

**El Gobierno con el Consentimiento de los Gobernados:
La Importancia del Diálogo entre el Gobierno y el Sector Privado
en la Política Económica, Regulatoria y Comercial**

**por John Murphy
Vicepresidente de Asuntos Internacionales de la Cámara de Comercio de
Estados Unidos**

**Seminario sobre “El Rol del Sector Privado en la Administración
y Aplicación de Tratados de Libre Comercio”
Organizado por el Proyecto de Implementación del DR-CAFTA
4 de marzo, 2010
Santo Domingo, República Dominicana**

Este discurso se basa en un artículo elaborado por Sean Heather, Director Ejecutivo del Proyecto de Cooperación Regulatoria Global de la Cámara de Comercio de Estados Unidos.

La Declaración de la Independencia de los Estados Unidos de América establece que los gobiernos obtienen “sus poderes legítimos del consentimiento de los gobernados”. Este principio básico se ha vuelto corriente en la era moderna ya que la elección popular se ha extendido a muchos países alrededor del mundo.

Pero se refiere a mucho más que una simple elección. Los gobiernos democráticos se ven obligados a buscar “el consentimiento de los gobernados” no sólo en el día de la elección sino todos los días del año. Lo hacen por medio del trabajo formal de los legisladores y la interacción informal durante las reuniones en los municipios, las apariciones ante la prensa, etcétera.

Adherir a este principio es vital para muchos sectores de la sociedad democrática, y sobre todo para la comunidad empresarial. ¿Por qué? Porque el poder regulatorio de los gobiernos tiene un fuerte control sobre las industrias de todo tipo.

Ante las dificultades económicas actuales, los funcionarios y los ciudadanos confían en que la comunidad empresarial sea el motor para la creación de empleos, el aumento de ingresos, y el crecimiento y el desarrollo económicos. En este contexto, es vital asegurar que los reguladores logren el equilibrio correcto en sus trabajos. Esto es cierto tanto para la implementación de tratados comerciales como para otras áreas donde la regulación gubernamental y las empresas privadas se cruzan.

Es una exageración decir que los gobiernos deberían regular con “el consentimiento de quienes se regula”. Pero, por cierto, los reguladores sólo pueden tener éxito en su misión de proteger la salud y la seguridad de las personas y proteger el medio ambiente si mantienen un diálogo real con las empresas. El entendimiento mutuo es crítico. Ambas partes deben hacer concesiones.

¿Cuál es el mejor modo para que los reguladores se relacionen con las industrias a las que regulan? ¿Cómo pueden producir “regulaciones inteligentes” que protejan la salud y la seguridad sin afectar el desarrollo económico y la creación de empleos? Este es el tema del día.

Los intereses para la sociedad

Pocas prioridades son más importantes para los directores de empresa que mantener una comunicación clara y continua con los funcionarios. Ningún ministro del gobierno tiene un teléfono rojo en su escritorio con una línea directa a la oficina de un ejecutivo, o viceversa. Pero, a veces, hace falta.

En 2008, la empresa global contable Ernst & Young entrevistó a ejecutivos de todo el mundo para identificar cuáles eran los riesgos más grandes para sus empresas y el entorno empresarial mundial. La principal preocupación no era llegar a los clientes, asegurar el capital o eludir las amenazas de la competencia. Era el brazo de la regulación gubernamental y lo costoso de cumplir con ella.

Con frecuencia, los marcos regulatorios divergentes alrededor del mundo innecesariamente elevan el costo de hacer negocios, cierran los mercados a la competencia, impiden la innovación, tienen consecuencias no deseadas, y no logran el resultado regulatorio esperado.

Mientras las compañías multinacionales no tienen opción y deben atravesar estos desafíos, con frecuencia es demasiado costoso para las pequeñas y medianas empresas lidiar con múltiples marcos regulatorios. El resultado es que su negocio no puede crecer más allá del mercado local. Esta es la razón por la que es esencial que los reguladores creen regulaciones que no excluyan a nuevos participantes y que potencien la competencia en el mercado.

Con frecuencia, el negocio se ve como opuesto a la regulación. Sin embargo, en los Estados Unidos la posición de la comunidad empresarial es más matizada. Los miembros de la Cámara de Comercio de Estados Unidos están más interesados en asegurar que las regulaciones estén bien diseñadas y promueven la competencia que en simplemente bloquear todos los intentos de una nueva regulación. O sea, las empresas

estadounidenses no están pidiendo menos regulación sino una regulación más inteligente.

