prevención son percibidos como preferibles sobre la disuasión derivada de la posibilidad de sanciones *ex post*. Por contraste, la segunda categoría no necesariamente da lugar a grandes pérdidas en casos individuales. Lo problemático es más bien expresar o cuantificar una variedad de características del desarrollo de la actividad de una manera suficientemente sucinta, pero a la vez comprensible, de modo que puedan ser formuladas como estándares a ser cumplidos, lo cual resulta particularmente agudo en caso de la provisión de servicios. La valoración de una multitud de factores es facilitada por la metodología de caso por caso empleada en los procesos de otorgamiento de licencias.

#### Estándares obligatorios

La técnica de los estándares permite que la actividad se desarrolle con la necesidad de

controles *ex ante*, pero el proveedor que no cumpla con satisfacer determinados estándares de calidad incurrirá en una infracción. Los estándares pueden ser divididos en: estándares *de resultado* (o *de producto*), requiriendo que ciertas condiciones de calidad sean satisfechas en el punto de la oferta, pero dejando al proveedor en libertad para elegir cómo satisfacer dichas condiciones; y estándares de especificación (o *de insumos*) obligando al proveedor a emplear ciertos métodos o materiales de producción, o prohibiendo el uso de ciertos otros métodos o materiales de producción.

Las variables económicas más importantes a tener en cuenta al momento de elegir entre estos tipos de estándares son los costos asociados a estar informados acerca de los medios tecnológicos existentes para alcanzar las metas regulatorias y los costos administrativos asociados a la formulación de estándares apropiados y al monitoreo de su cumplimiento (Steward, 1981). En principio, debe quedar a discreción de las empresas el elegir cómo satisfacer estas metas, dado que incentiva la innovación en las técnicas que sirven para reducir las pérdidas. Por tanto, existe una presunción a favor de las medidas menos intervencionistas. Sin embargo, los beneficios de tales medidas pueden ser sobrepasados por los costos de su administración y los costos en los que las empresas deben incurrir con el fin de adquirir información acerca de la tecnología para reducir las pérdidas.

Las principales ventajas de los estándares de especificación están relacionadas a los costos administrativos. Es más fácil para el diseñador del estándar predecir los costos de su cumplimiento, desde que estos difieren muy poco de una empresa a otra. En lo que concierne al monitoreo, la agencia estatal encargada del cumplimiento debe simplemente verificar que el insumo prescrito ha sido empleado por las empresas, o, en el caso de un estándar "negativo", que la sustancia o proceso prohibido no haya sido empleado. Las mismas empresas no enfrentan situaciones de incertidumbre respecto a la norma, o la acción necesaria para alcanzar resultados particulares.

Existen, por otro lado, desventajas significativas asociadas a los estándares de especificación. El hecho de que el estándar sea impuesto en una etapa inicial del proceso productivo implica que el diseñador del estándar tiene (quizá inadecuadamente) un alto nivel de confianza respecto a que los insumos obligatorios servirán para cumplir las metas regulatorias de una manera efectiva desde la perspectiva del costo. La

prohibición de otros insumos induce a la rigidez tecnológica, desde que inhibe la innovación de las empresas en general y para desarrollar otros, y más baratos, medios para satisfacer las metas regulatorias en particular. Los estándares de especificación devienen en obsoletos muy rápidamente y típicamente existe una demora antes de que se vean reflejados en la regulación. Estas consecuencias pueden dar lugar a importantes pérdidas de bienestar social.

De esto se sigue que la justificación para emplear estándares de especificación es débil a menos que el diseñador de los estándares tenga mejor acceso que las empresas a información concerniente a la tecnología de producción y los efectos no deseados, o las empresas (o sus productos) sean tan homogéneos que fuese poco probable que la actividad innovativa ocurra o pueda generar beneficios sociales significativos.

Los estándares (sean de resultado o especificación) pueden ser uniformes o diferenciados dependiendo de la región, tipo de industria o empresa. Los estándares uniformes son mucho más baratos de formular y de hacer cumplir, y son menos susceptibles a ser manipulados para proteger intereses privados. Pero si la meta de interés público es minimizar la suma de los costos resultantes que surgen de una actividad en particular y de los costos de modificar dicha actividad o reducir los daños que ésta produzca, ambos conjuntos de costos pueden variar de acuerdo a las circunstancias de la empresa, su ubicación, o la población afectada por su actividad. Formular estándares sobre la base de costos promedios puede llevar inevitablemente a algunos desfases y pérdidas de bienestar. Los estándares deben entonces ser diferenciados ahí donde los beneficios de reducir esas pérdidas excedan los costos administrativos adicionales asociados a su formulación y cumplimiento (Latin, 1985).

#### Provisión de información

En lugar de imponerle estándares a los proveedores, forzándolos a adoptar medidas para la reducción óptima de las pérdidas, la legislación simplemente puede requerir que estos revelen información a sus compradores y a otras personas acerca del daño o

riesgos que pueden surgir de la actividad o el producto.

