

REGULACIÓN Y SUPERVISIÓN EN SECTORES ESTRATÉGICOS ECONÓMICOS Y CORRUPCIÓN

Julio V. González García

Catedrático de Derecho administrativo

Universidad Complutense de Madrid

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

«La corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo. Quien dispone de poder, es decir, de la facultad de influir sobre otros mejorando o perjudicando su destino, está sometido a la tentación de otorgar sus favores a cambio de una contraprestación especial. La corrupción pública empieza cuando el poder que ha sido entregado por el Estado a una persona a título de administrador público —o sea, para gestionarlo de acuerdo con los intereses generales— no es utilizado correctamente sino que el gestor, defraudando la confianza de sus mandantes, desvía su ejercicio para obtener un enriquecimiento personal».¹ La esencial de la corrupción está en este párrafo de Alejandro Nieto, una de las personalidades que más se ha ocupado de este tema en nuestro país. Una realidad que admite especialidades y peculiaridades por razón de la materia y de la estructura administrativa de la que se ha dotado el Estado para cubrir dicha función y de la que, por consiguiente, no escapa la regulación y supervisión de los sectores económicos.

Posiblemente el problema que nos encontremos en esta materia radique en que el núcleo especial de cuestión referidos a la corrupción se estructure sobre un problema concreto que difícilmente sale a la luz y en el que tanto los entes públicos como los particulares han alcanzado un expertise suficiente para que resulte disimulado. Me refie-

1 NIETO GARCÍA, A. *Corrupción en la España democrática*, Ariel, p. 7.

ro a la captura. Se habla de captura privada —hecho por el regulado— y captura pública —realizada por el poder político — Me voy a referir esencialmente a la primera de ellas en la medida en que se produce esa instrumentalización para lograr un beneficio particular por parte de corrupto y corruptor.

El mero enunciado de este capítulo («Regulación² y supervisión en sectores estratégicos económicos y corrupción») nos conduce a un problema complejo, que deriva tanto de que nos encontramos ante una modalidad específica de la ordenación de los grandes sectores económicos como ante el hecho de que el esquema organizativo para este tipo de realidades es también especial por influjo del derecho europeo: son las agencias reguladoras.³ Todo ello conjuntamente hace que las peculiaridades que tenga el análisis de las influencias indeseadas en la ordenación de las actividades económicas tengan contornos diferenciales con respecto a otros sectores de actividad.⁴

De hecho, la peculiaridad de la corrupción en este tipo de actividad deriva precisamente del hecho de que la orientación general pasa por su articulación a través de la propia naturaleza de las agencias como organismos especializados a los que se quiere dotar de un alto grado de independencia y a los que, además, se pretende que procedan a la ordenación de los grandes sectores económicos liberalizados, que quieren estar exentos de un control político.

El planteamiento aparentemente técnico a que nos conduce la ordenación de las agencias administrativas ya nos hace ver que los problemas de corrupción no se han de reducir simplemente a aquellos de «compras de voluntades» por parte de los regulados sino que tienen que ampliar su espectro: la técnica, como sabemos, no es algo neutral y por ello una modalidad de corrupción que se puede apreciar en las agencias es el del derivado en un modo consciente de proceder que contraviene el interés general, en beneficio de un planteamiento preconcebido previamente por razones ideológicas.

Este apartado que, en mi opinión, contraviene el propio modelo de las agencias y que es uno de los riesgos mayores que hay en su instauración hace que tengamos que dedicarle un apartado específico. No es, sin embargo, el único problema al que hay que hacer frente, ni siquiera el más importante en una obra sobre la corrupción. La conocida figura del «secuestro», de la captura del regulador por el regulado constituye el mecanismo más típico de aparición de la corrupción en las agencias administrativas, tal como se ha avanzado antes. Es el más típico y al mismo tiempo el más específico de este modo

2. Obviamente, entiendo la regulación 2^{no} sólo como capacidad de dictar normas jurídicas sino también utilizar todos los instrumentos, normativos y ejecutivos, precisos para orientar el funcionamiento de los mercados». Tomo la definición de Muñoz Machado, S., *Tratado de Derecho administrativo y Derecho público general. Tomo XIV. La actividad regulatoria de la Administración*, Boletín Oficial del Estado, Madrid (2015), página 25.