A lo largo de los años, los Estados Unidos han desarrollado una legislación administrativa que institucionaliza las buenas prácticas para los reguladores. El propósito de la legislación administrativa estadounidense es asegurar que los reguladores elaboren mejores regulaciones, es decir, regulaciones que sean efectivas y eficientes y que fomenten la competencia.

¿Por qué “que fomenten la competencia”? La competencia con frecuencia elimina la necesidad de regular cuando el mercado se autorregula. Además, algunas empresas intentan influir en la regulación para brindarle a su empresa una ventaja competitiva en el mercado y poner a los posibles competidores en desventaja.

Los reguladores consideran que su principal responsabilidad es hacer cumplir la ley, no facilitar la actividad comercial. El cliente de un regulador no es la comunidad empresarial sino el público, y su objetivo es promover lo que la Constitución de los Estados Unidos denominó “promover el bienestar general”, incluyendo, por ejemplo, la salud y la seguridad de los consumidores, o la protección del medio ambiente.

En este contexto, la legislación administrativa asegura el proceso debido para las empresas que están sujetas a regulación. El objetivo de la legislación administrativa es fomentar la regulación que promueve el bienestar de la ciudadanía mientras acomoda las necesidades de las empresas en la medida en que es posible.

En los Estados Unidos muchas de estas buenas prácticas están incluidas en la Ley de Procedimiento Administrativo (APA, por su sigla en inglés). Sin embargo, los Estados Unidos no tienen un monopolio de estas buenas prácticas. La mayoría de los países miembro de la OCDE han desarrollado procesos regulatorios similares a los elementos básicos en los que me gustaría centrarme, a saber, transparencia, relación con los interesados, análisis costo-beneficio, y la habilidad para apelar los resultados regulatorios insatisfactorios.

Transparencia

Primero, la transparencia es algo que la mayoría de los gobiernos apoyan en teoría pero que con frecuencia encuentran difícil de poner en práctica. La legislación administrativa que gobierna la promulgación regulatoria debe estar redactada con transparencia como principal consideración.

La transparencia comienza con el establecimiento de un registro central donde se requiere que todos los reguladores publiquen sus intenciones así como sus

regulaciones finales. En los Estados Unidos, este es el Registro Federal, que fue creado en 1935.

Hoy, el Registro Federal se publica diariamente en internet. Incluye todas las nuevas reglas y regulaciones, las reglas que son definitivas, las modificaciones a las reglas existentes, y anuncios de reuniones y procedimientos contenciosos.

Sin embargo, esto es sólo el comienzo. La transparencia debe estar presente durante la elaboración de todo el proceso regulatorio.

Relación con los interesados

El Registro Federal es una ventana abierta al funcionamiento de las agencias regulatorias estadounidenses. También es el conducto principal a través del cual los reguladores se relacionan con los interesados — los “stakeholders” en inglés. Interesados se refiere a todos quienes se ven afectados de manera positiva o negativa por una regulación.

Diseñar regulaciones efectivas y eficientes requiere que los reguladores se relacionen con los interesados a través del proceso de desarrollo regulatorio. Idealmente, el primer punto de contacto tiene lugar incluso antes de que los reguladores hayan decidido elaborar una nueva regulación. En esta instancia, los reguladores les consultan a los interesados para entender de mejor manera las dinámicas del mercado y cómo está funcionando.

Una vez que han sido informados, los funcionarios que ven la necesidad de emitir una nueva regulación notificarán su intención. Al hacerlo, los reguladores deberán identificar la falla específica en el mercado o la lógica detrás de la regulación, así como brindar lineamientos sobre la dirección y forma que debería tener la nueva regulación.

Los reguladores deberán buscar opiniones de los interesados por lo menos dos veces más. Primero, los interesados deberán tener la oportunidad de opinar sobre el análisis económico utilizado como apoyo a la regulación. En los Estados Unidos esto se denomina análisis costo-beneficio, y más tarde volveré a este tema.

Luego, los reguladores deben publicar una regulación final, brindándoles a los interesados una última oportunidad para opinar. Esto ayuda a evitar errores y le brinda al sector privado una oportunidad para considerar mejor las posibles medidas para cumplir con las nuevas reglas.

Esto puede parecer un proceso extenso, pero la redacción de las regulaciones debe ser deliberada. Una regulación que se elabora rápidamente rara vez logra ser efectiva y

eficiente. En demasiadas ocasiones, llevar adelante un proceso apresurado se enfrenta con la ley de las consecuencias no deseadas, bajo la cual la regulación soluciona un problema pero a cambio crea problemas nuevos y más serios.