Los individuos no tienen preferencias homogéneas en relación a la seguridad y calidad: unos prefieren un paquete de mayor seguridad y calidad, a un mayor precio; otros prefieren menor calidad y seguridad, a un precio menor. Si la regulación obliga a los proveedores a revelar información adecuada acerca de calidad y seguridad, sobre la base en la cual los consumidores puedan ejercer su elección, las transacciones del mercado garantizarán que las preferencias sean satisfechas; y no habrán pérdidas de bienestar resultantes de que los consumidores sean privados de la elección, como puede ocurrir bajo un régimen de estándares (Schwartz y Wilde, 1979). Más aun, el mandato de revelar información reducirá costos cuando el consumidor sea el evitador más barato del costo<sup>1</sup>, normalmente respondiendo a las advertencias publicadas. Los costos administrativos de formular y hacer cumplir las normas que obligan a revelar información son también relativamente bajos, sobre todo teniendo en cuenta que los diseñadores de políticas no tienen que determinar los niveles óptimos de reducción de pérdidas.

Por otro lado, la posibilidad de aplicar esta técnica es limitada desde que no todos aquellos afectados por el producto o actividad recibirán la información y podrán por tanto adaptar su conducta o celebrar las transacciones adecuadas. Más aun, dentro del reducido grupo de compradores que pueden usar la información, pueden existir problemas. Puede resultar imposible resumir toda la información necesaria de tal modo que la gran mayoría la pueda leer y entender. La "racionalidad limitada" de los individuos se puede constituir en un obstáculo adicional: hay evidencia acerca de que los individuos tenderán a sobrestimar los riesgos asociados con eventos poco probables y a subestimar aquellos resultantes de actividades altamente probables. Dado que los riesgos asociados a la asimilación de información y la toma de decisiones por parte de los compradores suelen ser significativos, puede ser más barato forzar a los proveedores a ajustar su producto o servicio a lo que los compradores presumiblemente hubiesen elegido si aquellos procesos mentales hubiesen sido completados. Esta solución puede ser particularmente apropiada cuando los costos resultantes del

<sup>1</sup> Nota del traductor: traducción del concepto "cheapest cost avoider", que se refiere a quien está en mejores condiciones de evitar un costo o, en otras palabras, quien lo puede evitar de manera más "barata".

error del consumidor son elevados, por ejemplo, cuando pueden resultar en la muerte o un daño personal grave.

#### Instrumentos económicos

Como una alternativa a forzar la disminución óptima de pérdidas por la posibilidad de una sanción (comúnmente llamada regulación de “comando y control”), los gobiernos pueden buscar los mismos fines mediante incentivos económicos. El método más importante para lograr tal incentivo es a través de tributos o cargas: la conducta no se encuentra legalmente restringida, pero si la empresa decide actuar de un modo no deseado, deberá efectuar los pagos estipulados. Los subsidios y permisos de contaminación negociables son otros de los instrumentos económicos que suelen utilizarse.

Para corregir la mala asignación resultante de las externalidades, el monto fijado debe ser igual al daño marginal que el individuo o la empresa infrinja a otros. Dado que el costo externo de la actividad es asumido por el autor, esto debería, si la actividad se lleva a cabo dentro de un mercado competitivo, asegurar un nivel de eficiencia para la asignación en la producción y el consumo (Baumol, 1972).

Una ventaja importante atribuida a los impuestos es que, en tanto la agencia pueda hacer un cálculo razonable del costo de los daños, ésta no necesitará tener conocimientos acerca del costo de reducción de las pérdidas. Una vez que se ha fijado un impuesto para reflejar el costo de los daños, queda en manos de cada empresa decidir si resulta más barato pagar el impuesto o reducir las pérdidas. Más aun, el sistema provee mejor información a las empresas acerca de los costos en que tendrán que incurrir producto de una intervención legal: el impuesto representa una suma cierta, mientras que la suma que deberían pagar si contraviniesen un estándar dependerá de variables tan inciertas como la discreción de la agencia en la aplicación de la regulación o la discrecionalidad de las cortes al juzgar. Finalmente, dado que bajo un sistema impositivo el costo de las empresas incrementa en proporción a la cantidad de daños, existe un incentivo para que las empresas reduzcan estos últimos lo más posible. De este modo, parecería que los tributos son superiores a la regulación de comando y control: pese a que la empresa buscará la manera más barata de cumplir con el estándar, una vez que ese

estándar ha sido alcanzado, ésta no tiene incentivos adicionales para reducir el daño.

Estos son sólidos argumentos, pero se requiere efectuar ciertas precisiones (Ogus, 1998). Sin información acerca de los costos de reducir pérdidas, la agencia no podrá predecir cuánto daño realmente resultará de un conjunto determinado de precios ni, por tanto, cuán efectivos resultarán dichos precios en relación a la meta de eficiencia. Para superar esta dificultad, en la práctica, la agencia tendrá que adoptar un método itinerante o de “ensayo y error”: se establece un conjunto inicial de precios pero estos son subsecuentemente modificados como resultado de la observación de su impacto y de tomar en cuenta otras variables.

