

CAPITULO QUINTO

CAUSAS DE LA REGULACIÓN: INSUFICIENCIAS Y FALLOS DEL MERCADO

- I. BIENES PÚBLICOS Y FUNCIONES PÚBLICAS.
- II. SERVICIOS PÚBLICOS Y MONOPOLIO NATURAL.
 1. Caracterización de los servicios públicos.
 2. El monopolio natural.
- III. LA TESIS DE LA COMPETENCIA IMPERFECTA.
- IV. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.
- V. COSTES DE INFORMACIÓN Y TRANSACCIÓN.
- VI. PROBLEMAS DE RACIONALIZACIÓN Y COORDINACIÓN.
- VII. LAS EXTERNALIDADES O EFECTOS EXTERNOS.
- VIII. MERCADOS INCOMPLETOS Y PROBLEMAS DE INFORMACIÓN.
- IX. LOS PROBLEMAS DE SELECCIÓN ADVERSA Y RIESGO MORAL.
- X. EQUIDAD.
- XI. OTRAS CAUSAS DE LA REGULACIÓN.

La motivación para una política de regulación o desregulación puede partir igualmente del mundo de las ideas o de la esfera de los intereses, aunque en ambos casos se argumenta habitualmente con criterios de defensa del interés general. Por ello, las propuestas de regulación o desregulación comienzan por mostrar fallos del sistema económico, que pueden ser corregidos mediante la correspondiente actuación, con ventaja para la mayoría de la sociedad. De esta forma, denominaremos causas de la regulación a las justificaciones técnicas -insuficiencias y fallos del mercado- que los poderes públicos suelen esgrimir, asumiendo que actúan en beneficio del interés público¹. Por su parte, los móviles o motivaciones subjetivas de quienes elaboran la argumentación pueden ser muy variadas, sean teóricos altruistas, políticos interesados en ganar votos o en promover el bienestar colectivo o grupos de interés a la búsqueda de beneficios particulares, cuestión que analizaremos en el Capítulo siguiente.

El Informe del Banco Mundial (1997: 28) ofrece una síntesis de las causas que suelen alegarse para justificar la regulación, aunque señala expresamente que las disfunciones del mercado y la preocupación por la equidad ofrecen una justificación económica para la intervención estatal, sin que existan garantías de que tal intervención vaya a beneficiar a la sociedad. Las disfunciones y fallos del gobierno pueden ser tan comunes como las del mercado. Por lo tanto, el reto es conseguir que los procesos políticos y las estructuras institucionales cuenten con los incentivos idóneos que les impulsen a intervenciones que realmente mejoren el bienestar social.

Desde una perspectiva jurídica, la definición de las causas de la regulación puede resultar de utilidad en el sentido de obligar al regulador –ya sea legal o reglamentario- a motivar específicamente cuál es el “hecho determinante o fallo del mercado” que exige la intervención pública mediante una medida regulatoria. Este proceso supondría una importante racionalización del ejercicio de la potestad regulatoria, que por definición es una potestad discrecional, en el procedimiento de elaboración de la norma y facilitaría lógicamente avanzar tanto en la calidad de la motivación de las normas jurídicas como en el control judicial de regulaciones, tanto de rango legal como reglamentario, carentes de motivación efectiva.

I. BIENES PUBLICOS Y FUNCIONES PUBLICAS.

Los economistas denominan *bienes públicos* a las actividades que para los juristas suelen constituir la esencia del poder gubernamental: regulación y administración de

¹ BALDWIN y CAVE (1999: 9)

justicia, hacienda pública, defensa, policía, grandes obras públicas. Estas actividades son funciones públicas por naturaleza porque suponen el ejercicio de la autoridad, de la coacción para mantener el orden y la seguridad: sin su ejercicio la comunidad no podría subsistir como tal. Son actividades que constituyen ejercicio de autoridad (por eso son funciones y potestades públicas) y su prestación beneficia a toda la colectividad (“uti universi”), por lo que deben financiarse a través de impuestos con cargo al tesoro público, es decir, de forma colectiva.

Como regla general, los bienes públicos-funciones públicas suponen el ejercicio de autoridad y de coacción (supremacía) por lo que corresponden por definición a los gobiernos, ya que ningún ciudadano puede pretender ostentar sin más autoridad pública con carácter general.

De otra parte, los economistas señalan que las características de los bienes públicos impiden que se pueda cobrar por su consumo, de modo que los proveedores privados carecen de incentivo para suministrarlos. Los bienes públicos nacionales, como la defensa, benefician a todo un país, mientras que los bienes públicos locales, como los caminos rurales, benefician a una zona más pequeña. En cualquier caso, la intervención pública es un medio más sencillo para garantizar el suministro suficiente de bienes públicos, aunque esa intervención plantea la dificultad de determinar cuál es la provisión óptima y sobre quién y en qué cuantía se deben repercutir los costes. Aún así, los poderes públicos pueden enfrentar de forma más eficiente (a través, por ejemplo, de los impuestos) el problema de los *free-riders* o consumidores que confían en que las aportaciones de los demás sean suficientes y de esta forma puedan disfrutar del servicio sin tener que costearlo².

II. SERVICIOS PUBLICOS Y MONOPOLIO NATURAL.

1. Caracterización de los servicios públicos.

Las funciones públicas suponen ejercicio de autoridad y de coacción, por lo que su titular natural e imprescindible es el gobierno, que mediante su ejercicio garantiza la seguridad y subsistencia de la comunidad. En la actualidad, algunos gobiernos (como el

² BALDWIN y CAVE (1999 : 14). Por su parte, BUSTAMANTE (1993: 75) señala que el *free rider* es una figura típica en la teoría de la acción colectiva, que es la principal justificación esgrimida para financiar los bienes públicos mediante la percepción de impuestos: cuando un grupo alcanza determinado tamaño, las personas piensan que su defección no afectará al resultado (igualmente se realizará una obra) y, por tanto, podrán disfrutar de dicho resultado sin coste alguno. De esta forma, puede frustrarse un resultado común, deseado por todos, pero saboteado por muchos.

del Reino Unido mediante la Iniciativa de Financiación Privada)³ están haciendo un recurso sistemático a la colaboración del sector privado para la financiación y gestión de la prestación de algunas de estas funciones (gestión de establecimientos penitenciarios, servicios privados de vigilancia y seguridad, etc.); pero ello no significa que el gobierno deje de ser el titular de la actividad y el responsable de su provisión, financiación y de la regulación de cómo se gestiona.