Es importante asegurar que los interesados tengan el tiempo adecuado para responder a cada instancia de consulta. Dependiendo de la importancia y la complejidad de la regulación, se suelen brindar de 30 a 90 días. También es importante que la oportunidad de opinar sea para todos los interesados, incluyendo a las extranjeras, y que los reguladores revisen los comentarios de los interesados imparcialmente.

Volviendo al tema de la transparencia, las opiniones de los interesados deberían ser publicadas. Los reguladores deberían publicar una respuesta a las opiniones que reciben. Al hacer esto, los interesados saben que sus opiniones han sido leídas y los ayuda a entender la lógica utilizada por los reguladores.

El requisito de que las agencias regulatorias respondan directamente a los comentarios realizados por los interesados prácticamente se realiza sólo en los Estados Unidos. Pero creemos que es crítico.

En los Estados Unidos, toda esta relación con los interesados tiene lugar a través del Registro Federal. Los elementos principales del proceso son garantizados por ley.

Análisis costo-beneficio

En la búsqueda por una mejor regulación, el próximo elemento crítico es un proceso riguroso por el que los reguladores conducen un análisis costo-beneficio o evaluación de impacto.

La idea es simple: si el costo de la regulación supera los beneficios de la misma, los funcionarios deberían considerar un enfoque diferente, o quizás no regular.

En resumen, este enfoque asegura que la regulación esté diseñada de la manera menos onerosa. Este enfoque debería estar específicamente requerido por ley, y los reguladores deberían cumplir con este estándar.

El análisis costo-beneficio puede ser controvertido. Para algunos, la idea de medir los costos y beneficios en dólares o pesos parece subjetiva, a pesar de los esfuerzos por parte de los involucrados por hacer del proceso una disciplina transparente y técnica. Muchos economistas encuentran empleo en esta área dada la alta dependencia de la economía del comportamiento para predecir de manera precisa cómo va a responder el mundo real a una regulación propuesta.

El modelo económico utilizado para evaluar los costos y beneficios de la regulación es sólo tan bueno como los aportes utilizados. Por lo tanto, es importante que los reguladores se apoyen en datos de buena calidad y una ciencia sólida. En los Estados Unidos, se imponen muchos requisitos a los reguladores para asegurar que esto suceda.

Una de las críticas principales del análisis de costo-beneficio es que supuestamente ignora “con frialdad” la importancia de ciertos objetivos políticos. Estos pueden incluir las necesidades de los discapacitados, el cuidado del medio ambiente, la protección de especies en peligro, y otros. En el caso de una posible nueva regulación sobre seguridad laboral, ¿cómo se establece el valor monetario de perder un dedo o una mano o, peor aún, una vida?

La respuesta es que no es fácil, pero nuestra sociedad rutinariamente coloca un valor monetario al riesgo. Por ejemplo, los actuarios de seguros lo hacen todo el tiempo. De hecho, el análisis costo-beneficio es un área que está constantemente mejorando a medida que los reguladores aprenden cómo colocar un mejor valor monetario a las preguntas difíciles. El simple intento por enfrentar estas difíciles preguntas de manera profesional y apolítica es en sí una buena práctica, aun si el valor monetario final determinado por el regulador no es perfectamente preciso.

Algunos cuestionan lo adecuado del análisis costo-beneficio, preocupados por que los fríos analistas desvaloricen la salud y seguridad de las personas. Sin embargo, sin un análisis costo-beneficio, los gobiernos también podrían equivocarse de otras maneras.

Tomemos el brote de EEB o la enfermedad de las “vacas locas” en el Reino Unido en la década del 1980. Para 1990, los periódicos británicos estaban llenos de artículos que planteaban la pregunta “¿la EEB representa un riesgo para la salud de las personas?” Los funcionarios británicos respondieron: “no hay por qué preocuparse”. Se demostró que estaban equivocados.

Mi padre, un distinguido virólogo, con frecuencia me ha citado un editorial de la publicación científica *Nature*: “Nunca digas que no hay peligro [riesgo]. En cambio, siempre di que hay peligro [riesgo], y que el problema es calcular cuál es...” En este sentido, la ciencia y los negocios están estrechamente alineados.

En defensa del análisis costo-beneficio, es importante destacar que la regulación no es legislación primaria. Es legislación secundaria. En otras palabras, los legisladores establecen los objetivos políticos que los reguladores deben cumplir. Para los reguladores el análisis costo-beneficio es simplemente una herramienta, si bien importante, para crear la legislación secundaria que en última instancia debe cumplir los requisitos establecidos por la legislación primaria.