#### 2.4. Instrumentos regulatorios: regulación económica

Como se indicó anteriormente, la regulación económica se aplica a mercados en los que existe insuficiente competencia. Dos métodos distintos, pero a veces complementarios, deben ser considerados en este punto. Pese a que generalmente no se le considera “regulación”, la legislación de Competencia es el principal instrumento para proscribir las prácticas anti-competitivas y, por tanto, preservar o fortalecer la competitividad de los mercados. Sin embargo, en casos en que se considera apropiado que exista un solo proveedor –generalmente porque las condiciones para un “monopolio natural” se verifican–, deben ser introducidas medidas legislativas para controlar el precio y la calidad de los productos y servicios. A continuación se tratan los temas por separado.

##### El rol del Derecho de la Competencia

Escapa a los alcances del presente trabajo brindar algo más que una ojeada a esta compleja e importante área del Derecho (para una revisión general, ver: Furse, 1999). Bastará mencionar qué instituciones y principios son desarrollados para identificar y controlar los fenómenos desarrollados del dominio en el mercado y su abuso, y la colusión entre, o fusión entre, competidores. Como se refleja en los regímenes legales nacionales y transnacionales, las opiniones difieren acerca de los umbrales apropiados para definir las conductas como ilegales y la carga probatoria<sup>II</sup>.

II Nota del traductor: en el derecho anglosajón, el término “carga probatoria” es utilizado (en un sentido más amplio que en el derecho de tradición civilista) para definir tanto a quién le corresponde probar, como qué es lo que debe ser probado. Para una interesante y bien documentada introducción al sistema de “cargas probatorias” norteamericano, recomendamos ver: RIVAROLA, Domingo. “¿Actoris incumbit probatio? Presunciones y cargas de la prueba repensadas: common law versus civil law”. En: THEMIS-Revista de Derecho 51. 2005.

Por ejemplo, una vertiente considera suficiente que una sola entidad cuente con determinada participación del mercado, mientras otra se centra más en determinar los efectos adversos sobre el bienestar.

La competencia no es, en todos los casos, una panacea para el bienestar económico. En algunas circunstancias es más ventajoso que la producción sea desarrollada por una sola empresa, en vez de varias. El ejemplo clásico es cuando los costos marginales –y por lo tanto también los costos promedios– de la producción de una sola firma continúan declinando al largo plazo, típicamente porque los costos fijos son elevados en relación a la demanda (Foster, 1992). Pese a que las consecuencias típicas indeseables de tal monopolio “natural” pueden persistir (productos caros e insuficientemente producidos en relación a su verdadero valor social; ineficiencia productiva), el remedio no yace en la competencia. Más bien, se le permite al monopolio persistir, pero cierta forma de regulación es necesaria para controlar esas consecuencias. En las siguientes secciones, las distintas alternativas son consideradas.

#### Propiedad pública

En Europa, por lo menos hasta hace poco, el método regulatorio más empleado para controlar el poder del monopolio natural ha sido la propiedad pública. La expectativa ha sido que la combinación del control y contraloría política, el *diktat*<sup>III</sup> administrativo y el marco legislativo, pueden alcanzar mejor las metas regulatorias.

La teoría de la organización industrial convencional puede ser usada para predecir que las empresas públicas tendrán dificultad para alcanzar los mismos niveles de eficiencia que las empresas privadas. No existen accionistas (propietarios residuales) que estén financieramente interesados en la rentabilidad de la empresa pública, más allá de los contribuyentes en general. Si bien los contribuyentes pueden manifestar su desacuerdo en la arena política, las pérdidas están muy difusamente distribuidas entre ellos: como individuos, por tanto, tendrán muy pocos incentivos para consumir recursos en acciones políticas o legales. Más aun, ante la ausencia de incentivos de rentabilidad, la motivación de los administradores de las empresas públicas para satisfacer las demandas de los consumidores puede verse opacada. Es

habitualmente asumido que es la propiedad pública el método regulatorio apropiado para conseguir objetivos que no son económicos. Por ejemplo, en el terreno distributivo, puede ser política proveer algunos servicios a ciertos sectores de la población a precios por debajo de sus costos. Pero no existe razón para que las mismas obligaciones no puedan ser impuestas a organizaciones privadas, bajo un marco legislativo adecuadamente formulado.

Claramente, si la propiedad pública es el método adoptado, debe prestarse atención al marco regulatorio que mejor asegure que la empresa pública desarrolle de manera satisfactoria el rol que se le asigne. Los componentes clave parecerían ser: declaraciones legislativas explícitas respecto a los objetivos, facultades y deberes; la aclaración del rol (si es que lo tuvieron) de los ministerios para influenciar la política de la empresa; sistemas de control presupuestal ejercidos por medio de instituciones de auditoría pública independientes; y rendición de cuentas por medio de los poderes residuales del control judicial.