3. Es, en este sentido, interesante la lectura de la tesis doctoral de SOLANES MULLOR, J. *La introducción del Estado regulador y la introducción de la Administración independiente en España: el impulso del Derecho de la Unión Europea y las transformaciones del Derecho Público Español*,

4. De hecho, se suele señalar que uno de los problemas típicos de las agencias el de la captura deriva de la propia evolución de la vida de la agencia administrativa. Pasado un primer momento de entusiasmo en el desarrollo de la función que tiene atribuido,; en su fase de madurez irán perdiendo poco a poco el empeño en el desarrollo de su actividad, hasta que en un momento ulterior pasan a ser dependientes de la actividad de los regulados, momento en el cual la captura está totalmente producida. FERRARESE, Maria Rosaria. *Diritto e Mercato —IL Caso degli Stati Uniti*, Torino: Giappichelli, 1992, p. 360 y siguientes.

de configurarse las Administraciones públicas, tal como tendremos ocasión de examinar con posterioridad.

Como se ha señalado con anterioridad, el estudio se articula sobre aspectos en los cuales hay un mal funcionamiento del sector público, lo cual se puede articular sobre la idea de captura del regulador, ya sea una captura ideológica ya sea una captura en el sentido tradicional de la obra clásica de Stigler.⁵ Un resultado que acaba favoreciendo a ciertos sectores económicos (normalmente los que tienen más capacidad económica) frente a la protección del interés general. No obstante, habrá ocasiones en las que deslindar el supuesto de lobby o de corrupción en sentido estricto puede resultar dificultoso. Dificultad que en nuestro ordenamiento jurídico es aún mayor cuando la actividad de lobby ni siquiera está regulada⁶ y la transparencia administrativa está dando los primeros pasos. Pero, en mi opinión, a pesar de que algunos pensarán que no es un supuesto de tanta gravedad, en mi opinión «es corrupta, así pues, toda acción en la que el responsable público pone por delante el interés privado sobre el interés general aunque no incumpla ninguna ley»⁷

Y la dificultad de deslindar y de erradicar los fenómenos de corrupción vinculados a la captura se acrecienta cuando no existen medios suficientes para ello. No podemos olvidar las carencias de todo tipo que hay en nuestro sistema administrativo, que se justifican en una visión mal entendida de la austeridad y la eficiencia administrativas.

Una última consideración previa. Los fenómenos de capturas y de corrupción en relación con las grandes sectores económicos son posiblemente globales. Hay, no obstante, situaciones que favorecen la captura: serían los de transiciones de regímenes jurídicos. Se ha dado mucho en la transición de las economías de corte soviético a las liberalizaciones de corte capitalista (favoreciendo a los antiguos gestores de las empresas que fueron monopolísticas), se ha dado en las transiciones de dictaduras a democracias y se ha dado en las situaciones de paso de regímenes monopolísticos a otros liberalizados. Es éste un ámbito en el que se debería haber tenido una política preventiva que no se tuvo.

II. Problemas derivados de la configuración general de las agencias

La actividad de las agencias administrativas se quiere dotar de unos elementos de carácter técnico para asilarlo de toda influencia política. Es un modelo de administración que persigue que la actividad administrativa sobre la economía se realice bajo un paradigma que «neutralizando su función, el sector sobre el que se proyecta no se vea contaminado políticamente, o sea, se neutralice políticamente un sector de la actividad social».⁸ Se trataría de decisiones basadas esencialmente en principios de derecho de la competencia en donde, aparentemente con una considerable reducción de la carga dis-

5. Stigler, G.J. «The Theory of Economic Regulation» en *Bell Journal of Economics and Management Science* nº 6 (1971), páginas 3 a 21.

6. Recordemos que, tal como ha señalado Transparency International, la ausencia de regulación de los lobbies es una fuente de propagación de la corrupción.

7. Villoria, M., «Corrupción pública» en *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* No 5, septiembre 2013, febrero 2014, página 161.

8. BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Las administraciones independientes*, Ed. Tecnos, Madrid (1994) p. 27.

crecional, lo que permite que los operadores económicos tengan un marco estable de regulación.

El ámbito de sus funciones se limitarían, recogiendo lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia «garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos, en defensa de los consumidores y usuarios». Téngase en cuenta, además, que disponen incluso de resolución de los conflictos que puedan surgir; quedando a salvo, en su caso, el posterior control por parte de los Tribunales contencioso-administrativos.

