

# Las autoridades independientes de regulación económica

José Amando MEJÍA BETANCOURT\*  
RVLJ, N.º 16, 2021, pp. 311-342.

## SUMARIO

**Introducción. Hacia la economía de mercado 1. El origen norteamericano de las autoridades independientes 2. Las instituciones de la imparcialidad 3. El concepto de autoridad administrativa 4. La regulación económica 4.1. Las autoridades reguladoras 4.2. La especialización regulatoria 4.3. Funciones básicas 4.4. Acceso a las redes 4.5. Derecho de la regulación económica Conclusión: la centralidad del problema económico**

## Introducción. Hacia la economía de mercado

Un nuevo capítulo de la historia de Venezuela ya comenzó antes que el anterior haya terminado. Mirar hacia adelante está justificado, diseñar una visión de futuro es un ejercicio realista, someter al debate público las diferentes opciones es necesario, plantear los problemas de la sociedad y sus soluciones es una cuestión de responsabilidad. El presente y el futuro están unidos en la

---

\* **Universidad Católica Andrés Bello**, Abogado. **Universidad de París II**, DSUP en Finanzas Públicas; DSUP en Derecho Administrativo; DSUP en Derecho Comercial y Doctor. Miembro de la Sociedad de Legislación Comparada de París. **Universidad Metropolitana**, Profesor. **Universidad Católica del Táchira**, profesor. **Universidad Central de Venezuela**, profesor. Fue consultor jurídico del Ministerio de Energía y Minas; director principal del Fondo de Inversiones de Venezuela (1984-1986) y viceministro de Hacienda (1993-1994).

etapa que ha comenzado, mientras que el presente y el pasado están juntos en la que termina. Nuestro trabajo constituye una colaboración para pensar la Venezuela que está por venir y construirse.

Aquí hacemos una reflexión sobre dos aspectos muy concretos: la instalación de una economía de mercado como modelo económico de desarrollo y el papel del Estado en ese proceso. La economía de mercado que sustituya al intervencionismo del Estado venezolano requiere de un régimen jurídico que la haga funcionar adecuada y racionalmente, conformado por el «Derecho de la libre competencia», que asegura y cuida que los precios de los bienes y servicios sean fijados por el juego de la libre competencia, y que la entrada y salida del mercado sean libres. El «Derecho de la libre competencia» en las democracias occidentales, inicialmente aplicado a los sectores de la economía no estatizados, ha ganado en amplitud al extenderse el mercado a casi todas las actividades económicas, particularmente a aquellas que estaban bajo el comando del Estado, reservadas a él y fuertemente intervenidas por la acción pública. Este crecimiento del mercado en aquellos sectores que antes eran monopolios naturales y servicios públicos industriales y comerciales ha dado origen a la nueva actividad administrativa de regulación, que se sitúa al lado de las clásicas de policía y servicio público. Dando origen a un nuevo vocablo para expresarla: la «regulación económica», que desplaza y sustituye a la actividad de intervención económica y a la vez ha absorbido e incorporado a su quehacer y vocabulario el «Derecho de la libre competencia».

El Estado regula y ya no interviene en la economía, aunque la doctrina jurídica, en su mayoría, por la costumbre, continúa considerando a la regulación como una nueva forma y manifestación de la intervención económica del Estado. La intervención pública representa la conducción, dirección y liderazgo del Estado en la actividad económica y lo sigue siendo en algunos países europeos, motivada por supuestos intereses nacionales, que encubren una realidad bien diferente de una economía políticamente clientelar y populista, asociados a intereses mercantiles, corporativos y parasitarios. La economía de mercado es otra cosa bien diferente, pues el liderazgo económico pasa a la sociedad que lo ejerce en condiciones de libertad y la

regulación asegura que funcione de esta manera. Por ello el «Derecho de la libre competencia» se extiende al conjunto de la economía y es absorbido por el Derecho de la regulación económica al cual se integra y pasa a formar materialmente la parte fundamental. Para entender mejor digamos que se ha producido un doble movimiento, por una parte, el crecimiento y extensión del Derecho de la libre competencia y, por la otra, su integración al Derecho de la regulación económica.

El establecimiento de una economía de mercado plantea el debate sobre la manera cómo el Estado debe atender institucionalmente esta realidad. En este trabajo planteamos la fórmula de echar mano a la estructura orgánica de las llamadas «autoridades independientes» de origen norteamericano y que han servido en ese país de manera exitosa a los mismos propósitos de regulación económica. Lo hacemos con una doble intención: demostrar que es la solución institucional adecuada para el ejercicio de la nueva actividad administrativa de regulación económica y, más allá, como una fórmula u opción en la gran reforma del Poder Ejecutivo que habrá que hacer luego de que se recupere el Estado democrático de Derecho en Venezuela. En este sentido, la reflexión sobre las autoridades de regulación económica viene como anillo al dedo.

En este trabajo tratamos de presentar argumentos y consideraciones fundamentalmente desde el punto de vista teórico y conceptual, sin mayor referencia al Derecho positivo venezolano, ya que el Estado desapareció de la realidad venezolana desde hace tiempo, por lo que hacerlo resultaría un ejercicio inútil y confuso. Tampoco nos referimos a la experiencia institucional venezolana de esta figura, bastante significativa, pero que no podemos tratar aquí<sup>1</sup>. Al no existir un Estado en Venezuela, sino una estructura de poder que nunca puede ser considerada un Estado, y encontrarnos, por tanto, en una inédita «situación excepcional» en lo interno y desde la perspectiva

---

<sup>1</sup> Ver: RACHADELL, Manuel: *Evolución del Estado venezolano 1958-2015: De la conciliación de intereses al populismo autoritario*. FUNEDA-Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2015.

del Derecho Internacional Público<sup>2</sup>, entonces, aprovechamos para visualizar con mayor claridad y holgura el encuadramiento de las «autoridades independientes» en la nueva estructura del Poder Público que está por venir y habrá que crear completamente.

### 1. El origen norteamericano de las autoridades independientes

Las autoridades administrativas independientes, de las cuales forman parte las autoridades de regulación económica, son la expresión orgánica del concepto político que el profesor francés ROSANVALLON llama «la democracia de la imparcialidad». Estas autoridades, muy en boga en Europa, abundantes y variadas, están encargadas de las actividades de supervisión y regulación en sectores sensibles, que antes los asumían ordinariamente las administraciones tradicionales:

Tienen en común el presentar un carácter híbrido: ellas poseen una dimensión ejecutiva y a la vez ejercen funciones de orden normativo y judicial. Ellas han revolucionado profundamente la concepción tradicional de la división de los poderes (...) El rasgo distintivo más evidente de estas instituciones es que ellas reducen el terreno del poder administrativo-ejecutivo. Esta dimensión constituyó históricamente la primera razón explícita para su creación y puesta en funcionamiento, en los Estados Unidos al final del siglo XIX<sup>3</sup>.

La América de los años 1880 se caracterizaba por la debilidad del Estado federal. Las tareas que tenía eran mínimas. En plena conquista del Oeste, su preocupación central consistía en organizar, consolidar y ampliar el territorio y asegurar las fronteras. El contraste con la situación

<sup>2</sup> MEJÍA BETANCOURT, José Amado: «Consideraciones constitucionales sobre la relación de dominación entre Cuba y Venezuela». En: *Revista de Derecho Público*. N.ºs 161-162. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2020, p. 318; «El Estado fallido en Venezuela». En: *Revista Tachirense de Derecho*. N.º 30. UCAT. San Cristóbal, 2019, [www.ucat.edu.ve](http://www.ucat.edu.ve); «El reconocimiento internacional del Tribunal Supremo de Justicia en el exilio». En: *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales*. N.º 157. Caracas, 2018.

