

El Estado Regulador

Héctor Turuhpial

Profesor de Derecho Administrativo en Pre y postgrado de la UCAB

Resumen: *El Estado de Bienestar entra en crisis en la Europa de los años 70, producto de una estanflación perniciosa que el Keynesianismo no pudo resolver y que le abrió las puertas al monetarismo y al neoliberalismo, que se encumbraron firmemente. Terminaba una etapa absoluta en la evolución del Estado-Nación, para iniciarse, sin que sus actores lo supieran una nueva época a destiempo, contra tiempo y con una pérdida real de la variable distancia que comprendía la formula tiempo-espacio. Comenzó entonces la mutación de la formula organizacional, comunicacional y, sobre todo de la transformación de la organización vertical de la relación entre la Administración y los ciudadanos; para convertirse en un proceso de ordenación global, en el cual las voluntades públicas y las voluntades privadas se hibridizan para producir todo el sistema normativo que rige los sectores específicos de actividades que constituyen leitmotiv supraestatal. Nace así un estado de espacios duales, lo virtual y la territorial; sin sociedades policéntricas y, sobre todo, una sociedad que se ha descubierto a sí misma con capacidad ontológica de autorregularse.*

Palabras Clave: *Regulación Estatal, Autorregulación, Derecho Global, Gobernanza Global.*

Abstract: *The Welfare State enters a crisis in Europe in the 1970s, the product of a pernicious stagflation that Keynesianism could not resolve and that opened the doors to monetarism and neoliberalism, which rose firmly. An absolute stage in the evolution of the Nation-State ended, to begin, without its actors knowing it, a new era at the wrong time, mishap and with a real loss of the distance variable that comprised the time-space formula. Then began the mutation of the organizational, communicational formula and, above all, the transformation of the vertical organization of the relationship between the Administration and the citizens; to become a global ordering process, in which public wills and private wills hybridize to produce the entire regulatory system that governs the specific sectors of activities that constitute supra-state leitmotiv. Thus is born a state of dual spaces, the virtual and the territorial; without polycentric societies and, above all, a society that has discovered itself with the ontological capacity of self-regulation.*

Key words: *State Regulation, Self-regulation, Global Law, Global Governance.*

SUMARIO

- I. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR: LA HONROSA RETIRADA DEL KEYNESIANISMO CLÁSICO
 1. *El momento de Hayek: monetarismo y economía de la oferta: La retirada del Estado.*
- II. LA NUEVA REGULACIÓN
 1. *Definición y características.*
 2. *Los objetivos de la regulación.*
 3. *La justificación de la regulación.*
 4. *La razonabilidad de la regulación.*
 5. *Regulación económica y regulación social.*

III. LOS ENTES REGULADORES: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA REGULADORA

1. *Las agencias reguladoras independientes del derecho norteamericano.* 2. *Las Administraciones Públicas Independientes en el Ordenamiento Francés.* 3. *Las Administraciones Independientes en España.* 4. *La Administración con autonomía funcional en Venezuela y las Administraciones independientes: La inexistencia de una fórmula categorial única para el ejercicio institucional de la actividad de regulación económica.*

BIBLIOGRAFÍA

I. LA CRISIS DEL ESTADO DE BIENESTAR: LA HONROSA RETIRADA DEL KEYNESIANISMO CLÁSICO

La regulación como ejercicio instrumental de mecanismos de mercado con finalidad pública tiene un carácter neutral y su aplicación a un determinado sector es decisión del legislador, sea nacional o, cada vez más frecuentemente, comunitario, asevera GARCÍA ÁLVAREZ¹.

En las últimas décadas se constata fácilmente que las políticas públicas estatales han asumido un menú híbrido y heterodoxo que hace unas décadas, con la dialéctica histórica tradicional liberalismo/ intervencionismo, hubiera resultado inconcebible y hasta académica y doctrinariamente escandaloso; pero que en la actualidad admiten la concurrencia de diversas técnicas, asumiendo inclusive la conjunción de estrategias combinadas o no de privatización, liberalización y desregulación, integración de políticas económicas y monetarias, que coincidirían en la finalidad deliberada de reducir el “Estado intervencionista o positivo”, junto con la limitación en la capacidad de recaudación y gasto, mientras se incrementan los poderes de regulación, propios del denominado “*Estado regulador*”. Se trata de un proceso de profunda transformación del Estado y del Derecho Administrativo y de la relación y concepción de la sociedad civil en su interacción orgánica con el Estado.