#### Regulación de calidad y precio

Si la empresa monopolista proveedora es transferida a propiedad privada, existe la necesidad de controlar los precios y la calidad impuestos por dicha empresa. El sistema regulatorio puede ser visualizado como un contrato de largo plazo entre la agencia de regulación y empresa monopólica, en el que esta última acepta satisfacer las demandas razonables de los consumidores al menor costo, a cambio de que la agencia le permita cobrar precios suficientes para cubrir estos costos. La finalidad principal es entonces que los términos de este “contrato” reflejen lo que habrá ocurrido en un mercado competitivo desregulado.

La tarea de la agencia regulatoria es formidable, acerca de la cual existe abundante literatura (ver, especialmente: Kahn, 1988). Surgen dificultades derivadas del hecho de que su acceso a información concerniente a las actividades de las empresas es limitado. No siempre se encontrará en mejor posición para tomar decisiones en relación a si los costos incurridos por la empresa fueron razonables y a si han de ser cubiertos por los precios fijados. Otra dificultad es determinar el nivel de retorno que sea suficiente para que

III Nota del traductor: se refiere al dictado o mandato de la administración.



una empresa pueda atraer inversionistas. Más aun, si la agencia tiene éxito en fijar precios que sólo sean suficientes para cubrir los costos, éste eliminará el incentivo, que tienen empresas en mercados competitivos desregulados, de ganar más que los retornos normales.

Adicionalmente, debe notarse que muchos servicios y productos que tienen características de monopolio natural forman parte de la infraestructura de un país y esto puede dar lugar a preocupaciones de índole redistributivo. Puede considerarse deseable asegurar que el servicio público esté disponible para todos los miembros de la comunidad a un precio que ellos puedan pagar. Dado que el costo de la oferta a menudo variará significativamente dependiendo de la ubicación y otras circunstancias relativas a los clientes, éste no es un resultado que necesariamente se produciría en un mercado competitivo y no regulado.

Una posible solución yace en el subsidio cruzado: un precio uniforme puede ser cobrado permitiendo que el exceso del ingreso proveniente de áreas con bajo costo pueda financiar la oferta en las áreas de alto costo, pero esto parecería tener dos desventajas. Primero, el regulador encargado de revisar los precios de la empresa, y por lo tanto la extensión del subsidio, necesitará acceder a data que le permita verificar que el subsidio es necesario. Segundo, la relativa transparencia de los procesos de fijación de precios de la agencia pueden convertir al subsidio en más visible y, en consecuencia, provocar oposición de consumidores de bajo costo. Los economistas tienden a sugerir que es preferible cobrarles a los clientes en proporción al costo y alcanzar las finalidades redistributivas de otras maneras, por ejemplo, mediante el pago de la seguridad social (Foster, 1992).

Procesos públicos de concesión competitivos

Un método alternativo para regular a los monopolios privados es regular el derecho a proveer mediante un contrato público de concesión, que resulte de un proceso de subasta competitivo para la adquisición de tal derecho. Los términos de la oferta ganadora, particularmente aquellos referidos al precio y a la calidad, se convierten en condiciones de la concesión que, como en cualquier otro contrato, gobiernan el comportamiento permanente del proveedor. Así, la contratación reemplaza a la regulación tradicional como el instrumento legal de control y, a diferencia de la regulación que típicamente implica recurrir a, o amenazar con, un proceso sancionador, depende de la terminación o no-renovación de la

concesión como principal mecanismo para sancionar resultados inadecuados.

En teoría, la competencia *ex ante* para adquirir el derecho monopolístico debería forzar a las empresas a proveer sus productos o servicios en términos consistentes con la eficiencia económica y al mismo tiempo evitar las dificultades enfrentadas por las agencias regulatorias al fijar precios apropiados (Demsetz, 1968). Sin embargo, la agencia deberá todavía confiar en que la estructura financiera de la empresa es adecuada para proveer al precio ofrecido. Aún así persiste el problema de la calidad. Las bases del concurso deben definir los aspectos cualitativos de los bienes o servicios a proveerse y la agencia, al determinar el resultado de la competencia, debería seleccionar el paquete de calidad y servicio que, a su parecer, mejor satisfará las preferencias de los consumidores. Ésta no es una tarea sencilla. Más aun, dados los problemas en definir y monitorear calidad, habrá un incentivo para la empresa ganadora a subsecuentemente reducir sus costos, sacrificando calidad.

### 3. ESTRUCTURAS Y PROCESOS REGULATORIOS

Todos los sistemas regulatorios requieren que una serie de tareas sean desarrolladas. Como parte del proceso de elaboración de políticas públicas, las metas del régimen deben ser establecidas; esas metas deben ser traducidas en principios y reglas que controlan comportamientos; y deben existir procedimientos para explicitar y hacer valer tales principios y reglas y para resolver las disputas que surjan de estos. Surgen importantes temas estructurales al determinar cómo asignar las diferentes tareas a las diferentes instituciones. La determinación de una apropiada asignación de poderes contiene tanto dimensiones horizontales (la extensión con que dicha autoridad debe ser conferida a poderes distintos al legislativo y ejecutivo) cuanto verticales (el grado de control ejercido sobre tales instituciones). Adicionalmente, existen valores procesales claves que asisten al momento de conferir legitimidad en la estructura institucional y en protegerla de ser desviada de los objetivos regulatorios de interés público; estos incluyen la transparencia y sujeción a control.