Es un modelo que choca con la configuración constitucional de la Administración pública. Recordemos lo que dispone el artículo 97 de la Constitución: «el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las Leyes». Tres quiebras se encuentran: no dirige toda la Administración, ya que aspectos relevantes de la administración económica quedan fuera de su ámbito de actuación. No dirige toda la política interior, y estas agencias hacen política ¿qué otra cosa puede ser la opción entre diversas políticas monetarias? y tres, las agencias ejercitan de forma autónoma la potestad reglamentaria. Si tenemos en cuenta las reflexiones que hizo Muñoz Machado, sobre las consecuencias que tenía el modelo de las agencias sobre el régimen de distribución de competencias, ha tenido un efecto de recentralización de poderes en el Estado.⁹ Sólo entendiendo que ha habido una masiva mutación constitucional en el Derecho público económico por influjo de la incorporación del Derecho comunitario europeo podríamos salvar algunas de los problemas que se acaban de plantear.

El modelo de las agencias administrativas como entidades autónomas de la dirección política del Gobierno plantea problemas. Usualmente, suelen tener una percepción limitada de los intereses generales, debido a que tienen focalizada su actuación en el campo de la competencia. Esto hace que sus análisis suelen resultar reduccionistas, especialmente a la hora de analizar la introducción de criterios de naturaleza social o ambiental, que se suele contemplar desde la perspectiva de la distorsión que provoca en la competencia. Así, se puede recordar el contenido de las resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones sobre la instalación de sus infraestructuras y la valoración; resoluciones en las cuales no se ponderaban adecuadamente todas las implicaciones urbanísticas y medioambientales. O incluso el poco campo que dejó para que los propios municipios prestaran servicios por vía inalámbrica en zonas públicas constituiría otro ejemplo de esta «visión reducida» de la percepción de los intereses generales.

Dentro de la configuración general de las agencias reguladoras hay un aspecto complementario que da pie a que se mantengan los efectos jurídicos de una situación de captura por el regulado. De acuerdo con lo señalado por Esteve, «la jurisprudencia reconoce a las agencias reguladoras ámbitos exclusivos de apreciación, exentos del control judicial. Fundamentalmente dos: uno es el conocimiento y valoración del mercado, el otro es el conocimiento de los operadores, de su posición en el mercado y de los costes en que incurren»,¹⁰ aspecto este último en el que se acostumbran a producir numerosos

9. Sobre esta cuestión, véase MUÑOZ MACHADO, S. «Las modulaciones de competencias de las Comunidades Autónomas por las regulaciones del mercado y las nuevas tecnologías», en la *Revista de Administración Pública*, nº 153 (2000), pp. 195 y siguientes.

10. Esteve Pardo, J., «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional», en Muñoz Machado, S. y Esteve

fenómenos de captura precisamente por la asimetría en la información, que juega en contra del poder público.

III. EL SECUESTRO INTERNO DE LAS AGENCIAS ADMINISTRATIVAS: CORRUPCIÓN IDEOLÓGICA

Lo que he denominado «secuestro ideológico interno» posiblemente constituya la modalidad de corrupción más imperceptible y, al mismo tiempo, la que deriva de factores esencialmente internos que lo que pretenden es mantener una posición de los reguladores en relación con una cuestión de interés general. De hecho, es previsible que ni siquiera resulte necesario que haya un corruptor, sino que es una forma de mantenimiento de un status quo que beneficie en general a una posición ideológica o al conjunto de regulados, esto es, sin que ni siquiera haya un intercambio económico.

En este punto podemos situar la que denominamos influencia sistémica y estratégica, la cual afecta a la efectividad o a los resultados de los reguladores. La crisis económica ha puesto sobre la mesa el modo de funcionar de estas agencias internacionales, en un problema que resulta traspasarle a los modos de funcionar de los organismos reguladores nacionales. Stiglitz ya nos puso sobre aviso hace años que en muchos casos habían realizado análisis ideológicos de los problemas que les impedía tomar una decisión correcta sobre cuál era el problema y cuál era la realidad sobre el que habían de aplicar unas recetas económicas que en muchos casos han hecho que «el dolor padecido por los países en desarrollo en el proceso de desarrollo orientado por el FMI y las organizaciones económicas internacionales ha sido muy superior al necesario».¹¹