El caso de los servicios públicos es distinto. Los principales servicios públicos económicos son la energía, las comunicaciones y los transportes; y los principales servicios públicos sociales son la educación, la sanidad y la seguridad social (seguros de enfermedad o accidentes, desempleo, jubilación). Económicamente, desde el lado de la demanda, estas actividades se prestan y benefician a un usuario concreto (*uti singuli*), por lo que pueden (y deben) financiarse total o parcialmente mediante una contraprestación económica; aunque sus externalidades positivas pueden justificar la financiación pública de parte de su coste (vid. Infra). Desde el lado de la oferta, los servicios públicos deben quedar abiertos a los derechos de propiedad y a la libertad de empresa. Por ello, como regla general, las actividades calificadas como servicios públicos o servicios de interés general (artículos 17 y 86 TCE) son susceptibles de titularidad privada y de prestación por las empresas. En los cuadros adjuntos intentamos distinguir diferentes tipos de funciones y servicios públicos, los intereses comprometidos, su financiación y su gestión (Cuadro 1 y Cuadro 2).

³ Vid. CRUZ FERRER 2001.

CUADRO 1. TIPOS DE ACTIVIDADES

ACTIVIDAD	TIPO DE INTERES	FINANCIACION	TITULARIDAD
Funciones Públicas (Policía, Ejército, Bomberos,...)	Predomina el interés público	Impuestos	Pública
Grandes Infraestructuras y Servicios Sociales Individualizables (Aeropuertos, Enseñanza Sanidad...)	Predomina el interés público. Interés privado Secundario	Tasas o tarifas vinculadas a su utilización. Subvenciones (externalidades positivas). Regulación/control	Pública o Privada
Servicios públicos económicos (Energía, Transportes, Comunicaciones,..)	Convergen intereses públicos y privados	Precios (tarifas si no hay competencia), regulación y control	Privada o Pública (subsidiariedad)
Empresas de gran importancia social (Seguros, Bancos...)	Predomina el interés privado. Interés público secundario	Libertad de precios, pero regulación de la actividad	Privada
Empresa libre	Predomina el interés privado	Libertad de precios (eventual regulación)	Privada

CUADRO 2. LAS OPCIONES DE GESTION/FINANCIACION PUBLICA/PRIVADA

	Financiación pública colectiva	Financiación total o parcial Pago por pago individual.
GESTION PUBLICA (Personas Jurídico-Públicas)	<p>A)</p> <p>?? Funciones Públicas: Defensa, Policía, Administración de Justicia...</p> <p>?? Infraestructuras: Puentes, Carreteras sin Peaje, Alumbrado Público...</p>	<p>B)</p> <p>?? Servicios financiados total/ parcialmente por tasas: Correos, Universidad, Sanidad/Públicas.</p> <p>?? Infraestructuras: Ferrocarriles Transporte Público de viajeros, Abastecimiento de Agua, Puertos, Aeropuertos.</p>
GESTION PRIVADA (Personas Privadas)	<p>C)</p> <p>?? Suministro de bienes y servicios al Estado: Industria armamento.</p> <p>?? Estaciones Depuradoras Aguas residuales.</p> <p>?? Contratos de Obras Públicas (carreteras) “llave en mano”, “peaje en sombra”.</p>	<p>D)</p> <p>?? Mercado libre</p> <p>?? Mercado “concesional-oligopolio”: transporte terrestre.</p> <p>?? Autopistas de peaje, Eurotunnel, Telecomunicaciones, Energía.</p>

Nos encontramos ante “servicios esenciales” para la vida social y económica, de los que dependen vitalmente la seguridad, la actividad económica y la calidad de vida (piénsese, por ejemplo, en la importancia del suministro de electricidad o en el servicio telefónico). Los servicios sociales son esenciales para la promoción, cohesión y vertebración de la sociedad. Los servicios económicos son esenciales para el crecimiento económico. Ambos tienen un peso específico enorme en la actividad económica. Estas actividades afectan, por tanto, a los intereses públicos por lo que los gobiernos deben regular su prestación:

- a) Mediante la prospectiva y la planificación indicativa, los gobiernos deben prever las futuras necesidades y garantizar que serán cubiertas (“seguridad del suministro”): en el caso del sector eléctrico, la reciente crisis de California ha puesto de manifiesto que la liberalización de estos sectores bajo ningún concepto puede llevar a los gobiernos a desentenderse de los niveles mínimos de garantía y seguridad de los aprovisionamientos y prestaciones. Así se ha recogido en las propuestas de reforma de las Directivas sobre normas comunes para los mercados interiores de la electricidad y del gas natural ⁴.
- b) En determinados casos, se entiende que un determinado servicio debe ser accesible para toda la población (educación básica, telefonía fija, suministro eléctrico, sanidad...) por lo que, con unos u otros términos, se califica como “servicio universal”; estableciendo se las condiciones de prestación, cobertura, acceso, financiación, etc.
- c) Para garantizar la confianza legítima de los usuarios y sus legítimos intereses, la regulación debe imponer a estas actividades las correspondientes “obligaciones de servicio público”: continuidad en la prestación, condiciones de acceso, igualdad de los usuarios ante el servicio, adaptación de la prestación a las necesidades de los usuarios o a nuevos estándares técnicos, establecimiento de las tarifas del servicio en los casos de monopolio o competencia insuficiente para la formación de precios, establecimiento de condiciones especiales de acceso y prestación del servicio para grupos sociales más vulnerables, etc.