<sup>3</sup> ROSANVALLON, Pierre: *La Légitimité démocratique*. Seuil. París, 2008, p. 121.

de los Estados europeos, dotados de administraciones estructuradas y activas sobre múltiples frentes económicos y sociales era sorprendente —es la época de la construcción del Estado providencia en Alemania, de la racionalización del *Civil Service* en Gran Bretaña, de la consolidación del Estado republicano en Francia—. Al mismo tiempo que se desarrollaba la economía vigorosamente, las estructuras públicas casi no habían evolucionado. De ahí la existencia de un verdadero «vacío de gobernabilidad» que caracterizaba al país. Después de la guerra civil, los partidos y los tribunales estaban metidos en ese vacío y se habían impuesto como las verdaderas fuerzas estructurantes del país. Las máquinas partidistas eran las fuerzas de poder y de comando durante el periodo. Ellas constituían a todos los niveles las verdaderas instancias de coordinación e impulsión. Es la figura del *boss* y no la del representante electo quien cuenta entonces, sobre todo a nivel local. Es él quien hace tirar las cuerdas y que sobre todo tiene la alta mano sobre la atribución de los mercados públicos. El término «partido» se hace indisoluble del de «corrupción». Este fenómeno constituye durante esos años la cuestión mayor y el problema político más importante en América (...) Entre la hegemonía de los partidos y la debilidad del Estado, las diferentes cortes federales de justicia habían intentado llenar una función social de regulación y de reafirmar el sentido del bien común. El desmantelamiento de la administración de guerra luego del conflicto entre el norte y el sur del país había contribuido a reforzar el poder judicial. La Corte Suprema había visto durante el periodo extender su papel. Ella había consagrado nuevos principios que tendrían peso sobre la Administración. Pero, los jueces estaban tan asqueados, indignados y trastornados por la incompetencia y corrupción del mundo político, que ellos se transforman por reacción en defensores ardientes de las empresas y del *laissez faire*, considerando como un progreso necesario el hecho de sustraer del control de un poder considerado pervertido las actividades de la sociedad (...) Es en reacción a esta situación que una corriente reformadora comienza a emerger en esos años 1880. El problema de la regulación de los ferrocarriles ofreció la ocasión de catalizar las cosas (...) La *Interstate Commerce Act* de 1887 marcó un gran cambio emblemático de una nueva concepción de la gestión pública. La Ley fija

un cierto número de reglas para encuadrar las prácticas tarifarias de las compañías –ferroviarias–, prohibiendo, sobre todo, las discriminaciones y los abusos. Pero, ella crea, sobre todo, una autoridad independiente especial, la *Interstate Commerce Commission*, encargada de vigilar la puesta en obra de las medidas, pero, sobre todo, de regular el sector. Lo que era romper con la concepción «clásica» del rol que tenía la Administración. La decisión no fue tomada a la ligera. El Congreso había madurado por largo tiempo su decisión de innovar y crear una comisión *ad hoc*, más que confiar esta tarea a la Administración existente. La absoluta necesidad de «sustraer a las influencias políticas» la regulación de un sector vital para la defensa del interés general era la preocupación mayor de los parlamentarios. Había que, a sus ojos, «nacionalizar» y «despolitizar» la cuestión de los ferrocarriles al mismo tiempo –ya que la gestión a nivel de los Estados era impotente para tratar una cuestión transversal y nacional y parasitada por una fuerte corrupción implicando a los partidos–. Lo que significó reconocer que la Administración de la época no era garante del interés general. Era manifestar una desconfianza del Congreso en relación con el Ejecutivo incapaz de servir adecuadamente al bien común. El argumento «político» había sido decisivo en una América marcada por la deriva peligrosamente incontrolable de los partidos políticos<sup>4</sup>.

Tres argumentos también habían además influido decisivamente en la decisión: crear una institución con un alto grado de experticia, instituir formas evolutivas de regulación flexibles y rápidas y erigir una institución que tuviera una capacidad arbitral:

Las fronteras usuales entre la política, lo administrativo, el legislativo y lo judicial se encontraron de esta manera basculadas de manera inédita (...) había que significar que la comisión debía ser sustraída de la influencia del partido en el poder (...) que la independencia «política» era así indisoluble de una «autonomía funcional» en relación con el ejecutivo. Esta comisión sirve seguidamente de modelo a todo un conjunto de otras instituciones independientes de regulación (...) en cada caso, es el debilitar

<sup>4</sup> *Ibíd.*, pp. 121-125.

la institución presidencial o la desconfianza con ella, la incapacidad del Congreso de resolver por él mismo una dificultad, o la voluntad de reducir el poder de un servicio administrativo, es lo que conduce a crear una nueva institución (...) a la larga es, por lo tanto, el equivalente de una forma inédita de expresión y de gestión del interés general que se ha edificado (...) En 1944 un informe público teoriza por primera vez la especificidad del modelo de la comisión independiente. Señala cuatro elementos: La sustracción a las presiones políticas y la independencia en relación con el ejecutivo, la cualidad de la imparcialidad, la capacidad de dirigir políticas de largo alcance no sometidas al azar electoral y la adopción de medidas coherentes y razonables (...) En América es la debilidad de la Administración y la voluntad de romper con un universo minado por la corrupción lo que creó las condiciones para el surgimiento de las primeras autoridades públicas independientes. Podemos notar que un siglo más tarde es un contexto similar el que ha puesto a la orden del día en numerosos países en desarrollo la creación de este tipo de instituciones. En Europa las cosas se presentaron de una manera diferente. Las autoridades independientes se multiplicaron principalmente para responder a un imperativo de regulación en determinados sectores y ámbitos, donde la intervención de las estructuras administrativas se presenta inadaptada e inoperante, por razones de complejidad técnica, de superposición de competencias, de multiplicación de participaciones en el asunto, o de difracción de responsabilidades (...) y para cubrir un déficit de legitimidad democrática<sup>5</sup>.

## 2. Las instituciones de la imparcialidad

La incorporación de la figura de las autoridades independientes al Derecho público europeo tarda en producirse. El Estado administrativo continental es muy robusto, tiene una larga historia y experiencia, una formidable presencia en la vida social y realiza una intervención acusada en la vida económica.

---

<sup>5</sup> *Ibíd.*, pp. 126-129. Hasta aquí esta larga cita del autor que se justifica por su claridad e importancia para mejor entender el tema y visualizar los necesarios cambios en el futuro institucional de Venezuela.

Al punto que surge académicamente la materia «Derecho público económico» que da cuenta de la estrecha relación entre el Estado y la economía; con capítulos relativos al control y policía de la economía, los servicios públicos, las empresas y monopolios públicos, en lo que se ha conocido como la «economía mixta» europea donde funciona la lógica del Estado y la lógica de la economía. El Estado de «servicios públicos» en Francia y el «Estado bienestar» en Alemania, por ejemplo, conviven buena y serenamente con la libertad económica de los ciudadanos y los «treinta años gloriosos», como llaman en Francia al periodo de la postguerra, y el «milagro alemán» son una demostración. Pero el avance de la modernidad en todos los aspectos de la vida social produce cambios significativos, particularmente en el desarrollo de la vida económica y social, con la construcción de un mercado único en Europa, y el advenimiento de un orden global de la economía, que se conoce como la «globalización»<sup>6</sup>. El establecimiento de una economía de mercado ha cambiado muchas cosas en Europa y se ha asimilado la experiencia norteamericana de las autoridades independientes y de los métodos de regulación económica<sup>7</sup>.

En Francia, un país con una reputada Administración, una democracia consolidada y un Derecho Administrativo envidiable e imitado en muchas partes, sin embargo, las autoridades independientes hacen su aparición hacia finales de los años 1970<sup>8</sup>. Justificadas, principalmente, por la desconfianza en relación con la legitimidad del Poder Ejecutivo para manejar determinadas materias sensibles como la identidad de las personas, al crearse por Ley en 1978 la «Comisión Nacional de la Informática y Libertades», donde el Parlamento decide desprenderse de su competencia de control y de gestión. Es una expresión de desconfianza y suspicacia lo que genera todo el proceso de aparición de las autoridades independientes en Francia que luego prolifera y se hace masivo, marcando una «ruptura espectacular con el modelo administrativo y político anterior»<sup>9</sup>. Obviamente, la acusación de parcialidad política

<sup>6</sup> CHEVALIER, Jacques: *L'Etat post-moderne*. LGDJ. París, 2017.

<sup>7</sup> TRUCHET, Didier: *Droit administratif*. PUF. París, 2019, p. 412.