Dadas las suposiciones que alcanzan al análisis costo-beneficio y la complejidad de la tarea, pueden ver por qué es importante que el proceso regulatorio sea transparente, que los interesados sean consultados, y que tengan la oportunidad de opinar.

Apelaciones

Los reguladores son falibles y no son inmunes a la parcialidad. En ocasiones, la transparencia, la relación con los interesados, y la evaluación de impacto regulatorio pueden no ser suficiente para asegurar una regulación efectiva y eficiente.

En consecuencia, el elemento final en cualquier proceso regulatorio debería ser la habilidad para apelar cualquier regulación que no se encuentre bien diseñada. En los Estados Unidos existen tres maneras principales en las que se puede apelar una regulación.

El primer control de los reguladores tiene lugar dentro del gobierno. La Oficina Ejecutiva del Presidente cuenta con una oficina especial denominada Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (OIRA, por su sigla en inglés), que ayuda a coordinar la política regulatoria en el gobierno. También brinda una revisión final de las regulaciones más significativas antes de su promulgación. Esta aplica en el caso de que la regulación tenga un impacto de \$100 millones o más en la economía.

Los interesados pueden declarar ante la OIRA que los reguladores no han realizado un análisis lo suficientemente detallado del impacto que la regulación tendrá en el mercado. Pueden solicitar un enfoque alternativo que logre el mismo resultado deseado, pero que lo haga en un modo menos oneroso.

OIRA tiene la habilidad para detener cualquier regulación antes de que sea definitiva y en su conjunto ha sido muy efectiva en promover una mejor regulación. Más importante aún, su personal consiste principalmente de profesionales de carrera, no de puestos políticos. Se suele acusar a OIRA de prestar demasiada o poca atención a las cuestiones empresariales de manera indistinta, más allá del partido político que se encuentra en el poder. Quizás esto sea señal de que está haciendo un buen trabajo.

Un segundo mecanismo de apelación, frecuentemente utilizado, es la habilidad para desafiar cualquier regulación final en la corte. Se ha utilizado a las cortes para evitar la entrada en vigor de la regulación. Los interesados pueden presentar una serie de argumentaciones en relación con el proceso regulatorio y el fundamento del tema en cuestión.

Finalmente, cualquier regulación final puede ser invalidada por el Congreso de los Estados Unidos, a pesar de que esto sólo ha sucedido una vez en nuestra historia: cuando un gobierno saliente se apresuró a promulgar una regulación que, según creían algunos, incluida la Cámara de Comercio de Estados Unidos, imponía nuevos costos por miles de millones de dólares sin prueba suficiente de sus beneficios.

Conclusión

Estas son las características de una buena regulación: transparencia, relación con los interesados, análisis costo-beneficio, y la habilidad para apelar los resultados insatisfactorios. Además, me gustaría hacer unos últimos comentarios.

Primero, el desarrollo de buenas prácticas regulatorias es un proceso evolutivo. El comportamiento del mercado y la economía del comportamiento — “behavioral economics” — representan un campo de trabajo académico en constante evolución. Las prácticas evolutivas no pueden mantenerse inmóviles, así como el mercado no lo hace.

Segundo, es vital que las regulaciones sean elaboradas con un grado de flexibilidad. Las buenas regulaciones establecen parámetros de desempeño y permiten que quienes son regulados determinen cuál es el mejor modo de cumplir con esos requerimientos. A modo de ejemplo, los reguladores no deberían desarrollar estándares; en cambio, las regulaciones deberían referirse a estándares desarrollados por la industria.

Finalmente, los reguladores deberían hacer más para considerar la interacción entre sus regulaciones y las promulgadas por otros gobiernos. Como demostró el estudio de Ernst & Young, hay una tensión entre el creciente alcance *global* del comercio y el mandato principalmente *nacional* de las regulaciones. Como mencioné anteriormente, estas tensiones son exacerbadas por el hecho de que los reguladores se ven a sí mismos como quienes hacen cumplir la ley en primer lugar y ser facilitadores del comercio en segundo.

Aseverar que los gobiernos deberían regular con “el consentimiento de quienes se regula” tal vez es ir demasiado lejos. Pero, sin duda, los reguladores podrán realmente tener éxito en su misión al entablar un diálogo abierto con las empresas, y así la conducta de la política comercial sufrirá sin el aporte de quienes tienen un rol comercial activo. Los reguladores sólo podrán diseñar “regulaciones inteligentes” que sean eficientes y efectivas y promuevan la competencia en el mercado a través de una relación regular y abierta con las empresas.