La crisis originada en los EE.UU. y que está ocasionada por la desregulación de los mercados financieros cuestiona aún más el modelo de estas agencias, sobre todo si analizamos cuál ha sido su desempeño durante la crisis económica y qué es lo que lo ha ocasionado. Hemos de agradecer la sinceridad del Informe que, sobre dicha cuestión, realizó la Oficina de la Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional: «la capacidad del FMI para identificar correctamente los crecientes riesgos se vio obstaculizada por un alto grado de pensamiento de grupo, captura intelectual, una tendencia general a pensar que era improbable una fuerte crisis financiera en las grandes economías avanzadas y enfoques analíticos inadecuados. Un débil régimen de gobierno interno, la falta de incentivos para integrar el trabajo de las distintas unidades y plantear opiniones disidentes, y un proceso de revisión que no lograba establecer todas las conclusiones necesarias o asegurar que se siguieran todos los pasos necesarios también fueron factores importantes, en tanto que las limitaciones políticas posiblemente también hayan influido en cierta medida».

Particularmente, resulta llamativo el desarrollo que hace más adelante sobre las premisas *metodológicas* de trabajo que lleva a cabo el FMI que inhabilita sus conclusiones: Como señala más adelante el mismo informe, «**el pensamiento de grupo** se refiere a la tendencia entre grupos homogéneos y cohesivos a considerar los problemas solo dentro de un cierto paradigma y a no cuestionar sus premisas básicas (Janis, 1982). La opinión predominante entre el personal del FMI —un grupo cohesivo de macroeconomistas— era

Pardo, J. *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid (2008) p. 900

11. STIGLITZ, J., *El malestar en la globalización*, Taurus (2010).

que la disciplina de mercado y la autorregulación serían suficientes para evitar problemas graves en las instituciones financieras. También creían que era improbable que se produjeran crisis en las economías avanzadas, donde los mercados financieros «sofisticados» podían prosperar de manera segura en un contexto en que una parte amplia y creciente del sistema financiero funcionaba con una mínima regulación». ¹² Premisas meteorológicas que pueden cumplir dos finalidades: o bien intentar ocultar un error de bulto en la actividad de la agencia o transformar la actividad en un mero desarrollo de un postulado a pesar de que no hay uniformidad sobre el particular en la ciencia; algo que en las ciencias sociales es lo usual.

Un aspecto derivado de lo anterior, está constituido por las dificultades de los funcionarios como consecuencia de los miedos a mantener una postura discrepante, ya que pondría: «varios altos funcionarios opinaron que el hecho de expresar fuertes puntos de vista en contra de la corriente podía «arruinarles la carrera». Por lo tanto, las opiniones tendían «a gravitar hacia el centro» y «nuestro asesoramiento se convirtió en procíclico». El personal técnico veía que las evaluaciones que se adaptaban a la opinión general no eran penalizadas, aun cuando resultaran erradas. Con frecuencia se destacó que la falta de rendición de cuentas era un serio obstáculo para establecer los incentivos correctos» ¹³

Expuesto en las palabras del resumen ejecutivo del informe: «el FMI necesita i) crear un entorno que aliente a actuar con franqueza y tenga en cuenta las opiniones en disidencia; ii) modificar los incentivos para «decirles la verdad a los poderosos»; iii) integrar mejor las cuestiones macroeconómicas con las relativas al sector financiero; iv) superar la «mentalidad de silo» y la cultura aislacionista, y v) transmitir un mensaje claro y coherente sobre las perspectivas y riesgos mundiales». ¹⁴

Las pocas páginas de dicho informe constituyen la mejor prueba de los problemas que está teniendo el entramado organizativo internacional que está rigiendo la economía mundial: unos planteamientos ideológicos que defienden la aplicación de una única receta económica, a pesar de que algunos de dichos principios están entre las causas de la crisis y otros están ocasionando graves problemas sociales. Y ello sin la posibilidad siquiera de exigirles responsabilidades ya que quedan fuera del ámbito de actuación de los órganos de representación democrática.