<sup>8</sup> COLLIARD, Albert y TIMSIT, Gérard: *Les Autorités administratives indépendantes*. PUF. París, 1988.

<sup>9</sup> ROSANVALLON: ob. cit., p. 131.



constituye el gran tema del debate democrático, particularmente asociado al manejo de la economía. A partir de entonces se produce una proliferación de autoridades independientes, hasta que es dictada una ley en el año 2017 para poner orden en su desarrollo que enumera 26 autoridades independientes<sup>10</sup>. Estas instituciones se consolidan en el terreno de la economía y comienzan a desarrollarse una nueva función administrativa: la regulación económica<sup>11</sup>.

En Francia, cada autoridad independiente posee características propias, no hay un modelo institucional preciso, ni siguen un plan de desarrollo en conjunto:

Pero todas ellas tienen en común romper con el ordenamiento tradicional de los poderes. La creación de estas instituciones ha correspondido a nuevas esperanzas sociales, a una aspiración de tener procesos de decisión más visibles, más sensibles al juego de los argumentos contradictorios, marcando una distancia con un modelo caracterizado por la centralización y el secreto. La norma piramidal y rígida del «jacobinismo», discretamente articulada con un cierto corporativismo, tuvo que ceder el lugar a una forma de ejercicio del derecho más abierta e interactiva. Implicaciones «técnicas» de formas de regulación que afectan sectores complejos y aspiraciones «democráticas» a más justificación de sus decisiones, a más publicidad, pero sobre todo a más imparcialidad, han por lo tanto convergido<sup>12</sup>.

En Estados Unidos como en Francia, estas instituciones han soportado permanentemente una tensión de la doctrina sobre su «insoluble constitucionalidad» y se consideran «objetos constitucionales mal identificados». La realidad es que se han desarrollado de manera pragmática, sin teorizar verdaderamente su estatus. Su carácter «híbrido» ha mortificado a los constitucionalistas americanos; algunos los consideran «anomalías jurídicas»,

<sup>10</sup> Ley orgánica N.º 2017-54 relativa a las autoridades administrativas independientes y las autoridades públicas independientes y la Ley N.º 2017-55 relativa al estatus de estas autoridades.

<sup>11</sup> TRUCHET: ob. cit., p. 405.

<sup>12</sup> ROSANVALLON: ob. cit., p. 132.

pero «reconocen que ellas están ahora, de hecho, perfectamente integradas a la cultura política nacional»<sup>13</sup>. En Francia, además, se ha podido constatar que el Gobierno las ha promovido «para descargarse de una responsabilidad, para no tener que someterse a exigencias o exponerse a tomar ciertas decisiones impopulares»<sup>14</sup>.

Si las autoridades administrativas independientes no son instancias electas y tienen una legitimidad derivada, resulta que responden cabalmente a una demanda social de imparcialidad, por lo que su legitimidad proviene de su acción y de la «democracia en ejercicio», por los que se les reconoce un carácter intrínsecamente democrático. Su vinculación con los ciudadanos establece una relación de eficacia muy apreciada por la sociedad, por lo que se habla de «legitimidad de la eficacia» constatada por el ciudadano-usuario, lo que significa, para ROSANVALLON, autor que hemos venido comentando, una «representación por la imparcialidad». Es decir, un poder representativo sin proceder de una elección. Una «representación-delegación». La elección es el procedimiento para escoger un mandatario, pero las autoridades independientes no pueden ser vistas en esta perspectiva, pues ellas tienen otra manera de representar a la sociedad: «la representación de atención y presencia en la sociedad». En efecto, ellas son «representativas» al ser constituidas de un modo pluralista y que por sus «procedimientos» prácticamente están en movimiento de apertura y escucha y son receptoras de las aspiraciones y solicitudes de la sociedad:

La representación es, en este caso, atención a los problemas de la sociedad, a sus conflictos y a sus divisiones; ella tiene la preocupación de la diversidad y de todos aquellos que la componen, solicitud particular, también, por aquellos de sus miembros que tienden a ser los menos atendidos. Ser representativos significa aquí estar a la escucha de ciertas necesidades bien específicas de la sociedad y, al mismo tiempo, otorgarle todo su lugar en derecho y en dignidad a los más invisibles de sus miembros. Es la «accesibilidad» de una instancia lo que constituye en el caso, el equivalente

<sup>13</sup> *Ibíd.*, p. 133. Quien afirma que «la imparcialidad no forma parte de la cultura política francesa» (p. 134).

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 136.

de lo que es la proximidad en el marco de la representación electoral. Se trata ciertamente de una dimensión «modesta» de la representación. Si ella no tiene la visibilidad ni la fuerza de los mecanismos que permiten la expresión política global de la sociedad, ella contribuye no obstante a darle una voz y un lugar a aquellos que tienden a ser olvidados o descuidados. Ella instaure también una permanente atención a la sociedad en sectores particulares, mientras que las elecciones son intermitentes<sup>15</sup>.

El principio de la imparcialidad tiene el interés de tomar en cuenta la totalidad de elementos de un problema y no ignorar ninguna situación, «adoptar todos los puntos de vista posibles» –decía KANT–, por lo que tiene una dimensión representativa y de acceso a la generalidad de lo social. Se trata de una representación en el alcance que le da forma y sentido a una expresión de la totalidad social. Son «órganos de la nación», como decía el gran jurista francés Carré DE MALBERG. «Representación-órgano». Estos pequeños comentarios sobre «la teoría del órgano» ayudan a la reflexión y conceptualización sobre las autoridades independientes, como un proceso de hacer «imparcial» los poderes en relación con la sociedad. Estamos con las autoridades administrativas independientes ante un nuevo orden representativo de la sociedad en la democracia contemporánea, al lado del orden democrático *strictu sensu* sacralizado de la elección.

Los efectos del carácter colegial de las autoridades independientes, las modalidades de la toma de decisiones, su carácter deliberativo-pluralista, hacen que la legitimidad de las autoridades independientes derive de los procedimientos de toma de decisiones y de las condiciones de una deliberación racional. Así, el carácter colegial permite la expresión de una «inteligencia colectiva». Normalmente se reconoce que el carácter plural de una autoridad conduce a las mejores decisiones. Dos aspectos más hay que remarcar: uno, el carácter inamovible de sus miembros, y otro, la estricta limitación de la duración de sus funciones, lo que contribuye a organizar un sistema de independencia y autonomía en el ejercicio de sus funciones y a un modo de renovación fraccionado de sus miembros.

---

<sup>15</sup> *Ibid.*, p. 141.

Si la independencia es un estatus, la imparcialidad constituye una cualidad atribuida al comportamiento de las personas, entendido como la falta de propósito anticipado o de prevención en favor o en contra de alguien o algo, que permite juzgar y proceder con rectitud. Es necesario ser independiente para poder ser imparcial. La legitimidad por imparcialidad que se conquista permanentemente constituye una «legitimidad de ejercicio», que se forja a través de pruebas procedimentales, pruebas de eficacia y pruebas de control. En definitiva, la legitimidad de los reguladores reposa en su capacidad de manifestar su cualidad de imparcialidad:

Las democracias estrictamente electorales-representativas estaban dotadas de instituciones con un estatus fuerte y cualidades normalmente débiles. Ahora la situación es a la inversa: cada vez más la fuerza está en las cualidades y menos en el estatus (...) la institución independiente tiene una dimensión de infraestructura de la vida social. Su independencia está por lo tanto fundada sobre la determinación de un campo de la vida en común que se estima debe ser separada de la esfera político-partisana<sup>16</sup>.

### 3. El concepto de autoridad administrativa

El Derecho Administrativo se entiende como aquel que «regula el funcionamiento del Estado y de las otras personas morales de Derecho público»<sup>17</sup>. La Administración es una noción con la cual se designa orgánica y formalmente la institución que ejerce, precisamente, una actividad administrativa. Normalmente en Derecho Administrativo siempre hacemos un doble trabajo de calificación jurídica: el análisis orgánico (o formal), que descansa sobre la persona, el órgano o el procedimiento, y un análisis funcional (material), que examina el contenido de la actividad que realiza el órgano. Lo que la Administración es (análisis orgánico) y lo que ella hace (análisis material).

