

Organismos reguladores

Nuno Garoupa
University of Illinois & FEDEA

España perdió la primera y segunda ola de los organismos reguladores independientes en la década de 1990 y en el siglo XXI. De hecho, ni la derecha ni la izquierda han mostrado mucho interés en desarrollar el modelo de organismos reguladores independientes de industrias vitales como la energía o las telecomunicaciones, como se puso de moda en muchos otros países de la UE. La falta de una cultura de independencia (principalmente de las administraciones públicas) y la rendición de cuentas (debido a un control parlamentario ineficaz y una intervención judicial muy débil) ha sido ampliamente documentada. El ejemplo más llamativo es la Comisión Nacional de la Competencia, creada en 2007, principalmente como consecuencia de la presión de la UE (en este sentido, el diseño institucional español de una autoridad de competencia era por aquel entonces un caso particular dentro de la UE) y después de las evidentes intromisiones del gobierno en las decisiones sobre competencia. Sin embargo, hasta ahora, la nueva Comisión Nacional de la Competencia aún no ha demostrado su capacidad para disgustar al gobierno como ha sucedido en Italia o en Portugal.

En este contexto, parece muy importante que la idea de economía sostenible incluya una cultura de independencia y rendición de cuentas de los organismos reguladores (incluso si el actual borrador de la Ley de Economía Sostenible presenta una lista limitada a cuatro organismos reguladores en energía, telecomunicaciones, sector postal y competencia, dejando de fuera, por ejemplo, los mercados financieros). Esto representa un avance general en la formulación de políticas en España y esperamos que señale el compromiso del actual gobierno con las importantes reformas en este ámbito. Dicho esto, las condiciones generales y la redacción de la ley es decepcionante hasta cierto punto.

Desde luego, la Ley de Economía Sostenible parte de un supuesto curioso: la independencia de los intereses empresariales y de las administraciones públicas se decreta. Y eso es lo que hace esta ley, decretar que las agencias de regulación son independientes pero al mismo tiempo están sujetas a los principios de la transparencia, de las buenas prácticas y de la rendición de cuentas. Pero la verdad es que la ley cambia muy poco el marco jurídico. Queda la duda de porqué si la independencia de los organismos reguladores no ha pasado en los últimos años, ahora sí va a pasar aunque estemos dentro del mismísimo marco jurídico.

No hay duda que la Ley de Economía Sostenible habla de grandes principios pero no creo que desarrolle los mecanismos efectivos para asegurar la independencia y la rendición de cuentas de las agencias de regulación. Eso sí, pierde mucho tiempo en el detalle de las competencias del Presidente del organismo regulador, de las actividades del consejo y del secretario del organismo regulador, de lo que puede y no puede hacer el personal no directivo de los organismos reguladores, del funcionamiento interno del organismo regulador, etc. Todo un conjunto de pequeñas cosas que jamás deberían estar en una ley como esta pero sí en la ley orgánica de los organismos reguladores o en algún reglamento.

En cambio, sobre la independencia y la rendición de cuentas, creo que hay cuestiones importantes que la ley debería mencionar. Creo también que la ley podría haber planteado la discusión de alternativas institucionales de cara a mejorar los organismos reguladores.

Por ejemplo, sobre la independencia funcional de los organismos reguladores, me parece contraproducente definir en esta ley la relación directa que han de tener con determinados Ministerios pues ya de entrada genera una idea de tutela que es absolutamente contraria a la independencia. Que la ley diga que el organismo regulador no podrá solicitar o aceptar instrucciones de los Ministerios es meramente un principio formal. Hay que sostenerlo en mecanismos de transparencia y de relaciones funcionales saludables que evidentemente la ley ignora.

Me parece también que mantener el nombramiento del consejo del organismo regulador (y principalmente su Presidente) directamente por el gobierno (a propuesta del Ministerio competente, es decir, con el Ministerio con el que tiene que trabajar más tarde) es una muy mala señal. Creo que un sistema de nombramiento por el gobierno sujeto a la confirmación por el Congreso de los Diputados (similar al sistema norteamericano) sería mucho más adecuado y más transparente. Limitaría mucho más la influencia del gobierno, reduciría el sentimiento de tutela del Ministerio competente y reforzaría un control difuso de los organismos reguladores. No ignoramos que la reciente experiencia con los órganos judiciales (CGPJ y Tribunal Constitucional) es un mal ejemplo de nombramientos que dependen del Congreso, pero la insensatez de una generación de políticos no debería llevar a la concentración de poderes en el gobierno para obviar un problema de incapacidad de diálogo en el Congreso.