#### 3.1. El diseño de políticas regulatorias

¿Regulación centralizada o descentralizada?

Dentro de una única jurisdicción, la regulación puede ser en mayor o menor medida centralizada y el mismo principio puede ser aplicada dentro de



un contexto internacional, dado que dentro de la unión económica de diferentes estados se puede armonizar la regulación (Bratton y otros, 1996). Para propósitos de esta exposición, asumamos que un estado federal tiene diferentes provincias. En general, la regulación puede proveer diferentes niveles de protección a los ciudadanos a precios diferenciados, dado que el costo de cumplir con la regulación se incrementa de acuerdo a su severidad. Si asumimos que los ciudadanos dentro de la federación no tienen las mismas preferencias, entonces existe un argumento teórico sólido para la regulación descentralizada. Los legisladores provinciales pueden estar informados más fácilmente acerca de las preferencias locales y, si tomaran decisiones que no satisfagan tales preferencias, esos ciudadanos podrían mudarse a otras provincias donde se ofrezca un paquete más satisfactorio. Por su parte, los proveedores de productos o servicios sujetos a los controles regulatorios pueden entablar comercio interestatal o establecerse en países donde están en mejores condiciones de satisfacer la demanda de los consumidores.

Existen, sin embargo, problemas obvios con esta aproximación. Primero, asume que los ciudadanos están bien informados acerca del paquete regulatorio y de las alternativas disponibles en las distintas localidades, y que la migración es una opción viable. Segundo, la regulación puede tener efectos interestatales. En tercer lugar, los gobiernos provinciales pueden verse presionados por sus industrias, que soportan parte de los costos, pero ninguno de los beneficios de la regulación, a efectos de dejar de lado las preferencias de los ciudadanos o explotar su falta de información. Y si alguna provincia cede ante la presión y reduce la protección regulatoria, la presión sobre las demás provincias para que hagan lo mismo se incrementa.

La regulación a un nivel federal puede, idealmente, solucionar estos problemas. También tendrá el efecto beneficioso de reducir la cantidad de normas aplicables sobre las que tendrán que estar informados aquellos embarcados en transacciones de mercado, sean consumidores o proveedores. Pero la centralización genera su propio conjunto de problemas serios. Ésta tiene que adoptar lo que los legisladores perciban como el común denominador entre las preferencias regionales; y el resultado puede en los hechos satisfacer sólo las preferencias de una proporción pequeña de la población. Por lo demás, el solo proceso de buscar un común denominador da lugar a problemas de comportamiento estratégico entre los tomadores de decisiones, lo cual dificulta alcanzar acuerdos.

El análisis realizado sugiere que ni la regulación descentralizada exclusiva ni la regulación centralizada exclusiva resultarán satisfactorias. Algún compromiso entre los dos extremos es, por lo tanto, necesario. Debería haber una tendencia para adoptar regulaciones federales armonizadas en áreas caracterizadas de manera significativa por los siguientes rasgos: una homogeneidad de preferencias a lo largo de la federación; serios efectos interestatales; y una alta probabilidad, como resultado notorio de problemas de información, de que las provincias entablen una carrera hacia abajo. Cuando estos rasgos no sean tan significativos, el diseño de políticas regulatorias debe dejarse a nivel de las provincias.

#### Diferenciación en el diseño de políticas

Los diferentes grados de generalidad en la formulación de reglas pueden ser representados en un espectro. En uno de los extremos del espectro los reguladores pueden crear una regla altamente precisa, incluso cuantitativa (por ejemplo: los vehículos deben ser conducidos a una velocidad que no exceda las 30 millas por hora, en un área determinada); y al otro extremo, una regla general (por ejemplo, los vehículos deben ser conducidos a una velocidad "razonable" en zonas urbanas), requiriendo ser interpretada tanto por el actor como por la agencia encargada de su cumplimiento. Dado que una regla precisa elimina la discrecionalidad y la incertidumbre, reduce los costos administrativos de la agencia y el poder de ésta sobre una empresa regulada. Por otro lado, su especificidad implica que sea inflexible y no puede ser acomodada a una variedad de circunstancias donde requiere ser aplicada. Es probable que resulte ser sobreabarcadora (desincentivando más de lo que resulta óptimo según las circunstancias), o poco abarcadora (disuadiendo menos de lo que resulta óptimo según las circunstancias) (Ehrlich y Posner, 1974).