Podemos ver la Administración a través de la noción de la personalidad moral como un sujeto de derecho titular de derechos y obligaciones, que

<sup>16</sup> *Ibíd.*, pp. 155 y 182.

<sup>17</sup> TRUCHET, Didier: *Le droit public*. PUF. París, 2014, p. 97.

puede dictar actos jurídicos unilaterales o realizar contratos y convenciones. Se trata de un análisis orgánico que se refiere a la naturaleza jurídica de la persona. Aquí, en este trabajo, nos enfocamos necesariamente en el análisis orgánico de la función de «regulación económica» que realizan las administraciones independientes<sup>18</sup>, pero, en Derecho Administrativo, también, se puede ver a la Administración a través de la noción de autoridad. Como señala la doctrina, no podemos confundir autoridad administrativa y personas morales:

... una autoridad administrativa es un órgano o un agente que tiene el poder de dictar actos administrativos unilaterales en nombre de la persona moral a la que pertenece (...) aislar las autoridades administrativas en el seno del aparato administrativo permite identificar los órganos o agentes competentes para ejercer formalmente el poder administrativo y, sobre todo, el de dictar disposiciones obligatorias para sus destinatarios y de ser susceptibles de ser sometidas al juez. Lo que es importante para la organización de las competencias en seno de la Administración, para el buen ejercicio del poder jerárquico, para la visibilidad (y por lo tanto la lealtad) de la acción administrativa a los ojos de los administrados, así como para ofrecer puntos de anclaje sólido al control jurisdiccional de la Administración<sup>19</sup>.

Cuando un órgano está investido de una capacidad de decisión es una autoridad administrativa. Están excluidos de esta categoría, por lo tanto, los órganos sin poder de decisión, como la Administración consultativa.

Las autoridades administrativas independientes son aquellas dotadas de un poder de decisión con un estatus de independencia dentro de la Administración o del Estado, forman parte de la reserva legal, pero, también, ciertos órganos pueden tener su anclaje institucional en la Constitución. Son administrativas porque al no depender del Poder Legislativo ni del Poder

---

<sup>18</sup> Hemos dedicado otro trabajo a «La actividad administrativa de regulación económica», en una colaboración a la obra homenaje al profesor José Luis VILLEGAS MORENO (en prensa).

<sup>19</sup> TRUCHET: ob. cit. (*Droit administratif*), p. 87.

Judicial, están vinculadas y forman parte de la Administración del Estado y el legislador les puede otorgar la personalidad jurídica.

Pero lo que realmente las caracteriza es su situación jurídica de «imparcialidad» y de «independencia», como hemos dicho, en relación con el Gobierno. Los dos terrenos predilectos donde se han desarrollado en Francia, pero no exclusivos, son los relacionados con la regulación económica (donde se les llama comúnmente «autoridades de regulación») y el de las libertades públicas, sectores muy sensibles para la democracia. No reciben ni solicitan ningún tipo de instrucción de ninguna autoridad, situándose fuera del poder jerárquico de la Administración del Estado y no están sometidas al control administrativo que se ejerce normalmente dentro de la Administración.

Como toda autoridad administrativa, están sometidas al principio de la legalidad, por lo que no son independientes del Derecho. Tampoco del legislador que las crea o las suprime. Ni son independientes del juez que puede conocer sus actos. Como hemos dicho reiteradamente, su principal característica es que «ellas son independientes del Gobierno, que no tiene ningún poder jerárquico sobre ellas: el Gobierno no puede darle órdenes o instrucciones, ni controlar sus actos; si lo intenta, ellas tienen el deber de no tomarlo en cuenta (la independencia es una obligación, así como una protección). Esta independencia funcional está respaldada por las garantías personales de las que se benefician sus miembros»<sup>20</sup>:

Ellas esbozan una cuarta función del Estado, próxima pero distinta de la función ejecutiva tradicional y orientada hacia la regulación de los mercados y hacia la protección de los ciudadanos. Ellas tienen por objeto en común, de una parte, sustraer los sectores sensibles de la Administración a los vaivenes y circunstancias aleatorias de la acción política de los poderes públicos, de otra parte, asociar a los agentes de la Administración los representantes de los intereses respectivos y relacionados y personalidades calificadas. Ahí reside su principal utilidad y eficacia<sup>21</sup>.

<sup>20</sup> *Ibíd.*, p. 87.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 96.

La doctrina señala que se hizo evidente que «las técnicas tradicionales de la Administración del Estado no permitían resolver ciertas cuestiones. Diversas funciones deben ser asumidas por organismos independientes del poder político-administrativo, con el fin de garantizar una más grande imparcialidad de la acción pública, darles una capacidad de reacción más rápida y asociar profesionales y personalidades provenientes de la sociedad civil»<sup>22</sup>. La importancia y trascendencia de las nociones de independencia e imparcialidad llevó en Francia a un pronunciamiento importante de la jurisprudencia constitucional, para precisar su estatus y sus poderes<sup>23</sup>.

En Francia las autoridades administrativas independientes tienen un estatus complejo en relación con los principios fundadores de la organización administrativa. Los tres términos que las definen plantean cuestiones delicadas. Son autoridades, como hemos dicho, con capacidad de decisión y disponen de potestades reglamentarias, toman decisiones individuales y tienen un gran poder de influencia por las recomendaciones y opiniones que de ellas emanan. Son administrativas, ya lo hemos dicho, vinculadas y formando parte de la estructura orgánica de la Administración y, sobre todo, independientes, ubicándose fuera del poder jerárquico de la Administración del Estado; esta independencia y la imparcialidad que ella permite son la característica fundamental que las identifica. Lo que en términos políticos significa que se desconectan de la legitimidad democrática-electoral y expresan una nueva «legitimidad democrática de la imparcialidad». Pero, dada la excepcionalidad y especificidad del Derecho público francés y la larga intervención del Poder Público en la vida social y particularmente en la vida económica, la doctrina señala que la jurisprudencia ha, de cierta manera, «banalizado» el estatus de las autoridades administrativas independientes. «Ubicándolas claramente entre las “administraciones del Estado” y bajo el control del Poder Ejecutivo. Se ha rechazado así –por la jurisprudencia– la construcción doctrinal que considera que estas autoridades no estaban vinculadas ni al Poder Legislativo ni al Poder Ejecutivo, pero, actuando en

<sup>22</sup> PETIT, Jacques y FRIER, Pierre-Laurent: *Droit Administratif*. LGDJ. París, 2019, p. 164.

<sup>23</sup> Consejo Constitucional, decisión N.º 2016-616-617. QPC del 09-03-17 (cons. 6).

nombre del Estado»<sup>24</sup>. De alguna manera lo que se ha buscado es sobre todo imparcialidad más que independencia. Asegurar la imparcialidad para poder hacer arbitrajes delicados y sancionar el no respeto de la reglamentación en sectores claves y sensibles como el económico, sometidos a presiones de todo tipo. Con un esfuerzo de concretar la independencia en el estatus de los miembros, como la inamovilidad, y haciéndolos escapar del principio jerárquico al impedir al Poder Ejecutivo darles órdenes o instrucciones. Para el Consejo Constitucional francés la «independencia» significa, sobre todo, «imparcialidad» y «autonomía».