⁴ Propuesta de Directiva por la que se modifican las Directivas 96/92 y 98/30 (DOCE 28.8.2001) artículo 6 bis.

2. El monopolio natural

La teoría del "monopolio natural", ha justificado o la intervención y regulación económica de los servicios públicos con tecnología de redes (energía, transportes, comunicaciones, suministro de agua, etc.), pues se ha entendido que la duplicación de las redes de abastecimiento sería antieconómica.

Según la definición tradicional, estamos ante un monopolio natural "cuando toda la demanda dentro de un mercado relevante puede satisfacerse al costo más bajo posible por una empresa en lugar de dos o más... cualquiera que sea el número de empresas dentro del mismo"⁵. BUSTAMANTE (1993: 107) cita cinco características propias del "monopolio natural" siguiendo la exposición de BERG, SANFORD Y TSCHIRHART: elevada inversión de capital, producción de bienes considerados esenciales para la población, imposibilidad de almacenarlos en momentos de reducción de la demanda, existencia de una conexión física con el usuario y la atención de un mercado atractivo que permite la realización de rentas.

La respuesta pública al monopolio natural ha sido: 1) La nacionalización de las empresas; 2) Otorgar derechos de exclusiva a compañías públicas o privadas, planificando y regulando sus condiciones de producción y prestación del servicio; y 3) Intentar introducir competencia⁶.

El exceso de inversión, la ausencia de incentivos para reducir costes y para la innovación, la incapacidad del control público para conocer y controlar los costes reales, etc⁷, son algunas de las críticas tradicionales a este sistema de protección del monopolio. Por ello, algunos autores han planteado alternativas competitivas para la provisión de nuevos servicios que operen con estructuras de monopolio natural. DEMSETZ (1970: 293) y Deepak LAL (1997) entienden que la provisión de estos servicios, aun en presencia de barreras de entrada, puede asegurarse sin regulación estatal y evitando el abuso de precios mediante mecanismos de mercado, como la subasta de contratos a largo plazo o "franquicias competitivas". De lo que se trata es de subastar el contrato para la prestación de un servicio y adjudicarlo a la compañía que ofrezca el menor precio a los usuarios, de forma que los usuarios no se enfrentarán a tarifas monopolistas si la licitación es competitiva.

⁵ Cfr. La explicación de la teoría y su aplicación a los servicios públicos en POSNER (1992: 343 ss) y OGUS (1994: 30-33).

⁶ STIGLITZ (1993), CRUZ FERRER (1999).

⁷ Cfr. POSNER (1992: 349 ss), STIGLITZ (1993: 493 ss).

Una variante muy distinta para la adjudicación del contrato consiste en otorgárselo a la empresa que ofrezca una suma más alta por el contrato. Aplicando este sistema, la subasta de las licencias de telefonía UMTS en Alemania o el Reino Unido ha dejado importantes ingresos en las arcas públicas de estos países, si bien ha llevado a la Comisión Europea a manifestar reiteradamente su preocupación por el freno que estos elevados costes pueden suponer para el desarrollo de la telefonía móvil de tercera generación. En la práctica, las subastas de licencias UMTS han resultado un “sistema criminal”, en expresión de *The Economist*: los costes de las subastas en Europa han superado los 130.000 millones de Euros, dejando maltrechos a los operadores de telecomunicaciones europeos. Quizás nos encontremos ante uno de los mayores “errores regulatorios” de los últimos tiempos.

Con todo, merece destacarse una crítica a la regulación de los monopolios cuyo acierto se ha podido comprobar cuando se han levantado las barreras que protegían al supuesto monopolio "natural": según BONBRIGHT, la característica determinante de la situación de monopolio para un servicio público no es el mero hecho de que, hasta un cierto tamaño, opere bajo condiciones de un coste decreciente por unidad (atributo de todo negocio, incluyendo una granja o lavar a mano...). Mas bien se debe a *mercados severamente localizados* y por tanto restringidos para los servicios: mercados limitados debido a la conexión mediante redes entre el productor y el consumidor. Por ello, *la tecnología misma*, normalmente reflejada en el nexo necesario con el mercado local, y no las condiciones de coste de la tecnología, constituye el factor determinante para la existencia de un monopolio natural⁸. Así pues, el mantenimiento de una regulación que protege el monopolio y desincentiva la innovación tecnológica es la forma más eficaz de protegerlo, mientras que la apertura a la entrada de competidores, como se ha demostrado en el sector eléctrico y en el de telecomunicaciones, ha proporcionado de manera casi inmediata alternativas tecnológicas para superar el monopolio natural⁹.

⁸ Cfr. BONBRIGHT (1961) citado por MITNICK (1989: 311 ss.) En similar sentido, LAMSDORFF (1989: 303).

⁹ En la perspectiva de KIRZNER, en cualquier momento del tiempo, hay innumerables oportunidades de ganancias que son dejadas de aprovechar porque nadie las había descubierto. Los empresarios están en el negocio para advertir tales oportunidades y ganar con su aprovechamiento. Siendo así, ellos descubrieron el conocimiento previamente oculto para comercializar y extender su descubrimiento fuera del sistema. En un ensayo titulado "Los Peligros de la Regulación" [1979] KIRZNER defendió que un peligro significativo de la regulación del gobierno era que la intervención pudiera impedir el proceso de descubrimiento empresarial que corrige los errores del mercado.