III.1. Las relaciones entre reguladores y regulados: los problemas de secuestro de las agencias

La experiencia de los EE.UU. muestra también hay una excesiva vinculación entre el personal de las agencias y los regulados. En los años 60 y 70 del siglo pasado se constató que la independencia para cumplimiento de funciones técnicas había conducido al sometimiento de los reguladores al dictado de los agentes económicos que tenían que

12. Los dos entrecomillados provienen del Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; *Desempeño del FMI en el periodo previo a la crisis financiera y económica: La supervisión del FMI entre 2004-07*, (2011). Está disponible en castellano en la web de la Oficina, <http://www.ieo-imf.org>

13. Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; *Desempeño del FMI... op. cit.*, p. 27.

14. Oficina de Evaluación Independiente del Fondo Monetario Internacional; *Desempeño del FMI... op. cit.*, p. vi.

estar regulados como consecuencia de la relación tan estrecha que tenían gobernado y gobernante.¹⁵ Conviene tener presente que la cuestión del secuestro en los EE.UU. no se debe reducir a lo ocurrido antes de la crisis del petróleo. Al contrario, la crisis económica de 2008 ha sacado a la luz cómo algunas de las agencias encargadas de la supervisión financiera no cumplían adecuadamente su papel, fruto de su dependencia de los regulados.¹⁶ Sin lugar a dudas, el caso de la Office of Thrift Supervision es especialmente llamativo a los efectos de examinar la captura: todos los principales supervisados quebraron en la crisis de 2008.

El secuestro o captura de las agencias (entendido como la capacidad de las empresas de influir en la formación y ejecución de las reglas económicas a través de influencia en sentido amplio ya sea con contraprestaciones directas o indirectas) no se da en todo tipo de supuestos ni suele afectar a la integridad del funcionamiento de la misma, lo cual es una realidad especialmente inusual. Hay problemas organizativos generales que pueden conducir a esta situación: por un lado la presencia de grupos de intereses más fuertes y mejor organizados que las propias agencias administrativas. Esto elimina, por regla general la captura por parte de los grupos de defensa de intereses difusos, como usuarios del servicio o incluso los de naturaleza ambiental que tiene un grado superior de organización.

Y sin necesidad de entrar en las delicadas cuestiones que plantea el secuestro, hay dos problemas que no se pueden obviar: por un lado, que las agencias suelen tener un tamaño demasiado limitado para evitar que se produzca la empatía entre regulador y regulado.¹⁷ Por otra parte, no podemos olvidar que la capacidad de influencia de los grandes operadores económicos son muy superiores al de las propias agencias, debido esencialmente al asesoramiento técnico y a los instrumentos de divulgación y promoción que tienen; muy superiores del que pueden disponer las propias agencias. Recordar aquí la participación de los miembros de las agencias en algunas de las actividades que desarrollan éstas y el efecto lobby que le acompaña no es gratuito. Pero, como veremos inmediatamente, el problema es más estructural.

De entrada, el propio modelo de las agencias administrativas tiene defectos en los diseños institucionales que favorece la captura del regulador. Los responsables de las agencias reguladoras, con su régimen de inamovilidad mientras dura el mandato, hace fácil que, por un lado, incentiva la capacidad de ir tejiendo redes que favorecen la corrupción y la actividad de lobby.

Por otra parte, usualmente, las agencias administrativas plantean un problema en cuanto a los mecanismos de control de su actividad. No es sólo la cuestión de que carez-

15. De hecho, existe toda una "teoría del secuestro" de las agencias independientes por parte de las empresas, que se exterioriza en el dicho de que estas deben "care and feeling of regulator" (cuidad y echar de comer a los miembros de las comisiones), tarea que realizan con esmero. Sobre esta cuestión, por todos, véase FREEDMAN, P; *Crisis and legitimacy. The administrative process and American Government*, (1982).

16. Es conocida la cita de Summers dirigida a Born, directora de la CFTC, agencia que se encargaba de la regulación de derivados financieros, de que «tengo trece banqueros en mi despacho recordándome que si sigues adelante con esta regulación vas a causar la mayor crisis financiera desde la segunda guerra mundial». Puede verse en http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/05/25/AR2009052502108_pf.html

17. De hecho, la especialización en un único sector es una de las razones que, en la Exposición de Motivos de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), se señalan como causa de las capturas por las entidades reguladas.

can usualmente de formas de recurso ante las administraciones matrices, sino que incluso la propia exteriorización de la actividad de la agencia queda difuminada, fruto de la utilización de instrumentos jurídicos que tienen un valor normativo reducido. Asimismo, podrían traerse a colación aquí las dificultades derivadas de los distintas formas de control económico financiero r comparación a lo que tienen que realizar las Administraciones matrices.