Estas autoridades:

... deben, sin embargo, distinguirse de los órganos de impulsión y de gestión del Estado, en la medida que la regulación es a la vez más larga y más restringida que la actividad de la Administración clásica. Así, con relación a la Administración «tradicional» y sobre todo por oposición a los órganos de impulsión y gestión, la regulación –actividad que le es propia– es más restringida, pues ella tiene un perímetro de acción muy especializado, generalmente limitado a un sector de actividad económica homogénea: comunicaciones electrónicas, energía, transportes, etc. La regulación es caracterizada muchas veces de «técnica» y la autoridad de regulación está encargada de una misión de adaptación y de innovación permanente demasiado fina y en movimiento para el legislador parlamentario o el ejecutivo gubernamental. En cambio, las competencias reconocidas a las autoridades de regulación son más largas que las reconocidas a las autoridades administrativas clásicas. Ellas tienen en efecto por misión regir enteramente el sector sometido a su control (...) ellas disponen también, a fin de poder cumplir con sus misiones, de un poder de tomar decisiones individuales y de un poder represivo. Este cúmulo de diferentes poderes, que es uno de los elementos de la definición de regulación, sobrepasa largamente la sola reglamentación. La regulación de un sector se hace a la vez mediante medidas tomadas *ex-ante* y por medidas tomadas *ex-post*, lo que significa que el rol ejercido por las

<sup>24</sup> FAVOREU, Louis *et al.*: *Droit constitutionnel*. Dalloz. París, 2021, p. 680.



autoridades de regulación, además de ser preventivo, puede ser también curativo mediante el recurso de mecanismos correctivos. La singularidad del rol jugado por las autoridades de regulación se siente, igualmente, cuando ellas ejercen un poder de resolución de diferendos entre varios operadores de un mismo sector competitivo; ellas aparecen como verdaderos árbitros al servicio de la estabilidad del mercado y del equilibrio de la competencia (...) las autoridades de regulación disponen hoy de una plenitud de prerrogativas que le permiten reglamentar, decidir, controlar, ordenar y sancionar<sup>25</sup>.

El régimen jurídico de las autoridades administrativas independientes obedece a las soluciones constitucionales en cada país; en Francia, por ejemplo, su poder reglamentario debe ser compatible con el que la Constitución establece para los órganos del Poder Ejecutivo<sup>26</sup>. Se les reconoce un poder represivo y sancionatorio, pero que debe estar rodeado de garantías procedimentales, así como, por ejemplo, excluir toda sanción de privación de libertad y la aplicación del conjunto de principios constitucionales relativos a las sanciones penales.

#### 4. La regulación económica

Las «autoridades de regulación económica» están encargadas de establecer, decidir y controlar la aplicación del régimen jurídico de la libre competencia a todas las actividades económicas, tanto públicas como privadas, que permita el funcionamiento del mercado. Anteriormente, en plena efervescencia del llamado Estado bienestar, la Administración económica cumplía principalmente con la misión de intervenir decisivamente en la economía y asegurar el funcionamiento de un Estado prestacional. Europa occidental tuvo que reconocer a la economía de mercado como modelo de desarrollo

<sup>25</sup> BRACONNIER, Stéphane: *Droit public de l'économie*. PUF. París, 2017, p. 112.

<sup>26</sup> «En los Estados Unidos las agencias federales están vinculadas a la autoridad ejecutiva, lo que les hace perder, en consecuencia, autonomía institucional; en cambio, ellas están vinculadas, por esta razón, a una autoridad políticamente legítima, mientras que en Francia el déficit de legitimidad de las autoridades de regulación es regularmente señalado», *ibíd.*, p. 114.

después de la Segunda Guerra Mundial. Reconocimiento impuesto por los vencedores de la guerra para poder acceder y recibir los beneficios de la asistencia económica prevista en el «plan Marshall» y, hoy, la economía de mercado ya está política y socialmente aceptada, establecida y consolidada en el continente europeo.

Como el mercado ha sustituido al modelo de intervención económica del Estado, ha sido necesaria la creación de un nuevo tipo de Administración: las autoridades de regulación económica. La Administración económica tradicional resultó inadecuada e ineficiente a estos nuevos fines y cometidos económicos del Estado contemporáneo, diseñada y acostumbrada como estaba a servir al intervencionismo económico Estatal:

Las reglas de la competencia modifican el Derecho Administrativo: ellas se aplican a las personas públicas cuando ellas se procuran bienes y servicios en el mercado –lo que hoy en día se llama los «pedidos y compras públicas»–, cuando ellas ofrecen –como «operadores»– y también cuando ellas reglamentan el mercado –como «reguladores»–. Además, el principio de separación de operadores y reguladores –venido de la Unión Europea– impone una redistribución de competencias en el seno de la Administración en beneficio sobre todo de las autoridades de regulación independientes del Gobierno<sup>27</sup>.

El régimen jurídico de la libre competencia era aplicado en Europa solamente en el ámbito de las actividades económicas de los particulares y como expresión de la libertad de comercio e industria, pero ha sido extendido y abarca prácticamente todas las actividades económicas de los operadores del sector público. Un nuevo tipo de autoridad ha surgido: las autoridades administrativas independientes, una nueva actividad administrativa ha aparecido: la actividad de regulación económica, y un nuevo Derecho resulta aplicable: el Derecho de la libre competencia, que ahora se denomina comúnmente «Derecho de la regulación económica» o «Derecho regulatorio».

---

<sup>27</sup> TRUCHET: ob. cit. (*Le droit public*), p. 97.

#### 4.1. Las autoridades reguladoras

En muchos países europeos se puede distinguir entre una autoridad general de regulación de la competencia, encargada de mantener la sumisión de toda la actividad económica, incluida la del Estado, a las leyes de las competencias, y las autoridades especiales de regulación sectorial, encargadas de establecer y mantener la libre competencia en aquellos sectores económicos que antes estaban reservados al Estado o sometidos a un monopolio público o con situaciones y características particulares de intervención pública. Como señala la doctrina:

... es importante mencionar que el Estado a través del legislador ejerce la libertad de configuración jurídica, siempre con estricto apego al marco constitucional, por lo que puede optar por establecer un regulador único para todo el sector energético; pero también podría considerar la configuración de varios entes reguladores en atención a los distintos mercados que integran este sector, como lo son aquellos apalancados en las fuentes de energías convencionales de origen fósil (hidrocarburos e hidrocarburos gaseosos), en las fuentes de energías renovables consideradas verdes (eólica, solar, hidráulica, mareomotriz, geotérmica, biomasa) o en la energía nuclear. Es por ello que, sin perjuicio de la elección del legislador, se hace referencia a los entes reguladores en plural, entendiendo que la multiplicidad de reguladores deberá actuar de manera armónica y que una vez que los mercados se conformen e integren adecuadamente, se puede promover una reforma en la búsqueda de desarrollar una regulación más eficaz, que unifique a los distintos reguladores en uno, que deberán actuar sobre todos los mercados<sup>28</sup>.

Como ha ocurrido en España con la creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), «que atribuye a la nueva Administración independiente las competencias de regulación de seis sectores diferentes: telecomunicaciones, audiovisual, energía, servicios postales, transporte ferroviario y transporte aéreo. Más allá, se atribuyó a la CNMC

<sup>28</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: «Los entes reguladores del sector energético». En: *Revista de Derecho Administrativo*. N.º 99. Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2015.

la función de aplicación de las normas de defensa de la competencia, sustituyendo así a la Comisión Nacional de la Competencia (CNC). La creación de la CNMC confirmó el modelo de intervención indirecta en la actividad económica y en particular la actividad administrativa de regulación por una Administración independiente. Una primera novedad fue la concentración en una única Administración independiente de la actividad de regulación en seis industrias en red diferentes (...) y unificar en una Administración independiente las funciones de regulación sectorial y de defensa de la competencia»<sup>29</sup>.

En Francia, la autoridad nacional de la competencia se denomina «Autoridad de la Competencia»<sup>30</sup> y en España se denomina Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia<sup>31</sup>. Estas autoridades tienen una historia institucional propia y particular referida a las circunstancias nacionales, y cada país establece sus reglas de composición, integración, organización y atribuciones. Las autoridades especiales de regulación económica disponen de competencias para tratar temas sectoriales que de alguna manera se mezclan y combinan con las competencias de la Autoridad general de regulación; cada sistema jurídico nacional establece a su manera la coordinación, colaboración y relación entre las diferentes autoridades. Esta categoría de autoridad administrativa independiente es la que llama la atención de la doctrina y en las cuales se concreta el concepto de autoridades reguladoras.

#### 4.2. *La especialización regulatoria*

La especialización regulatoria ha surgido de los procesos de transformación de los regímenes jurídicos de aquellos sectores económicos intervenidos por el Estado y que luego se han ido abriendo a la competencia. Ha sido la Unión Europea la que les ha dado un gran impulso, cuando, a partir de mediados de los años 1980, comenzó con las políticas de liberalización económica, que

<sup>29</sup> MONTERO PASCUAL, Juan José: «Regulación económica. La actividad administrativa de regulación de los mercados». Tirant lo Blanch. Valencia, 2020, p. 61.