III. LA TESIS DE LA COMPETENCIA IMPERFECTA

Un supuesto frecuentemente invocado en abstracto de disfunción del mercado es la “tesis de la competencia imperfecta”. Colin ROBINSON (1997) ha observado como, en los últimos cien años, la escuela neoclásica ha llegado a dominar el pensamiento microeconómico, con su énfasis en el estado final de equilibrio competitivo. Aún hoy, en los estudios que analizan las principales características de los mercados y del comportamiento de las empresas, se sigue utilizando de forma generalizada la idea de que en realidad existe la competencia perfecta.

Las consecuencias de este paradigma para la política económica han sido trascendentales: la suposición tan querida por algunos economistas de que existe un modelo de equilibrio con competencia perfecta lleva a buscar "las imperfecciones" y "fallos" de los mercados y, acto seguido, a proponer las regulaciones económicas y las intervenciones gubernamentales para corregir esos fallos. De hecho, como todos los mercados del mundo real parecen imperfectos desde la perspectiva del ideal de competencia perfecta, las posibilidades para la intervención pública son virtualmente ilimitadas. Ahora bien, los análisis de algunos autores de las Escuelas Austriaca, de Chicago y de la Elección Pública han demostrado que el gobierno también tiene fallos y que no puede razonablemente asumirse que la acción gubernamental para remediar los fallos del mercado vaya a tener éxito. Especialmente porque este análisis parte del error de considerar la competencia como un estado, cuando en realidad es un proceso constante y continuo que tiene lugar en el tiempo¹⁰. La competencia, según HAYEK (1978), es un proceso de descubrimiento que permite a los seres humanos experimentar nuevas ideas y prácticas en un sistema que proporciona la retroalimentación apropiada.

Según BUSTAMANTE (1993: 81), las disfunciones son el resultado natural de la interacción humana en un mercado caracterizado por la existencia de costes de transacción, derechos de propiedad imperfectos, actitudes estratégicas, etc. Las imperfecciones del mercado pueden corregirse mediante esfuerzos de progreso institucional, que hagan posible al mercado actuar espontáneamente en el sentido correcto, en lugar de introducir distorsiones regulatorias, que suelen ser inmediatamente superadas por ajustes del propio mercado.

En definitiva, la invocación genérica de la “competencia imperfecta” no parece hoy una causa que justifique la regulación.

¹⁰ Esta es una de las tesis fundamentales de la Escuela Austriaca: para una reciente exposición vid. KIRZNER (1997).

IV. CONDUCTAS ANTICOMPETITIVAS.

Para que el mercado asigne los recursos de manera eficiente es imprescindible la libre competencia entre las empresas. Libre competencia por el mercado ¹¹ y libre competencia en el mercado. Obviamente, el fallo más claro de la competencia es el monopolio, pero ha quedado claro que el monopolio que restringe la competencia sólo puede deberse al privilegio gubernamental, luego ha sido un fallo del gobierno y no del mercado. En ausencia de privilegio público (otorgamiento de derechos de exclusiva), el monopolio sólo restringe la competencia si una empresa domina en exclusiva un recurso productivo esencial (KIRZNER 1997). Si el monopolio o la posición dominante se alcanzan gracias a la mayor competitividad de la empresa, tal situación no atenta contra la competencia y la historia empresarial del siglo XX demuestra lo transitorio de tal situación (IBM por ejemplo).

Tanto el Derecho antitrust norteamericano como el Derecho de la Competencia europeo tipifican las prácticas restrictivas de la competencia. En sentido horizontal entre empresas: acuerdos restrictivos, abuso de posición dominante. Y en sentido vertical Estado-empresas: concesión de derechos especiales o exclusivos y ayudas públicas (arts. 81 y ss TCE).

El Derecho de la Competencia constituye hoy el campo más importante de la regulación pública con una incidencia importante y grave sobre las estrategias de las empresas y la configuración de los mercados. Esta regulación corre, por tanto, el riesgo de convertirse en la nueva gran forma de dirigismo público sobre la actividad económica y de que supuestos fallos de mercado, que quizás no lo son, sean corregidos por fallos del gobierno que sí provocan ineficiencias y disfunciones. Nos encontramos ante uno de los mayores debates económicos, jurídicos y políticos: los bandazos del caso MICROSOFT son la punta de un iceberg, bajo la cual se encuentran criterios de toda índole claramente divergentes.

V. COSTES DE INFORMACIÓN Y TRANSACCION.

Ronald COASE hizo una aportación trascendental al incidir sobre los problemas y costes que encuentran las partes para llegar a acuerdos de colaboración y cooperación. Hasta llegar a la celebración de un contrato, las partes deben realizar una ardua tarea de información sobre las cualidades personales de la otra parte, sobre las condiciones del producto o servicio; y desarrollar negociaciones sobre cómo definir la asignación recíproca

¹¹ Esta noción resulta de especial interés para la transición de los servicios públicos en régimen de monopolio: Vid. Deepak LAL (1997) que sigue nociones de DEMSETZ.

de derechos y obligaciones, de riesgos, etc. Todo ello puede suponer “importantes costes de información y transacción”; e, incluso, que un acuerdo beneficioso para ambas partes no llegue a establecerse por la incapacidad de conseguir la información necesaria para una correcta definición de las prestaciones de las partes, elemento imprescindible para lograr la mínima confianza y seguridad que todo contrato exige.

La regulación puede resultar imprescindible o de gran utilidad para reducir los costes de información y transacción, y para facilitar la coordinación y cooperación entre las personas. Aquí nos encontramos la necesidad, conveniencia y utilidad –de la que no siempre somos suficientemente conscientes- del Derecho Civil o del Common Law. La regulación de las condiciones personales necesarias para actuar en el mundo jurídico y económico, de los tipos de obligaciones y contratos, de la asignación de derechos sobre las cosas (derechos reales-derechos de propiedad), de las formas de asociación y organización para conseguir fines comunes (familia, asociaciones, fundaciones, sociedades civiles y comerciales...), etc., etc. evitan a las partes el coste enorme que supondría tener que definir todas esas cuestiones *ex novo* en cada acuerdo, facilitándoles la información necesaria para lograr la confianza y la seguridad que requiere prestar el consentimiento libre y voluntario al acuerdo.