De ahí se sigue que existen varios métodos legales para formular reglas diferenciadas (Baldwin, 1965). La primera opción es incorporar las reglas a un código regulatorio formal (normalmente legislación parlamentaria u otro instrumento legislativo) que regirá la actividad. Esto determina que el proceso de diferenciación resulte más claro y abierto al escudriño, pero también determina que los cambios sean más difíciles y susceptibles de demoras. La segunda opción es que el código regulatorio contenga un principio general, quizá acompañado por un lineamiento respecto a cómo debe ser interpretado en determinados contextos, pero de todos modos confiriendo amplia

discrecionalidad a la agencia encargada de su cumplimiento para efectuar diferenciaciones de acuerdo a las circunstancias. La flexibilidad es alcanzada, pero resultará poco probable que el ejercicio de la discrecionalidad esté abierto al escudriño público y las empresas pueden no tener certeza acerca de cómo se les aplicará la diferenciación.

La tercera opción es conferir a la agencia el poder de crear estándares diferenciados formales para empresas o para grupos de empresas. La técnica normalmente empleada es un sistema de permisos: la legislación prohíbe la actividad a menos que la empresa obtenga un permiso de la agencia que contenga las condiciones incorporando los estándares diferenciados adecuados. Esta opción combina las ventajas tanto de las reglas precisas como de la discrecionalidad: las reglas están claramente definidas y por tanto facilitan su supervisión y cumplimiento; y, al mismo tiempo, pueden ser ajustadas a las circunstancias de cada caso. Por otro lado, sin embargo, el sistema es, por supuesto, muy costoso de operar (los estándares son individualmente negociados) y, a menos que el detalle de los permisos esté disponible para el escudriño público, vulnerable a la manipulación y al abuso.

### 3.2. Regulación delegada y auto-regulación

Tal como acabamos de apreciar, la legislación muchas veces tan sólo establece principios generales, delegando en otras instituciones el poder para diseñar reglas más detalladas. Un importante tema de políticas públicas es si tales instituciones deberían ser burocracias gubernamentales o más bien agencias especializadas, hasta cierto grado independientes del gobierno, quizá incluso una agencia que represente a aquellos que son objeto de la regulación.

#### Rama del gobierno o agencia independiente

Las agencias pueden concentrar y acumular conocimientos técnicos de un modo que no siempre resulta posible a las burocracias gubernamentales; y si la agencia es además responsable de hacer cumplir la regulación, tal conocimiento puede retroalimentar de manera beneficiosa el proceso de diseño de políticas públicas. Más aun, el distanciamiento del gobierno puede reducir los peligros de la interferencia política, alentar perspectivas de más largo plazo y (quizá) facilitar las consultas públicas y una más abierta toma de decisiones (Baldwin, 1995).

Los políticos pueden enfrentar el dilema de tener que apaciguar a grupos de presión poderosos con demandas contradictorias. Ellos podrían advertir que una determinada política regulatoria beneficiará a un grupo e impondrá costos sobre el otro. Una norma que contenga un principio vago puede ganarles el apoyo del primer grupo, sin generar una substancial oposición del segundo grupo. Los costos para el segundo serán más aparentes cuando se formulen reglas más detalladas; pero, si esta tarea es delegada a una agencia, esta institución, a diferencia de los políticos, soportará el peso de las críticas. Más aun, dicha estrategia será preferida por grupos de presión poderosos si confían que podrán “capturar” la agencia para sus propios fines.

#### Auto-regulación

Existe una larga tradición de que los derechos de la práctica y las reglas de conducta de las ocupaciones profesionales sean determinadas por cuerpos integrados exclusiva o predominantemente por miembros de dicha profesión, y de un tiempo a esta parte tales formas de auto-regulación se han extendido a otras áreas.

Hay una serie de argumentos que sugieren que, al menos cuando se aplica a regulación profesional, una agencia auto-regulatoria (en adelante “AAR”) puede resultar ser un diseñador de políticas menos costoso y más efectivo que una agencia pública (Ogus, 1995). Primero, dado que las AAR, en comparación con las agencias independientes, pueden normalmente comandar un mayor grado de experiencia y conocimiento técnico acerca de las prácticas y las posibilidades de innovación dentro de una determinada área de desempeño que las agencias públicas, los costos de información necesarios para la formulación e interpretación de estándares son menores. Segundo, por las mismas razones, los costos de monitoreo y de hacer valer la regulación son también reducidos, como también lo son los costos para los profesionales asociados a tratar con los reguladores, dado que es probable que tal interacción esté guiada por esta mutua confianza. Tercero, en tanto que los procesos y las reglas emitidos por las AAR sean menos formales que los de regímenes regulatorios públicos, será menos costoso enmendar los estándares.

Claro está, hay objeciones obvias, siendo la más notable la adquisición de poder por grupos que no se encuentran sujetos al cuerpo político a través de los canales constitucionales convencionales. La capacidad de una AAR de diseñar las reglas que regirán las actividades de una asociación o

profesión puede, en sí misma, constituir un abuso si carece de legitimidad democrática en relación a los miembros de la profesión o asociación. El potencial para el abuso se tornará intolerable si, y hasta el extremo que, las reglas afecten a terceros. Y, ¿qué garantía habrá de que el régimen será diseñado y aplicado de conformidad con el interés público, y no en función al del grupo regulado?