En estas relaciones clientelares podríamos diferenciar las siguientes modalidades: Las derivadas de la interacción continua que en muchas ocasiones da lugar a utilización y transmisión de información privilegiadas que permiten tanto un acceso a los anticipos regulatorios como a los contratos públicos, aunque no sea ésta la cuestión analizada en este artículo. Esta relación de interacción continuada puede dar lugar a la aparición de premios económicos variados, que podrían ser del tipo de los cohechos impropios. Hay una amplia panoplia de opciones en manos del corruptor desde viajes, conferencias bien retribuidas, viajes de cortesía para las parejas sentimentales, o incluso, como se han mostrado en algunos casos de corrupción en el CIO, el abono de operaciones quirúrgicas especialmente costosas.

En esta línea hay que resaltar un último aspecto: las agencias administrativas son lugares propensos tanto para la gran corrupción (la que en este caso desarrollarían los miembros de los comités directivos elegidos por los representantes políticos) como pequeña corrupción (la meramente administrativa) en la que la presencia de correas de transmisión entre el sector privado y el sector público hacen un lugar especialmente propenso a ello.

III.2. Las capturas de las políticas regulatoria (i): Captura y autorregulación, captura ex ante y ex post

Si relevantes son las capturas señaladas en el epígrafe anterior, más relevantes son en mi opinión las de las políticas regulatorias. Esta cuestión nos conduce a dos planos, el de la autorregulación en donde hay los mecanismos públicos se sustituyen por instrumentos privados, con lo que en sentido estricto no hay captura porque la propia regulación proviene del sector privado, aunque se trate de una autorregulación regulada.¹⁸ Aquí la captura se podría producir en esta fase inicial en la que deja al sector privado la determinación de las normas y controles más adecuados para la consecución de un determinado fin.

En segundo lugar tenemos los fenómenos de captura que provienen de la regulación económica pública, en donde las fases del procedimiento administrativo abren la puerta a diversas modalidades de captura. Hay un punto de unión entre ellas que son las denominadas prácticas del mercado aceptadas por el regulador,¹⁹ que aunque no son creadas por el regulador tienen un efecto equivalente.

18. Por todos, véase Darnaculleta i Gardella, M.M., *Derecho público y autorregulación: la autorregulación regulada*. (2005. y, de la misma autora, «La autorregulación y sus formas como instrumentos de regulación, en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. Fundamentos e instituciones de la regulación, Iustel, Madrid (2008).

19. Esteve Pardo, J. Las prácticas de mercado como instrumento de regulación, en Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid (2008) páginas 669 y siguientes.

Desde un punto de vista temporal, hay dos momentos en los que se puede producir la captura del regulador: captura ex ante de adoptar la regulación, y, en segundo lugar, aquella que se desarrollará en el momento en que se ejecute la normativa. Tengamos presente que la especial naturaleza de las agencias administrativas —como entidad de regulación en sentido estricto y como entidad de aplicación del derecho— permite un doble momento de presión.

III.3. Las capturas de las políticas regulatoria (ii): El procedimiento administrativo y las posibilidades de captura del regulador

A partir de este momento, la cuestión que ha de determinarse estriba en cómo el procedimiento administrativo que han de seguir a la hora de la toma de decisión puede ayudar/dificultar a la captura.

De entrada, la propia actitud del regulador a la hora de adoptar sus decisiones. En efecto, más allá de la necesidad de abrir los procedimientos para la participación de las entidades afectadas por ella (mandato de la legislación general de procedimiento administrativo y que procede del propio artículo 105 de la Constitución), la aproximación del regulador al regulado puede ser de diversos puntos de vista. Si esta apertura abre el camino a una negociación los riesgos de captura son bastante considerables y suelen estar articulados sobre la cuestión de cuánto coste regulatorio están dispuestos a aceptar los regulados.²⁰ No obstante, hay que reconocer que la postmodernidad jurídica en la que estamos y las consecuencias de la globalización juegan en contra de postergar este modo de proceder. Tal como nos señala Chevalier, en la actualidad «el Estado no pretende imponer su voluntad por la obligación; discute con las empresas y se esfuerza en obtener su colaboración, que jamás está conseguida de antemano».²¹