La regulación de las sociedades mercantiles, por ejemplo, permiten a los agentes económicos disponer con cierta facilidad de formas de organización y actuación, que hacen posible obtener y coordinar recursos personales y materiales de enorme envergadura, dando lugar a las grandes, pero también a las pequeñas y medianas, organizaciones empresariales de nuestros días.

Cuando esa regulación no existe o no es suficiente o adecuada –como sucede en muchos países con las sociedades de profesionales, que no son sociedades de capital- las partes experimentan enormes problemas para definir las pautas de su cooperación.

VI. PROBLEMAS DE RACIONALIZACION Y COORDINACION.

En determinadas circunstancias, la coordinación a gran escala, que requiere la sociedad y los mercados actuales, no podría conseguirse por medio de acuerdos exclusivamente contractuales. OGUS señala los ejemplos del Código de Circulación y del establecimiento de un sistema oficial de pesos y medidas. En ambos casos, la regulación resulta imprescindible para que los agentes económicos y sociales dispongan de unas pautas comunes de comportamiento, sin las cuales no se darían unas condiciones mínimas de seguridad y resultaría extraordinariamente arriesgado o complejo actuar. En ambos casos, la regulación no obliga a hacer algo a los operadores, sino que les permite hacer lo

que quieren al obligarles a hacerlo de una forma determinada; forma que permite la racionalización y coordinación de sus actuaciones. Un caso similar podría ser la técnica de estandarización de los productos y servicios –por ejemplo, el estándar GSM en telefonía móvil o celular- que permite racionalizar y organizar la competencia a gran escala de un determinado mercado, que no podría desarrollarse sin un acuerdo sobre los estándares tecnológicos.

Los problemas de racionalización y coordinación pueden resultar insuperables cuando se pretende crear nuevos mercados. Los problemas y costes de información y transacción harían prácticamente inviable su desarrollo, si solamente se afrontaran desde la contratación entre particulares.

Tres ejemplos significativos pueden ser los mercados de derivados financieros, el mercado de la electricidad y el comercio electrónico. La sofisticación tecnológica de estos sectores hace imprescindible que los gobiernos cumplan su función primordial de regulación en cuanto soporte institucional del mercado: asignar los recursos mediante derechos de propiedad, facilitar tipos de contratación que permitan la coordinación y cooperación de los agentes y definir las responsabilidades que den seguridad a las transacciones.

Otro tipo de problemas de racionalización y coordinación se presenta cuando en un determinado sector económico, las empresas resultan demasiado pequeñas, actúan aisladas y no alcanzan los niveles de coordinación ni las economías de escala que serían deseables desde el punto de vista de la eficiencia en la asignación de recursos. En estos supuestos, la iniciativa pública en la actividad económica mediante la creación de empresas públicas – con o sin participación en su capital del sector privado - puede facilitar que se alcancen niveles más eficientes de coordinación y de economías de escala.

VII. LAS EXTERNALIDADES O EFECTOS EXTERNOS.

Los efectos externos o secundarios son aquellas situaciones en que se produce una interdependencia entre consumidores o productores dando lugar a una disminución o a un incremento de la utilidad de los consumidores o bien a una disminución o incremento de los costes de las empresas¹². Los efectos, pueden ser perjudiciales o beneficiosos: la contaminación es un ejemplo típico de externalidad negativa o deseconomía externa que impone a la sociedad gastos no compensados, y las amplias ventajas para la sociedad en general de una población alfabetizada son una externalidad

¹² GONZÁLEZ BLANCH (1997:79)

positiva o economía externa de la educación primaria (también presentan externalidades positivas la sanidad, las infraestructuras y los servicios públicos).

Los efectos externos implican que existen costes y beneficios económicos vinculados a las transacciones que no se encuentran internalizados y no se incorporan a los precios libremente negociados. En estos casos, parece muy difícil definir unos derechos de propiedad que incorporen estos efectos y cuyos precios puedan establecerse mediante la libre negociación de las partes: por una parte, el intercambio de estos derechos provoca contratos incompletos al existir incertidumbre sobre las rentas asociadas a su ejercicio y, por otra, las externalidades no individualizadas provocan una divergencia entre las rentas individuales y sociales ¹³. En consecuencia, sobre todo en el caso de los efectos negativos, no existen incentivos para reducirlos o eliminarlos y el proceso productivo provoca un coste social equivalente al coste necesario para que el productor de la externalidad la eliminara.

Tradicionalmente se ha intentado solucionar este problema a través de una regulación que procura sustituir la ausencia de derechos de propiedad y compele a internalizar el efecto secundario. En 1927 PIGOU enunció la necesidad de establecer medidas de intervención pública: en el caso de deseconomías externas, el causante debería ser objeto de un impuesto equivalente a la diferencia entre los costes marginales sociales y los privados; si los efectos externos son positivos, el productor debería recibir un subsidio equivalente a la diferencia entre los beneficios marginales sociales y los privados. En ambos casos, se pretende que la totalidad de los costes o beneficios sociales recaigan sobre el productor de la externalidad.

A partir de los trabajos de Ronald COASE, se ha producido una revisión del análisis pigouviano de las externalidades. El teorema formulado por COASE indica que si los costes de transacción son nulos y los derechos de “apropiación”¹⁴ están claramente definidos y pueden hacerse respetar, el productor y el destinatario de una externalidad tendrán incentivos para negociar y llegar a un acuerdo beneficioso para ambos y, de esta forma, internalizarla. Cuando no hay impedimentos para las transacciones, el mercado puede solucionar por sí mismo el problema sin que sea necesaria la intervención administrativa: la cuestión de los costes sociales no nace de la externalidad, sino de los impedimentos a la transacción (indefinición de derechos de

¹³ LASHERAS (1999)

¹⁴ La expresión “derechos de apropiación”, traducción de la figura inglesa de los *property rights*, tiene un alcance más general que los derechos de propiedad. Por ejemplo, si se autoriza a una empresa a verter sus residuos a un río no se le está otorgando un derecho de propiedad, pero sí un derecho de apropiación.

apropiación y altos costes de transacción) que imposibilitan que se llegue a una solución consensuada. Además, la asignación inicial de un derecho no afectará a su destino final, pues las negociaciones entre las partes conducirán a efectuar aquellas transacciones que maximizan la riqueza, destinando los recursos a los usos más valiosos: vid. COASE (1994: 213), POSNER (1992: 10), supra Capítulo Segundo.