<sup>30</sup> MAINGUY, Daniel; DEPINCÉ, Malo y CAYOT, Mathilde: *Droit de la Concurrence*. LexisNexis. París, 2019, p. 63.

<sup>31</sup> MONTERO PASCUAL: ob. cit., p. 61.

tuvieron un gran impacto en el régimen de aquellos servicios públicos que se vieron obligados a someterse a la competencia. Las autoridades europeas impulsaron la competencia en las industrias en red, comenzando por las telecomunicaciones, como ocurrió en Venezuela<sup>32</sup>. Como dice la doctrina:

En los sectores liberalizados, al darse paso a la libertad de empresa, la iniciativa privada y producirse la competencia entre operadores, en principio, debe ser el mercado, el que regule la actividad económica, lo que haría innecesaria y por ende inútil la regulación por los órganos del Estado. Si bien ello es lo ideal en los casos de un mercado que funciona en condiciones de competencia efectiva, no sucede así en los casos donde no se produce tal efectiva competencia, en cuya situación, la ausencia de una regulación adecuada, puede conducir a que unos pocos operadores, contraríen las reglas de la competencia o a que se sustituyan los antiguos monopolios estatales, por los nuevos oligopolios privados. Es justamente esta situación la que justifica una regulación que estimule o fomente la libre competencia, indicando las reglas para entrar, competir, invertir y salir del mercado, todo ello, sin descuidar la satisfacción del interés general. Por tanto, la regulación es necesaria en las actividades, antiguamente calificadas como monopolios naturales –aunque no todas lo eran–, con la finalidad de garantizar que en los sectores liberalizados se produzca una auténtica competencia, pues de no establecerse la regulación, se podría frustrar el objeto de la liberalización, es decir, que los operadores entrantes tuviesen acceso a las redes, a las infraestructuras, así como al uso y explotación eficientes de los recursos escasos, que son necesarios para el funcionamiento del mercado y por otro lado, se quedarían los consumidores de los bienes y los usuarios de los servicios, sin garantías de obtener la adquisición o la prestación de estos en condiciones de continuidad, regularidad, uniformidad, igualdad de trato, adaptación a los

<sup>32</sup> ARAUJO-JUÁREZ, José: *Derecho de las telecomunicaciones*. FUNEDA. Caracas, 1997; «El nuevo modelo de regulación de las telecomunicaciones en Venezuela». En: *Revista Derecho y Tecnología*. N.º 4. UCAT. San Cristóbal, 2004; *Derecho de las redes y servicios de telecomunicaciones*. Ediciones Paredes. J. ARAUJO-JUÁREZ, coord. Caracas, 2005.

avances tecnológicos y a sus nuevas necesidades, conforme a condiciones de calidad específica y dentro de unos precios asequibles<sup>33</sup>.

La actividad de regulación económica es considerada normalmente por la doctrina europea como una intervención pública, pues el ambiente institucional en que ellas se desarrollan es muy diferente al norteamericano donde surgió. La Administración asume la actividad de regulación para hacer funcionar el mercado en un determinado sector económico a través del régimen jurídico de la libre competencia, lo que es su primera tarea y, luego, se encarga de asegurar el cumplimiento de la «obligación de competir» que tienen los operadores dentro del mercado. La función de vigilar el cumplimiento de la competición libre dentro del mercado acerca la función administrativa de regulación a la clásica de control, pero, con una visión diferente, porque también se vigila el funcionamiento y comportamiento del mercado al tiempo que se controlan las conductas anticompetitivas que lo perturban.

La doctrina recuerda que «la primera Administración independiente reguladora de una industria en red en España fue la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), creada por el Real Decreto-Ley 6/1996»<sup>34</sup>. Sucesivamente fueron creadas otras autoridades de regulación económica en la medida que el proceso de liberación de los sectores avanzaba y se iba extendiendo la economía de mercado haciendo necesario asegurar el régimen jurídico de libre competencia en cada uno de ellos. Este proceso se ha ido consolidando a partir de la «Ley de economía sostenible» de 2011 que consolida el modelo institucional de las Administraciones reguladoras y estableció un régimen general o modelo para las autoridades reguladoras de organización, designación de sus órganos directivos, garantías de independencia, personal y transparencia. Posteriormente, en el 2013, se dicta una Ley que crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que concentró y centralizó institucionalmente la actividad reguladora de todas las industrias en red diferentes (telecomunicaciones, audiovisual, energía, servicios postales, transporte ferroviario y transporte marítimo), además, le

<sup>33</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE: ob. cit., *passim*.

<sup>34</sup> MONTERO PASCUAL: ob. cit., p. 59.

atribuye la función de aplicación del régimen general de defensa de la competencia y absorbió al respectivo órgano regulador, la Comisión Nacional de la Competencia. Es decir, unificó en una única Administración independiente las regulaciones sectoriales y la de defensa de la competencia.

### 4.3. *Funciones básicas*

Las autoridades de regulación económica tienen dos funciones básicas: la primera, ajustar y conformar su comportamiento regulatorio con referencia al mercado y atender a las reglas económicas de su funcionamiento. La segunda, aplicar las reglas jurídicas de la libre competencia para ajustar y acomodar el comportamiento de los operadores, determinando la conformidad o incumplimiento en cada caso, a fin de garantizar el libre funcionamiento del mercado. Por una parte, ella está obligada a conocer e interpretar el funcionamiento del mercado desde un punto de vista técnico, de manera experta y científica, para luego, en virtud de las potestades y mecanismos que le otorga la ley, hacer respetar por los operadores el funcionamiento eficiente del mercado.

El órgano regulador tiene un deber jurídico atribuido por la Constitución o la ley, inexcusable e indelegable, de garantizar el funcionamiento regular del libre mercado para que se constituya en el marco adecuado al ejercicio de las libertades económicas. Con este fin, el órgano regulador debe conocer e interpretar técnicamente de manera correcta al mercado y darle seguimiento a su comportamiento y evolución. Debe hacer permanentemente un análisis económico del mercado. La realidad del mercado constituye un referente jurídico obligatorio para el ejercicio de la actividad regulatoria, y su conocimiento científico constituye una condición de la acción reguladora y para el ejercicio de la «determinación» y control de la «obligación de competir», que tienen los operadores dentro del mercado. La autoridad reguladora debe tener un conocimiento técnico del mercado para poder ejercer sus funciones de adecuación y adaptación al mercado de la actividad competitiva de los operadores que en él se desarrolla. La doctrina señala que:

... la regulación de la competencia abre un campo más extenso para la aplicación de la teoría económica que la regulación política. En efecto,

si el objetivo es la obtención de un funcionamiento adecuado de los mercados, el debate entre las distintas opciones de regulación se debe plantear en términos económicos. Las alternativas que confronta un regulador se han de estudiar científicamente a fin de obrar adecuadamente en pos del objetivo planteado. Y es la teoría económica la ciencia que trata de explicar los distintos fenómenos de que es objeto la regulación de la competencia (...) las decisiones regulatorias han de tener una base científica proporcionada por la teoría económica. Sin dicha base constituirían únicamente límites sobre el uso de los medios de producción, que pueden responder a un objetivo político ajeno a la teoría económica, pero que no darán lugar a un mejor funcionamiento de los mercados o incluso podrían obstaculizar su operativa. De ahí la gran importancia que tiene un análisis riguroso de la teoría económica en que se soportan estas decisiones. En la actualidad, la corriente principal (el *mainstream*) de esta ciencia la constituye la Escuela Neoclásica de Economía y consecuentemente es con base en la comprensión de la realidad económica que aporta esta Escuela que se toman las decisiones de regulación para la competencia<sup>35</sup>.

Los operadores, por su parte, en ejercicio de sus libertades económicas constitucionales, tienen el derecho de exigir al Estado que garantice el funcionamiento eficiente del mercado y deben cumplir con las obligaciones establecidas en la normativa jurídica y determinadas directamente por la ley o eventualmente por el órgano regulador, para participar libre y competitivamente en el mercado.