Existen recientes experiencias de algunas combinaciones de regulación “pública” y “auto” regulación, logrando aquellos beneficios de ambos sistemas. Las AAR regulan con cierta supervisión o ratificación del gobierno, o funcionarios que representen el interés público. En otra versión (Ayles y Braithwaite, 1992), una agencia pública negocia con las empresas individuales regulaciones que son particulares para cada empresa, bajo la amenaza de imponer estándares menores a la medida regulatoria si se niega a cooperar. Los costos administrativos de tal sistema deben ser altos, lo que sugiere que para que tal régimen sea costeable, la empresa debe ser grande y la actividad a ser regulada debe ser una en la que la eficiencia requiere estándares significativamente diferenciados.

### 3.3. Sujeción a control

Podemos hacer una distinción práctica entre tres diferentes formas resujeción a control (Loughlin, 1986). Primero, existe *responsabilidades de control financiero*: los reguladores deben satisfacer ciertos estándares de gestión financiera; ellos deben minimizar los costos administrativos y no malgastar recursos. Segundo, sus procedimientos deben ser justos e imparciales (*control procedimental*), de modo que exista un marco apropiado para el diseño de reglas y la toma de decisiones que sirvan al interés público y se resistan a influencias indebidas de intereses privados. La tercera forma, *el control sustantivo*, es la más ambiciosa. Ésta busca asegurar que las propias reglas y decisiones sean en sí mismas justificables en términos de las metas de interés público del sistema regulatorio en cuestión.

#### Control financiero

Este aspecto es el más evidente y la mayoría de los países tienen sistemas de contraloría pública designados para asegurar que las autoridades públicas y los funcionarios operen dentro de sus presupuestos y gasten recursos sólo para los propósitos previamente autorizados.

#### Control procedimental

El control procedimental puede ser asegurado por los principios del Derecho administrativo que

comúnmente se agrupan bajo la categoría de “debido proceso” (Mashaw, 1985). Cuando los reguladores tomen decisiones afectando personas o empresas individuales, tales como el otorgamiento de licencias, usualmente estarán sujetos al requisito natural de una audiencia justa. Este requisito puede ser extendido a otras formas de diseño regulatorio, de modo que, por ejemplo, los reguladores se encuentren sujetos a consultar con los intereses externos y publicar sus propuestas. Algunos están obligados a motivar sus decisiones.

Se argumenta habitualmente que tales procesos (ver: Birkinshaw, 1996) alientan la racionalidad administrativa y, por tanto, conducen a mejores reglas, en el sentido que facilitan la adhesión a metas de interés público y restringen la desviación hacia intereses privados. Sin embargo, no debe olvidarse que los procedimientos “abiertos” generan costos administrativos sustanciales y, muchas veces, demoras. Pueden servir para reducir la desigualdad en el poder de los grupos de presión, pero mientras más cercanos sean los procesos de diseños de políticas a la solución de controversias, será más probable que los tomadores de decisiones se esfuercen por alcanzar resultados que constituyan un compromiso entre grupos de intereses rivales que se encuentren representados en las audiencias; y esto los puede llevar a perder de vista una concepción más amplia del interés público.

#### Control sustantivo

No existe, por supuesto, una manera fácil de asegurar que la regulación que se promulgue alcance, o al menos persiga, sus metas de interés público. Ciertamente, resultará poco probable que el escrutinio por parte de las legislaturas resulte efectivo. Sin embargo, se han realizado experimentos con otros métodos, donde quizá el más interesante es el análisis del impacto de la regulación. En algunos países se exige que las agencias regulatorias, al preparar sus reglas, emitan una declaración de los costos y beneficios que se estiman generarán la medidas. Esto al menos deberá imponer cierto grado de disciplina a los funcionarios públicos para que tomen en cuenta las consecuencias económicas de lo que hacen (Froud y otros, 1998).

La revisión judicial –el poder de la judicatura independiente de revisar la actividad de las autoridades públicas– constituye un importante, aunque controversial, instrumento de control (Horwitz, 1977). Los jueces se encuentran bien equipados para asumir la tarea impuesta por el

control procedimental. A primera impresión, los jueces pueden aparecer como apropiados para monitorear el control sustantivo. Su independencia y autonomía, así como las reglas del proceso judicial, deberían significar que estos se hallen aislados de las presiones políticas en un grado mayor que las agencias regulatorias. Por otro lado, si las compuertas de la revisión se abren demasiado, los costos administrativos de la regulación pueden escalar y los intereses privados pueden tener un incentivo para explotar el proceso por propósitos tácticos, de tal modo que frustren la implementación de metas de interés público. Más aun, las cortes no poseen el conocimiento técnico que normalmente es asociado a los reguladores y el escenario adversarial del proceso judicial no siempre se presta para enfrentar la gama de problemas que se pueden encontrar (Fuller, 1978).