Aquí se abre una fuente de discriminación entre los regulados que deriva de la propia capacidad de organización: «los grupos mejor organizados y con intereses más definidos y concentrados salían con ventaja en la competencia por los favores del poder público: los costes de identificación de los temas cruciales de la política legislativa de redistribución de recursos en su favor, los de organización del grupo y los de control de aquellos de sus miembros que pretendieran escaparse a la labor colectiva sin perder sus ventajas eran más reducidos que los similares que afrontaban grupos más amplios pero peor definidos».²²

El modo en que se articula la regulación y en particular las potestades administrativas también aparecen como un factor de riesgo en la captura del regulador. Así, como señala Chevallier «los mandatos jurídicos tradicionales ceden su puesto a técnicas más débiles, que reflejan una dirección jurídica no autoritaria de las conductas: los textos indican objetivos que sería conveniente cumplir, fijan directivas que sería oportuno seguir, formulan recomen-

20. Esto es lo que gráficamente ha ocurrido en el campo del Derecho medioambiental con los acuerdos entre grupos de empresarios de determinados sectores y la propia Administración comunitaria, como bien contó en su momento PLAZA MARTÍN, C., «Los Acuerdos sobre medio ambiente entre las Administraciones públicas y la industria: su interacción con los instrumentos normativos de la Comunidad», en la Revista Española de Derecho Europeo, nº 2 (abril-junio 2002), pp. 291 y ss.

21. CHEVALLIER, J. Vers un droit post-moderne?..., op., cit., pp. 677-678.

22. Salvador Coderch, P., «Técnica legislativa y teoría de la regulación», en *In Dret* nº 2 página 7.

daciones que estaría bien respetar, pero sin darles en ningún caso fuerza obligatoria». La evolución del ordenamiento jurídico ha ido en la línea de impulsar su flexibilidad, tanto que permitan la «definición contractual de lo público»,²³ a través de diversas fórmulas ya sea mediante leyes negociadas ya sea mediante acuerdos de caballeros con la participación estatal, ya sea haciendo públicos los acuerdos privados,²⁴ esto es, un acuerdo entre los operadores económicos afectados por una regulación, supuestamente limitativa de su actividad, y los entes públicos encargados de dictarla para la fijación de los requisitos que van a resultar exigibles en un determinado territorio, de tal manera que una elevación de los mismos por parte de las entidades públicas se traduciría en un incumplimiento generalizado.

En esta línea, la globalización ha favorecido enormemente la actividad de negociación en la regulación de las actividades económicas. Es ciertamente una situación novedosa sobre el modo tradicional de funcionamiento público y en el que los avances técnicos y la capacidad de deslocalizar inversiones juegan en contra de los Estados y la protección del interés general.²⁵

En este ámbito es preciso hacer referencia a la calidad de prestación de los servicios y las posibilidades de captura. Se puede producir la captura mediante el argumento del mayor precio que tiene una superior calidad en la prestación del servicio, lo que deberá conducir a un mayor precio en la prestación del servicio; que está desincentivado por la trascendencia que tiene en el usuario del servicio y, por ende, en el votante.

En cuanto al resultado final de la intervención administrativa, que la incidencia de la agencia se produzca sobre el factor de los costes de producción del bien o del servicio o que se incida sobre los beneficios empresariales actúa también como un elemento que puede coadyuvar a la captura del regulador. Aquí el dato esencial que aparece es la asimetría de información en la medida en que la Administración tendrá pocos elementos sobre un elemento en el cual la empresa dispondrá de todos los propios, incluidos aquellos en donde tenga casos de ineficiencia con lo que la capacidad de los operadores de ocultar datos o proporcionar datos no conformes con la realidad es mayor.

Normalmente suele existir un ámbito en el que la captura es fácil de que se produzca que es el de las renegociaciones de precios, una materia que no suele estar adecuadamente regulada y en la que hay un amplio campo para la discrecionalidad administrativa.

Un último factor puede contribuir a la captura del regulador por el regulado: la falta de transparencia en su funcionamiento. Falta de transparencia en cómo se ha tramitado el procedimiento, qué informes ha utilizado para la resolución del supuesto, qué reuniones han existido entre ambos.