La propuesta de COASE como alternativa a la regulación implica diseñar esquemas institucionales que permitan crear “derechos de apropiación” transferibles y reducir los costes de la transacción¹⁵. Las experiencias prácticas, todavía limitadas, basadas en el esquema “coasiano” han mostrado que la aplicación del teorema no está exenta de disfunciones: importantes economías de costes en comparación con la regulación directa; incertidumbre relativa a estos costes, debilidad del mercado de los “derechos” transmisibles¹⁶.

En el contexto de las acciones colectivas, la cuestión de las externalidades adquiere aún una mayor complejidad: en numerosas ocasiones se ha justificado la regulación como medio de superar los problemas vinculados al conocido dilema de la acción colectiva o “dilema del prisionero”¹⁷. Como observa GONZÁLEZ BLANCH (1997: 81), hay numerosas situaciones sociales donde existen incentivos para un comportamiento individual que no conduce a resultados óptimos desde el punto de vista social y, en este contexto, la regulación se presenta como un mecanismo de coordinación que puede promover comportamientos beneficiosos para la sociedad.

VIII. MERCADOS INCOMPLETOS Y PROBLEMAS DE INFORMACION

Los *mercados* son *incompletos* cuando no son capaces de suministrar un bien o servicio a pesar de que el costo de suministrarlo sería inferior al que los individuos están

¹⁵ BUSTAMANTE (1993: 103) enumera distintos ejemplos de soluciones a los problemas de efectos externos inspiradas en el teorema de Coase: la subasta de los derechos o cupos de contaminación en una zona industrial permite que dichos cupos se asignen a las industrias más eficientes; los mercados presentes y futuros estadounidenses de *negawatts* (energía no consumida o ahorrada por las empresas y que se compensa con un descuento) o, incluso, la posibilidad de transmitir el derecho a las vacaciones que corresponde a los trabajadores por cuenta ajena en Francia.

¹⁶ Una completa exposición de estos problemas en relación a la utilización de títulos negociables en la política medioambiental puede consultarse en GONZÁLEZ BLANCH (1997: 98 ss).

¹⁷ El dilema del prisionero plantea una situación típica en la que una acción descoordinada da lugar a peores resultados que una actuación concertada: existen dos autores de un delito, capturados por la policía que les ofrece por separado la libertad si denuncian al otro detenido. El prisionero debe decidirse, basándose en lo que considera más probable que vaya a hacer el otro. Con ese riesgo, el prisionero escogerá la estrategia de hablar con la policía y, sin embargo, si ambos han acordado no hablar, podrían estar en una situación mejor que si ambos se incriminan el uno al otro.

dispuestos a pagar. En otras palabras, aunque se pueda reconocer que efectivamente existe un margen de rentabilidad en determinada actividad, no existen los incentivos para que los individuos se dediquen a explotarla.

Los *mercados incompletos* están directamente relacionados con los niveles de riesgo implícitos en los mismos. De esta forma, el mercado de capitales y el de los Seguros Sociales se han presentado como ejemplos clásicos de mercados incompletos. No obstante, autores como STIGLIZ (1989) han puesto de manifiesto la imposibilidad de que existan mercados “completos”: no pueden existir mercados que cubran todos los riesgos inherentes a los intercambios presentes y futuros. Como señala LASHERAS (1999:19), especialmente en inversiones con un período largo de recuperación, es imposible que haya mercados en los que se intercambien todos los riesgos asociados a estos proyectos. El Estado interviene en estos mercados mediante la aplicación de medidas para disminuir, de alguna manera, el riesgo que los individuos soportan: por ejemplo, facilitando seguros a la exportación que faciliten el comercio internacional a pesar de los riesgos inherentes, estableciendo sistemas de Seguridad Social o garantizando un precio para los productos agrícolas con independencia de las cosechas. Aún así, son muy pocos los mercados de futuros en los que cabe una intervención estatal debido a que es imposible predecir los acontecimientos inciertos ¹⁸.

Ocurre lo mismo con la información: más que una excepción, los problemas de información son una regla general constantemente presente en las actividades económicas (STIGLITZ, 1989). La información es un bien cuya producción tiene un costo y que, además, tiene características de bien público: una vez que la información es producida el coste de divulgarla es bajo. En estas circunstancias, cuando la información es proporcionada por el mercado, su producción será inferior a la socialmente deseable.

Nos encontramos, de esta forma, situaciones de *información imperfecta* en las que los consumidores o los productores carecen de la información sobre los precios o las características de los bienes y servicios necesaria para adoptar decisiones económicamente eficientes. La búsqueda de información se convierte, en estos casos, en una actividad económica relevante y costosa que en ocasiones supone asumir unos costes superiores a los beneficios conseguidos, de manera que se termina renunciando a la búsqueda de toda la información que permitiría una decisión óptima. La información imperfecta por parte de los consumidores también puede llevar a la subvaloración sistemática de algunos servicios, como la educación primaria o la atención preventiva de la salud.