#### 4. CONCLUSIÓN

Este trabajo ha intentado identificar las principales características de las instituciones legales y regulatorias competentes, y de la regulación sensata, del tipo necesario para promover la actividad empresarial. En lo que concierne a países en desarrollo en particular, es evidente que se requiere investigar los regímenes regulatorios en sectores específicos, enfocándose en las justificaciones, económicas y no económicas, provistas por la regulación; en las fallas del mercado privado y del sistema legal existente para alcanzar los resultados deseados; y en la corrección de los instrumentos legales en el sentido que sean económicamente efectivos y correctamente dirigidos. También se requiere investigación respecto de los regímenes regulatorios en general, examinando el grado apropiado de descentralización y diferenciación en el diseño de políticas regulatorias; y la existencia de instrumentos de control apropiados.

#### 5. REFERENCIAS

AYRES, Ian y J. BRAITHWAITE. "Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate". Oxford: Oxford University Press. 1992.

BALDWIN, R. "Regulation in Question: The Growing Agenda, Merck, Sharp & Dohme". Essex. 1995a.

BALDWIN, R. "Rules and Government: Non-Statutory Rules and Administrative Law". Oxford: Oxford University Press. 1995b.

BALDWIN, R. y M. CAVE. "Understanding Regulation: Theory, Strategy and Practice". Oxford: Oxford University Press. 1999.

BAUMOL, W. "On taxation and the control of externalities". En: American Economic Review 62. 1972. pp. 307-322.

BIRKINSHAW, P. "Freedom of Information: The Law, the Practice and the Ideal". Segunda edición. Londres: Butterworths. 1996

BRATTON, W., MC CAHERY, J., PICCIOTTO, S. y Colin SCOTT. "International Regulatory Competition and Coordination: Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States". Oxford: Clarendon Press. 1996.

BREYER, Stephen. "Regulation and its Reform". Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1982.

DEMSETZ, Harold. "Why regulate utilities?". En: Journal of Law and Economics 11. 1968. pp. 55-66.

ENTERPRISE DEVELOPMENT DEPARTMENT, DEPARTMENT FOR INTERNATIONAL DEVELOPMENT. "DFID Enterprise Development Strategy". Londres. 2000.

EHRlich, I. y POSNER Richard A. "An economic analysis of legal rulemaking". En: Journal of Legal Studies 3. 1974. pp. 257-280.

FOSTER, C. "Privatisation, Public Ownership and the Regulation of Natural Monopoly". Oxford: Oxford University Press. 1992.

FROUD, J., BODEN R., OGUS A. y STUBBS P. "Controlling the Regulators". Macmillan. Basingstoke. 1988.

FULLER, Lon. "The forms and limits of adjudication". En: Harvard Law Review 92. 1978. pp. 353-409.

FURSE, M. "Competition Law of the U.K. and EC". Londres: Blackstone Press. 1999.

GUNNINGHAM, N. y P. GRABOSKY (with SINCLAIR, D.). "Smart Regulation: Designing Environmental Policy". Oxford: Clarendon Press. 1998.

HORWITZ, D. "The Courts and Social Policy, Brookings Institution". Washington, DC. 1977.

KAHN, A. E. "The Economics of Regulation: Principles and Institution". Cambridge, Massachusetts: MIT Press. 1988.

LATIN, H. "Ideal versus real regulatory efficiency: implementation of uniform standards and "fine-

- tuning" regulatory reforms". En: Stanford Law Review 37. 1985. pp. 1267-1332.
- LOUGHLIN, M. "Local Government in the Modern State, Sweet & Maxwell". Londres. 1986.
- MASHAW, J. "Prodelegation: why administrators should make political decisions". En: Journal of Law, Economics and Organization 1. 1985. pp. 81-100.
- MITNICK, B. M. "The Political Economy of Regulation". Nueva York: Columbia University Press. 1980.
- MOORE, T. "The purpose of licensing". En: Journal of Law and Economics 4. 1961. pp. 93-117.
- OGUS, Anthony. "Regulation: Legal Form and Economic Theory". Oxford: Clarendon Press. 1994.
- OGUS, Anthony. "Rethinking self-regulation". En: Oxford Journal of Legal Studies 15. 1995. pp. 97-108.
- OGUS, Anthony. "Corrective taxes and financial impositions as regulatory instruments". En: Modern Law Review 61. 1998. pp. 767-788.
- PROSSER T. "Law and the Regulators". Oxford: Clarendon Press. 1997.
- SCHWARTZ A. y L. WILDE. "Intervening in markets on the basis of imperfect information: a legal and economic analysis". En: University of Pennsylvania Law Review 127. 1979. pp. 630-682.
- SHAVELL, Steven. "The optimal structure of law enforcement". En: Journal of Law and Economics 36. 1993. pp. 255-287.
- STEWART, R. B. "Regulation, innovation and administrative law: a conceptual framework". En: California Law Review 69. 1981. pp. 1256-1377.
- SUNSTEIN, Cass. "After the Rights Revolution: Reconceiving the Regulatory State". Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press. 1990.