La noción de libre competencia es clave, su interés mayor en:

... relación a las otras libertades económicas es sin duda su carácter transversal. La libre competencia no tiene el mismo alcance que la libertad de emprender o que la libertad de comercio e industria. La libertad de comercio e industria es una libertad que concierne en primer lugar a los operadores privados, en tanto que la libre competencia protege a la vez

---

<sup>35</sup> HERRERA GONZÁLEZ, Fernando: *Mitos sobre la regulación para la competencia*. IEE. Madrid, 2012.



a los operadores y al mercado. De manera general, la libre competencia cubre todos los aspectos de la vida económica. Ella sin embargo tiene un efecto principalmente horizontal, en la medida que ella protege a los operadores entre ellos, en relación con el referente abstracto que es el mercado. En cuanto a la libertad de comercio y de industria y la libertad de emprender, ellas tienen no solamente un efecto horizontal (protección de los operadores económicos entre ellos), pero igualmente un efecto vertical, porque ellas protegen a los operadores económicos contra las incursiones de los poderes públicos<sup>36</sup>.

#### 4.4. Acceso a las redes

Una serie de sectores regulados tienen como:

... elemento en común que se conforman a partir de una red. Son los sectores o industrias en red. En los casos más evidentes existe una infraestructura soporte por la que circulan viajeros o mercancías. Es el caso del transporte por carretera o ferroviario, así como las telecomunicaciones, el sector eléctrico y el gasístico. En otros casos la infraestructura se limita a los nodos de la red, lo que no reduce su relevancia. Es el caso de los aeropuertos y puertos. Incluso los servicios postales se estructuran en red, constituyendo los nodos las centrales de clasificación. Todos estos sectores son de gran relevancia por su propia dimensión, pero también en cuanto son sectores básicos para el desarrollo de otras actividades económicas (transportes) e incluso para la participación social y democrática (telecomunicaciones, la televisión, los servicios postales)<sup>37</sup>.

Las industrias en red requieren de grandes recursos financieros para la construcción de las infraestructuras. En España, «llevan décadas inmersas en un proceso de liberalización, que puede ser definida como el proceso de sustitución del protagonismo público en la gestión de un sector por el protagonismo del sector privado y en concreto de los mecanismos de la competencia en el mercado. Todos estos sectores fueron considerados servicio público. Esta

<sup>36</sup> BRACONNIER: ob. cit., p. 39.

<sup>37</sup> MONTERO PASCUAL: ob. cit., p. 171.

calificación se ha ido eliminando, lo que ha tenido como consecuencia la apertura de estos a la competencia»<sup>38</sup>.

En los últimos 30 años, como consecuencia de la eliminación de los monopolios legales asociados a servicios como el transporte, las comunicaciones o la energía, ha cobrado especial importancia la que llamaremos regulación sectorial para la competencia. En todos estos casos la preexistencia de un monopolio legal situó a determinadas empresas con unas ventajas aparentemente decisivas a la hora de competir en el mercado abierto a la competencia. Por ello se tomaron decisiones reguladoras tendentes a compensar esta situación ventajosa inicial y así evitar distorsiones indeseadas en el funcionamiento de los mercados recién liberalizados. La regulación sectorial actúa *a priori* mediante remedios estructurales que pretenden prevenir daños irreparables al mercado. Son remedios estructurales, por ejemplo, la separación vertical del antiguo monopolista o los controles de precios minoristas para evitar la exclusión de posibles competidores<sup>39</sup>.

En el sector ferroviario español –por ejemplo–, que además de exigir enormes inversiones de infraestructura, se ha encontrado que existe posibilidad de competencia en la prestación de servicios ferroviarios tanto para el transporte de viajeros como de mercancías, permitiendo la entrada de nuevos operadores. «La clave del proceso de liberalización está en la separación entre la gestión de la red por un operador y la prestación de servicio por las empresas ferroviarias»<sup>40</sup>, quienes tienen que contratar con el operador la utilización de la red ferroviaria.

Aquí se plantea el tema regulatorio de la fijación de las obligaciones de acceso a las redes no solo de ferrocarriles, sino de otras redes como la portuaria o la red de carreteras, en el sector eléctrico y del gas. En estas últimas, por ejemplo, es posible abrir el acceso a la red en el segmento troncal o de transporte.

<sup>38</sup> *Ibíd.*, p. 172.

<sup>39</sup> HERRERA GONZÁLEZ: *ob. cit.*, *passim*.

<sup>40</sup> MONTERO PASCUAL: *ob. cit.*, p. 174.

En otras industrias en red es posible abrir el acceso a la competencia, como en el importante sector de las telecomunicaciones<sup>41</sup>.

En España, «la definición de las condiciones de la obligación de proporcionar acceso a la red puede realizarse mediante procedimientos diversos, desde la fijación de normas de rango legal y reglamentario hasta la resolución de conflictos entre operadores por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC)»<sup>42</sup>. La CNMC determina las obligaciones de acceso a las redes reguladas mediante procedimientos diferentes: estableciendo las condiciones de acceso en normas reglamentarias; determinado la obligación de acceso directamente al operador de la red con las condiciones técnicas y necesarias; y puede hacer la determinación del acceso a la red en el marco de la resolución de un «conflicto de acceso entre operadores». El sujeto pasivo de la obligación de acceso es el gestor de la red que debe proporcionar el acceso y el sujeto activo los operadores que desean el acceso. La autoridad reguladora define los «mercados relevantes» en los que se imponen estas obligaciones de acceso. Normalmente el acceso a la red debe respetar los principios de no discriminación, de transparencia y de proporcionalidad, particularmente en materia de costos asociados al acceso, materia sumamente importante, pero que no podemos tratar aquí; solo digamos que a corto plazo la mayor parte de los costos de red son fijos, ya que la capacidad de la red es independiente del tráfico gestionado.

#### 4.5. *Derecho de la regulación económica*

La instalación de una economía de mercado significa el surgimiento de un nuevo régimen jurídico, el «Derecho de la regulación económica». A la «autoridad de regulación económica», como institución democrática de la imparcialidad, se le confía su aplicación. Un aspecto material de este nuevo Derecho lo constituye el «Derecho de la libre competencia», que se le integra

<sup>41</sup> ARAUJO-JUÁREZ: ob. cit. (*Derecho de las telecomunicaciones*), *passim*; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R.: *Telecomunicaciones. Regulación y competencia*. Editorial Jurídica Venezolana-FUNEDA. Caracas, 2009; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor R. y ORJUELA CÓRDOBA, Sandra Patricia: *Energía eléctrica. Regulación de fuentes convencionales, renovables y sostenibles*. Universidad Monteávila. Caracas, 2016.

<sup>42</sup> MONTERO PASCUAL: ob. cit., p. 179.

completamente y se sitúa y toma posición definitiva como el régimen jurídico que permite el funcionamiento de una economía de mercado «racionalizada» por las reglas jurídicas. En el entendido de que las empresas en ejercicio de la libertad de industria y comercio deben «competir» dentro del mercado y producir el mejor producto y precio. Por lo que la «libre competencia» es benéfica para la economía en general, y el mercado tiene necesidad de ser protegido contra los comportamientos nocivos de los operadores.

El «Derecho de la libre competencia» busca asegurar el buen funcionamiento del mercado en el sentido de que los precios sean fijados por el juego de la libre competencia y que la entrada y salida del mercado sea libre. Dos grandes áreas tradicionalmente lo conforman: la primera, la «protección de los competidores», contra las prácticas desleales, ya sean comerciales, como, por ejemplo, las cláusulas abusivas y desproporcionadas, ruptura brutal de relaciones comerciales, obligaciones de no competir, etc., o las prácticas típicas de la competencia desleal, como, por ejemplo, la imitación, el parasitismo económico, la desorganización, las prácticas denigrativas, etc. La otra área tradicional del Derecho de la competencia es la «protección del mercado contra prácticas anticompetitivas», como, por ejemplo, la entente, el abuso de posición dominante, abuso de dependencia, etc.