De todas formas, en la práctica y tradición española, el control parlamentario es muy débil. Eso se mantiene en la Ley de Economía Sostenible. La comparecía previa antes del nombramiento por el gobierno y la presentación de una memoria anual es insuficiente. El Congreso de los Diputados no tiene poder efectivo para exigir una rendición de cuentas. No puede objetar a los nombramientos del gobierno. No tiene capacidad de impeachment. No tiene capacidad sancionadora. Ni queda claro si puede rechazar la memoria anual del organismo regulador (y aún menos sabemos si eso pudiera pasar, cuales serían las consecuencias institucionales de semejante enfrentamiento). Es evidente que la ley no pretende un control parlamentario fuerte y trata el organismo regulador como un asunto del área de influencia del gobierno con lo cual realmente no cambia la práctica de los últimos años. Pero es la excesiva influencia del gobierno la que ha sido un freno a la verdadera independencia de los organismos reguladores en España. Debería pues la Ley de Economía Sostenible ser más ambiciosa y más creativa en la forma de postular los mecanismos de control parlamentario.

Pero me parece aun más preocupante que el control judicial esté totalmente olvidado, aparte de la impugnación de las decisiones de los organismos reguladores. Efectivamente, como no podría dejar de ser, la Ley de Economía Sostenible garantiza el derecho de recurso de las decisiones de los organismos reguladores por vía del contencioso administrativo. Entramos pues directamente en los temas de la justicia, y en la particular situación del contencioso administrativo en España.

La Ley de Economía Sostenible sorprendentemente es absolutamente ciega y muda en lo que a la justicia se refiere. Efectivamente, el artículo 3 de la Ley de Economía Sostenible, sobre los principios de la economía sostenible, omite por completo la justicia. El artículo 4, sobre los principios de buena regulación aplicables a las iniciativas normativas de las Administraciones Públicas, menciona la seguridad jurídica. Aún así, en ningún momento, la ley indica o alude a cómo vamos a promover esa seguridad jurídica cuando nos enfrentemos a una crisis muy seria de congestión, de exceso de peticiones y fundamentalmente de credibilidad en la justicia. Evidentemente que la aplicación de las buenas prácticas anunciadas por la ley, dentro del principio de la proporcionalidad, de la transparencia, y de la simplicidad, podrían solucionar parte del problema. Pero dentro de una reforma estructural de la justicia que la ley no propone. La introducción del análisis previo de las iniciativas normativas facilitaría sin duda la seguridad jurídica y mejoraría el ordenamiento jurídico. Pero el principio resulta menos prometedor si tenemos en cuenta que el gobierno en casi 6 años jamás lo ha hecho (y el gobierno anterior, igual) y que los organismos reguladores tampoco. Nos queda pues la duda de si realmente vamos a tener ese análisis previo de las iniciativas normativas (con excepción de cuando sea una imposición de la Unión Europea).

En resumen, la buena noticia es que el gobierno considera la independencia y la rendición de cuentas de los organismos reguladores como parte integrante y estructural de la economía sostenible. La mala noticia es que propone un marco jurídico muy similar al actual, que tan pocos resultados ha producido. Un control parlamentario más bien flojo, una excesiva dependencia del gobierno y ninguna aportación sobre la necesaria reforma de la justicia para que el control judicial sea efectivo.

Nuno Garoupa

Catedrático de derecho de la Universidad de Illinois (EE.UU.) e investigador asociado de FEDEA. Sus campos de investigación son el análisis económico del derecho y el derecho comparado. Sus trabajos académicos han sido publicados en revistas como el Journal of Legal Studies; Journal of Law and Economics; Journal of Law, Economics and Organization; American Law and Economics Review; Journal of Empirical Legal Studies; Oxford Journal of Legal Studies; American Journal of Comparative Law; Journal of Comparative Law; Journal of Law and Society; International Journal of Law, Policy and the Family; Berkeley Journal of International Law; Columbia Journal of Transnational Law; European Business Organization Law Review; Maastricht Journal of European and Comparative Law; European Economic Review; Economic Journal entre otras. Ha sido vicepresidente de la European Association of Law and Economics (2004-2007), vocal de la International Society for New Institutional Economics (2006-2009), co-editor de la Review of Law and Economics (2004-2010) y es actualmente vocal de la Latin American and Caribbean Association of Law and Economics.

<http://www.law.illinois.edu/faculty/directory/NunoGaroupa>