Nos encontramos con problemas de *información asimétrica* cuando uno de los agentes que intervienen en una transacción tiene mayor información que otro. El caso

más generalizado de información asimétrica se da cuando los consumidores no conocen bien las alternativas de precio-calidad de los bienes que ofrece el mercado, lo que provoca importantes disfunciones:

- a) Si los consumidores no son capaces de reconocer plenamente cuándo un precio es relativamente bajo y una calidad es relativamente alta, los proveedores no tienen todos los incentivos para ofrecer mejores alternativas precio-calidad, porque no son plenamente recompensados con una mayor demanda de sus productos.
- b) Las empresas con algún poder de mercado tienden a confundir aún más a los consumidores entregándoles información errática. Por ejemplo, una compañía puede crear varias marcas de un producto que es esencialmente idéntico y cobrar precios distintos por cada marca. La idea es cobrar precios altos por aquellas marcas conocidas o de prestigio para atraer a los consumidores menos informados, mientras que sólo los consumidores informados compran las marcas de bajo precio.
- c) Una forma de expresar la escasez de información es a través de un costo de búsqueda en que tienen que incurrir los consumidores para encontrar los bienes con mejor relación precio-calidad. En este escenario, cada proveedor tendrá incentivos a fijar sus precios sobre el promedio de mercado hasta alcanzar el valor del coste de búsqueda, porque sabe que un consumidor que llega a su tienda y que está informado del precio promedio de mercado, pero no de qué tienda tiene precios más bajos, decidirá comprar ahí. Como todas las firmas enfrentan el mismo incentivo, se crea un espiral de alzas de precio.

Puede darse el caso contrario de información asimétrica, en el que los proveedores no tienen buena información sobre los consumidores. Por ejemplo, los proveedores no pueden ofrecer buenas garantías de calidad por sus productos cuando los fallos pueden ser causados por mal uso de los consumidores y no es posible detectar ese mal uso. Además, en presencia de garantías, son habituales los problemas de riesgo moral y de selección adversa. Con esto se limita el uso de las garantías como fuente de diferenciación por calidad.

Algunos problemas de información se pueden resolver o, al menos, paliar mediante mecanismos de mercado:

- a) Compras repetidas. Cuanto más seguido se compre un bien, mayor información se va adquiriendo sobre las opciones de precio-calidad, luego los

¹⁸ GONZÁLEZ BLANCH (1997: 107).

proveedores tienen mayores incentivos a invertir en reputación de alta calidad y bajo precio para mantener o captar consumidores.

- b)** Información de otros consumidores. Aun si las compras de cada consumidor no son frecuentes, en todo momento algunos consumidores están comprando, por lo tanto hay una fuente permanente de información que si es utilizada tiene los mismos efectos que las compras repetidas.
- c)** Garantías y certificación de calidad. Para diferenciarse, los proveedores de alta calidad pueden ofrecer garantías por sus productos o recurrir a la certificación de calidad por parte de terceros. Sin embargo, estos mecanismos están limitados por los problemas de riesgo moral y selección adversa señalados anteriormente.
- d)** Publicidad. Este medio de información es altamente discutido. Por un lado, efectivamente puede servir para dar a conocer las ventajas objetivas en calidad y precio de un producto. Este tipo de publicidad informativa es más probable encontrarla en bienes denominados "de búsqueda", que son aquellos cuya calidad se puede inferir antes de la compra a través de una simple inspección. La razón es que por mucha publicidad "persuasiva" que reciba un consumidor, si al inspeccionar el producto no le satisface la calidad, decidirá no comprarlo. Incluso en bienes cuya calidad se verifica después de la compra, a medida que se utiliza, (alimentos en conserva), una gran cantidad de costosa publicidad, sea informativa o persuasiva, puede por sí misma funcionar como una señal de calidad del producto. La razón es que una empresa no se arriesgaría a una gran inversión en publicidad con un producto cuya mala calidad pueda ser descubierta y dada a conocer. Por otro lado, la publicidad también puede ser usada para diferenciar artificialmente productos que son en esencia iguales (por ejemplo, distintas marcas de pasta de dientes). En estos casos la publicidad es excesiva desde el punto de vista social.

En otras ocasiones se recurre a la regulación estatal directa. Este tipo de regulación está normalmente dirigida a los bienes denominados "de confianza", que son aquellos cuya calidad es rara vez comprobada (fuertes asimetrías de información), a los bienes de cuya calidad depende seriamente la seguridad de las personas, a aquellos que presentan importantes externalidades negativas y a los bienes en cuyo consumo se presenta una muy baja probabilidad de siniestro y, por lo tanto, lleva a errores de percepción por parte de los consumidores (Por ejemplo, la oportunidad de las intervenciones médicas, la resistencia estructural de las viviendas o el uso de casco en motocicletas).

La regulación puede tomar la forma de estándares de calidad a los bienes, exigencias de rotulación, acreditación profesional (médicos, abogados), y exigencias a los consumidores (uso del cinturón de seguridad en vehículos). Los puntos en discusión son, primero, que la regulación estatal puede ser contrarrestada por las conductas de riesgo moral de los consumidores: es posible que el uso obligatorio del cinturón de seguridad dé a los automovilistas una sensación de inmunidad frente a los accidentes que los haga conducir con un nivel de riesgo mayor. En segundo lugar, las regulaciones estatales perjudican a los consumidores más cuidadosos e informados, porque les hace pagar un mayor coste en seguridad sin recibir mayores beneficios. En tercer lugar, las regulaciones pueden tener efectos regresivos cuando se fijan estándares de calidad "altos" que hacen subir el precio de los bienes y las personas de mayores ingresos tienen una mayor disposición a pagar por la calidad que las de ingresos bajos: cabe que las personas de bajos ingresos prefieran un servicio de reparación que utilice repuestos usados de menor precio, que una reparación más costosa con repuestos nuevos. Si se prohíbe la utilización de repuestos usados se estaría perjudicando a los sectores de menores ingresos.