III.4. Modalidades de captura regulatoria

Los anteriores problemas en el desarrollo del procedimiento administrativo se concretan finalmente en mecanismos de captura/corrupción, a veces perceptibles a veces mucho más sutiles. De acuerdo con lo señalado por el Banco Mundial, cinco son las modalidades de capturas regulatoria:

23. GALGANO, F.; *Le fonti del diritto...*; op. Cit., p. 21

24. Sobre estas cuestiones, véase MORAND, C. A.; "La contractualisation du Droit dans l'État providence", dentro de la obra colectiva dirigida por CHAZEL, F. y COMMAILLE, J. *Normes juridiques et régulation sociale*, LGDJ, Paris (1991), en particular 141 a 149.

25. Sobre estas cuestiones, véase mi estudio *Globalización y Estado*, HG Editores (2015).

1. La que puede resultar más sutil es la derivada de la mejora de la consideración social de determinadas personalidades de las agencias a través del apoyo en medios de comunicación a los que siguen los planteamientos de las entidades reguladas. Lo cual lleva aparejado usualmente el descrédito social de aquellos que se apartan del pensamiento deseado por las entidades reguladas. Los ejemplos de la práctica italiana cuando Berlusconi estaba en la oposición ilustran perfectamente lo que se está señalando.
2. Desde una perspectiva internacional (y aquí hemos de recordar que los problemas regulatorios son globales y, en consecuencia, hay que incidir en la opinión de gobiernos extranjeros que, en ocasiones tienen un peso económico muy inferior al de los regulados), el valor de la consideración pública de nuevo es un factor que se ha de tomar en consideración, mediante el apoyo en los medios de comunicación a los Estados que ceden la explotación de riquezas naturales a empresas de dichos Estados o que son más benevolentes con la legislación de seguridad e higiene en el trabajo.
3. Directamente vinculado en nuestro país a fenómenos de corrupción (aunque no ocurre lo mismo en otros ordenamientos jurídicos en los que hay mayor libertad para la financiación de las campañas electorales), nos encontramos con la financiación de éstas a cambio de una política positiva y el ataque a aquellas posiciones políticas que son más favorables hacia las posiciones económicas de los regulados. De este problema hay un ejemplo que por conocido no deja de ser necesario recordar: cómo ENRON financió la campaña electoral que repercutió en una modificación regulatoria, que en el fondo permitió que con posterioridad fuera a la quiebra.
4. El fenómeno de los premios económicos son muy relevantes en un doble sentido: por un lado, los propios regalos durante el ejercicio de su mandato y, por el otro, las promesas de empleos bien retribuidos una vez hayan terminado éste y pasado, en su caso, el periodo de tiempo en el que hay incompatibilidad.
5. El problema posiblemente más sutil es el de aquellas personas que están en el regulado acaben desempeñando puestos de relevancia en los reguladores. Un problema que también puede ser estructural precisamente por la necesidad de disponer de personas especialmente cualificadas de sectores muy especializados, las cuales acostumbra a estar en las empresas reguladas. Lo que se traduce en que en ocasiones siguen defendiendo las posiciones del sector económico que conocen.

Ante estos problemas qué solución cabría proporcionar. Desde un punto de vista meramente procedimental, podríamos hablar de una mejor regulación como mecanismo para lucha contra esta modalidad de captura del regulador.

Una mejora regulatoria que debería pasar necesariamente por la conveniencia de la implantación de los test de impacto de la regulación. Una mejora que debe superar los viejos análisis centrados en los costes/beneficios para las empresas y pasar a estar estructurados sobre las mejoras reales en las condiciones sociales y económicas como consecuencia de la regulación. Desde un punto de vista ideal, la solución pasaría por abrir los mecanismos de información pública de los sectores económicos a la ciudadanía en general; apertura que no está exenta de riesgos precisamente por el escaso conocimiento social que existe de los procedimientos de información pública, lo que impide a buena parte de los ciudadanos participar en asuntos de su interés. Pero, evidentemente, no podemos reducirlo a este aspecto meramente formal de más participación sino que está íntimamente unido a la mayor transparencia de las organizaciones, que permita conocer los informes presentados, las reuniones habidas con los representantes de los grupos de interés y cómo se ha plasmado en la regulación final.