El otro elemento material del nuevo «Derecho de la regulación económica» lo constituye la «obligación de competir» en el mercado que tienen los operadores. «La teoría de la obligación de competir» es la categoría jurídica alrededor de la cual se está avanzando en la construcción de un régimen jurídico cada vez más coherente, sistemático y diferenciado. Constituyendo la noción central de la «regulación» que la hace accesible, comprensible y le proporciona sentido. La «teoría de la obligación de competir», permite y facilita un uso técnico-jurídico más restringido de la noción de «regulación», siendo la categoría jurídica que asume la centralidad en la estructura y el régimen jurídico de la libre competencia. Es el elemento vertebrador de la regulación económica dentro del amplio campo de la libre competencia, dándole consistencia y estructura interna al Derecho regulatorio además de facilitarle organización y cohesión.

Dentro de una economía de mercado el operador tiene la «obligación de competir» y el órgano competente, normalmente la autoridad reguladora, tiene la potestad de determinar la «obligación de competir» conforme a la ley. Muchas veces las condiciones de la «obligación de competir» las establece directamente la ley, al crear límites al operador y obligaciones de no hacer, como, por ejemplo, en el caso de la prohibición de prácticas desleales establecidas para proteger individualmente a los competidores, o de las prácticas anticompetitivas establecidas para proteger el mercado. Otras veces, como vimos, se establece una «obligación de competir» que consiste en crear obligaciones de hacer, como la de permitir el acceso a las redes.

Normalmente se produce una «autodeterminación» espontánea de la «obligación de competir» por el operador, que se ajusta a la libre competencia mientras permanece en el mercado, respetando permanentemente los límites establecidos en la ley. Pero donde más evidente resulta el concepto de la «obligación de competir» es en los sectores regulados, por ejemplo, cuando después que el legislador ha establecido las normas de acceso en esos sectores y el regulador debe determinar, en cada caso, la «obligación de acceso» a cada operador que quiera entrar al mercado regulado. Esta «obligación de competir» muchas veces también se determina de una manera novedosa que caracteriza a la regulación, cuando adquiere la forma de *soft law* o «derecho flexible» que le reconoce la doctrina, siendo entonces una obligación de «derecho flexible», lo que es una situación inédita. El regulador dicta orientaciones o normas de «derecho flexible», que de la misma manera las asume el operador como obligaciones de «derecho flexible»<sup>43</sup>. La revisión por el regulador del comportamiento de un operador en el mercado y su posterior calificación jurídica lleva a establecer el cumplimiento o incumplimiento de las reglas de la competencia, lo que conduce a la noción asociada del «hecho competitivo», ya sea «conforme» con la regulación, o «anticompetitivo» en caso de incumplimiento de la regulación.

---

<sup>43</sup> La jurisprudencia del Consejo de Estado francés ha comenzado a valorar el *soft law* o «derecho flexible», desde esta perspectiva, considerándolo «cuasi-obligatorio». TRUCHET: ob. cit. (*Droit administratif*), p. 322.

El nuevo «Derecho a la regulación económica» está adquiriendo una fisonomía propia, poco a poco, al mismo ritmo que las autoridades de regulación económica encargadas de su aplicación. Al ser la libre competencia dentro de un mercado relevante un imperativo fundamental del orden económico, una ponderación jurídica de la «obligación de competir» es necesaria entre los actores activos y pasivos, entre órgano regulador y operadores y entre operadores. A la vez que hace la materia más accesible, comprensible, asimilable conceptualmente y mejor manejable institucionalmente, como ocurre por ejemplo con la «teoría de la obligación tributaria» en el Derecho Tributario. Un equilibrio justo y necesario se produce al definir la «obligación de competir» y por la apreciación real del mercado, ya que «el Derecho de la competencia está fundado sobre un análisis del mercado (...) el Derecho de la competencia es un derecho al servicio de una finalidad económica. En consecuencia, las autoridades de control dan a los conceptos un contenido económico, sin identificarlos a categorías jurídicas preexistentes»<sup>44</sup>.

## Conclusión: la centralidad del problema económico

El tema económico tiene una centralidad en el complejo problema político y social que vive Venezuela, y la instalación de una economía de mercado constituye una necesidad perentoria<sup>45</sup>. Es necesario un nuevo tipo de autoridad pública: las autoridades independientes de regulación económica, que ejerzan la nueva actividad administrativa de regulación económica y desarrolle el nuevo Derecho de la regulación económica.

El establecimiento de una economía de mercado competitiva siempre transita por un complejo proceso político, económico y social y que en lo jurídico

<sup>44</sup> MALAURIE-VIGNAL, Marie: *Droit de la concurrence interne et européen*. Sirey. París, 2020, p. 38.

<sup>45</sup> MEJÍA BETANCOURT, José Amando: «Derecho Administrativo y economía de mercado (Estado social de Derecho y principio de compatibilidad con la economía de mercado)». En: *Principios fundamentales del Derecho público. Desafíos actuales. Libro conmemorativo de la publicación de la Constitución de 1999*. Editorial Jurídica Venezolana Internacional. A. R. BREWER-CARIAS y J. ARAUJO-JUÁREZ, coords. Caracas, 2020, p. 505.

constituye un verdadero reto de realismo, lucidez y creatividad, en el aspecto orgánico que aquí hemos tratado. El encuadre de las autoridades independientes de regulación económica en el sistema jurídico debe hacerse, en mi opinión, de manera clara y directa, evitando la confusión y la doblez, la simulación y disimulo, muy propio del manejo de este tema por razones políticas. Pienso que se debe establecer en la futura Constitución que Venezuela es un «Estado democrático y social de Derecho, justicia y economía de mercado». Para que la realidad económica no se preste a confusiones y se defina de una vez por todas el modelo económico venezolano sin titubeos. En esto no debemos seguir el ejemplo de Europa, muy dada, quizás, por la influencia latina, a establecer jurídicamente dos cosas contradictorias a la vez o instaurar jurídicamente algo para complacer al discurso político, pero que en la realidad existe otra completamente distinta. La doctrina lo advierte:

... con el Tratado de Lisboa del 13-12-2007 que entró en vigor el 1-12-2009, dos textos fundamentales regulan ahora las instituciones europeas: el Tratado de la Unión Europea (TUE) y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), de una cierta manera, la importancia de la libre competencia no está afirmada con fuerza (...) el Tratado de la Unión Europea (TUE) no habla más de la libre competencia, sino de «comercio libre y equitativo», de «desarrollo durable» o de cohesión económica o de mercado interior (TUE, artículo 3). Y el TFUE no coloca más la exigencia de una competencia no falseada o de una competencia libre entre los objetivos de la Unión (...) El artículo 3 del TFUE precisa solamente que la Unión tiene competencia exclusiva para establecer las reglas de competencia necesarias al funcionamiento del mercado interior (...) Esta escritura es política, debido al rechazo de Francia de considerar la libre competencia o la protección del mercado como uno de los objetivos mayores de la Unión Europea. Podemos pensar que esta escritura no tiene implicaciones jurídicas porque las reglas «operacionales» siguen existiendo. ¿Simple juego de palabras? O, ¿abandono del modelo ordo-liberal creyente en las virtudes de la libre competencia?<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> MALAURIE-VIGNAL: ob. cit., p. 23.

En Venezuela no existe el Estado, la nación se encuentra a la deriva y en una «situación excepcional»<sup>47</sup> bajo la cobertura de los artículos 1, 5, 130, 333 y 350 de la Constitución. Lo que está por venir es la reconstrucción de un nuevo Estado, de hacerlo surgir en la realidad y que se constituya como un Estado de economía de mercado, dando un claro anclaje constitucional al nuevo modelo económico y al Derecho de la libre competencia.

Bélgica, 2021

\* \* \*

**Resumen:** El autor reflexiona sobre la necesidad de autoridades independientes de regulación económica una vez se instale una economía de mercado como modelo económico de desarrollo de la Venezuela del porvenir. En ese orden de ideas explica el origen norteamericano de las autoridades independientes, su carácter imparcial, el concepto de autoridad administrativa y la regulación económica como nueva actividad administrativa que desarrolle el nuevo Derecho de la regulación económica.

**Palabras clave:** Economía, mercado, autoridad independiente, regulación económica. Recibido: 30-01-21. Aprobado: 12-02-21.

---

<sup>47</sup> GARCÍA-PELAYO, Manuel: *Derecho Constitucional comparado*. Fundación Manuel García-Pelayo. Caracas, 2005, p. 162.