Cuando el mercado no basta para corregir los problemas de información y las regulaciones estatales directas son ineficientes o innecesarias, el Estado puede crear un marco más o menos general que regule la relación entre proveedores y consumidores, a través de una legislación *ad hoc*. En esta legislación se pueden consagrar derechos y obligaciones de consumidores y proveedores, prohibir ciertas conductas y fomentar otras, especificar sanciones, establecer procedimientos para la resolución de conflictos, crear instituciones públicas y fomentar la creación de instituciones privadas.

La Escuela Austriaca, sin embargo, considera innecesaria la intervención, directa o indirecta, del Estado para solventar los déficit de información: si es importante para los consumidores conocer más sobre las características específicas de un producto, hay una oportunidad de beneficios para las empresas y quienes perciben esta oportunidad empezarán a proporcionar la información pertinente como parte de sus esfuerzos para estar lejos de sus competidores. Cualquier innovación del mercado (como competir sobre la base de abrir información del producto) depende de empresarios que descubran la oportunidad de ganar en una acción: dónde hay una oportunidad de beneficios, existen incentivos para la explotación empresarial.

IX. LOS PROBLEMAS DE SELECCIÓN ADVERSA Y RIESGO MORAL.

Los problemas de *selección adversa* y *riesgo moral* se refieren a las situaciones en las que, en una posible interacción entre dos individuos, uno de ellos (o ambos) tiene información privada de alguna característica clave para la relación. Aunque estos problemas son característicos y pueden llevar a la quiebra a los mercados de seguros, lo cierto es que estas situaciones se plantean en numerosos ámbitos de la economía (entidades financieras, ventas a crédito, etc.)¹⁹.

Se da “*selección adversa*” cuando los compradores de un servicio tienden a imponer al proveedor costos superiores a los normales o cuando los vendedores pueden excluir a esos clientes más costosos. Un buen ejemplo es el de los seguros médicos: quienes más necesitan atención médica son los que más probabilidades tienen también de contratar ese seguro y de ser rechazados por la compañía aseguradora.

El “*riesgo moral*” se da cuando las personas aseguradas tienen algún incentivo para provocar o dejar que se produzca el hecho cubierto por el seguro. Un ejemplo de ello es la tendencia de los consumidores de servicios de atención de salud, y de quienes los suministran, a solicitar u ofrecer tratamientos innecesarios cuando hay un tercero –el asegurador– que paga la mayor parte del costo. Los gobiernos han tratado de abordar estos problemas ofreciendo una cobertura amplia y manteniendo los costos bajos. Para conseguirlo, han utilizado como instrumentos la regulación de los seguros privados, la financiación o la obligatoriedad de los seguros sociales, o la prestación directa de los servicios de salud.

X. EQUIDAD.

La equidad puede propiciar la intervención estatal aun en ausencia de disfunción del mercado. Cabe que los mercados competitivos distribuyan el ingreso de forma inaceptable desde el punto de vista social, y que las personas con pocos bienes se queden sin recursos suficientes para un nivel de vida admisible. En tales circunstancias, la provisión estatal de

¹⁹ LASHERAS (1999 : 19) propone un interesante ejemplo de selección adversa y riesgo moral en el mercado eléctrico. Pueden darse problemas de selección adversa en el caso de tecnologías de generación eléctrica más caras pero más flexibles, como la térmica: los consumidores no tienen información para distinguir la característica de flexibilidad en la energía que consumen, de forma que los contratos de largo plazo para el suministro de energía libremente acordados entre generadores y consumidores se irán firmando según la mejor oferta de precio en cada momento con riesgo de terminar expulsando del sistema a las empresas de generación térmica más caras, que se ven privadas de los contratos bilaterales. También puede ocurrir que, una vez pactado el precio de un contrato sin distinguir centrales de generación, las empresas estén incentivadas para poner en funcionamiento las tecnologías más baratas y rígidas aunque el consumidor esté pagando una flexibilidad no efectiva (problemas de riesgo moral).

servicios (con gestión directa o indirecta del servicio) resulta necesaria para proteger a ciudadanos vulnerables (“servicio universal”).

La disyuntiva entre equidad y eficiencia ha centrado la atención de los economistas: la compasión y la aspiración a ofrecer una red de seguridad a los menos afortunados se contraponen con el deseo de brindar incentivos y la preocupación por la eficiencia. Sin embargo, más allá de estas disyuntivas, la búsqueda de la equidad responde a determinados valores sociales que afectan no sólo a las cuestiones de la eficiencia y la igualdad, sino también a los derechos individuales y a las responsabilidades sociales ²⁰.

XI. OTRAS CAUSAS DE LA REGULACION.

Las insuficiencias y fallos del mercado que pueden esgrimirse para justificar la regulación económica no se agotan en las causas que acabamos de exponer. Como señala BUSTAMANTE (1993), el mercado es imperfecto, pero su imperfección tiene origen en la naturaleza humana, las limitaciones del conocimiento y los incentivos que motivan la conducta individual. Por ello, es posible encontrar tantas insuficiencias y fallos en el mercado como cabe encontrarlas en el ser humano.

En todo caso, la decisión de regular requiere el análisis de los fallos o insuficiencias del mercado que se pretenden solucionar y de los propios fallos e insuficiencias de la regulación²¹. El principio de subsidiariedad de la intervención estatal, el carácter prevalente de los derechos fundamentales y libertades públicas y la necesaria justificación del ejercicio de las potestades administrativas en atención a fines de utilidad pública, son razones suficientes para reflexionar sobre el alcance que debe tener la regulación. Aunque solventar los problemas del mercado mejorando instituciones jurídicas que favorezcan los intercambios libres y un mayor grado de igualdad de oportunidades sea, como observa BUSTAMANTE (1993), una tarea más eficaz aunque lenta y difícil.

²⁰ STIGLIZ (1993: 693), vid. Capítulo Segundo.

²¹ Vid. El interesante epígrafe de FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ (2000:81) “Sueño y realidad de la regulación económica”.