Se usa habitualmente el término “regulación” para hacer referencia a la intervención pública normativa en sectores liberalizados y, en un sentido general, para referirse a la intervención pública en la economía. La regulación supone e implica la transformación de la actividad administrativa en los sectores a los cuales se aplica, siendo su impronta en las últimas décadas al menos, la influencia importante del trasplante de instituciones y técnicas propias de la tradición norteamericana.

La actividad administrativa estatal prestacional y directa viene siendo progresivamente sustituida en gran medida por la traslación de la actividad de contenido prestacional a los particulares, acompañada tal traslación de una intervención administrativa que se focaliza en imponer obligaciones jurídicas a los agentes del mercado para que tal prestación conserve el estándar de servicio público o cumpla con la satisfacción del interés general. La imposición de estas obligaciones no se realiza siempre y sólo en el marco de las tradicionales relaciones de sujeción especial -por ejemplo en el ámbito de los contratos concesionales- sino a partir de regímenes normativos estatutarios de fuerte tendencia disciplinante y prudencial, que otorgan a la administración, a menudo en forma de administración independiente, una excepcional discrecionalidad para la imposición del dicho régimen.

¹ García Álvarez, Gerardo. “La Unión Europea como “Estado Regulador” y las administraciones independientes”, *RAP*, número 194, Madrid 2014.

Pero también hay que decir que esta traslación de habilitaciones y actividades prestacionales del Estado hacia la sociedad civil, no solo opera mediante la liberalización de los servicios públicos con el objeto de transformarlos en actividades de interés general fuertemente reglamentadas sino que, de manera más profunda, se trata también del traslado de la propia capacidad de decisión y conformación de la voluntad modeladora de políticas públicas, lo cual implica la apertura de espacios antes ocupados por las administraciones públicas y hoy compartidos por esta y por organismos y corporaciones de base privada, en las que todos conjuntamente cuidan del interés público. Es parte del proceso que ha dado en llamarse “gobernanza” y que surge de la idea de la responsabilidad orgánicamente compartida entre el Estado y la sociedad de tutelar, cuidar y cumplir con la satisfacción del interés público.

Como lo ha precisado con acierto MEILAN GIL, la tutela y satisfacción de los intereses generales, si bien es un condicionamiento servicial ineludible y no relajable por las administraciones públicas, también resulta cierto que este interés general no es monopolio del Estado, sino que su realización integral también corresponde a los particulares y sus organizaciones actuando sinérgicamente con el Estado, y que se traduce en ocasiones en pactos expresos y formales. La Administración Pública pues no tiene el monopolio del interés general, que es también el de los ciudadanos.

La obtención y realización de los fines del interés general se armoniza en una acción mutua Estado-sociedad:

Al servicio de los ciudadanos y de las organizaciones libremente creadas por ellos, la Administración es responsable ante ellos, sometida por tanto a una obligación regular de dar cuentas. Para el cumplimiento de su misión la Administración Pública tiene potestades, pero no privilegios (S.TS. 27 de marzo de 1986).

Aquellas están definidas y limitadas por el fin que las justifica y por tanto, son mensurables en relación con el mismo y controlables judicialmente en su *quantum* y su *modum*. La potestad se encuentra sometida a juicios de proporcionalidad y de racionalidad².

La evolución y consolidación de la actividad administrativa de regulación no solo ha generado el interés de la doctrina y su asunción como objeto temático y de investigación y constante reelaboración, sino que ha dado paso a una visión más crítica del nuevo modelo de actividad administrativa y de gestión de la economía por el Estado, y a la identificación de sus puntos débiles, replanteando críticamente la necesidad de una nueva forma de relación Estado-sociedad que llevan inclusive a teorizar sobre el “*Estado post-regulación*”.

En este orden de ideas, el modelo regulatorio en ejercicio creciente desde la década de los años 70, si bien en pleno proceso todavía de promoción y asentamiento, ya permite una mirada retrospectiva, mirada que fácilmente nos deja constatar que este modelo, como todos, conlleva sus riesgos perfectamente visibles, según las conclusiones generadas en estas últimas 4 décadas aproximadamente de surgimiento y evolución en los diversos países, sobre todo en la Unión Europea. Estos riesgos o consecuencia colaterales deducidos y derivados de la experiencia regulatoria de estos años, restringiéndonos a los fundamentales son los siguientes:

² Meilan Gil, José Luis. *Administración pública para la democracia*, AFDUDC, 11, Madrid, 2007, p. 501.

- La deslegalización en la que se funda el modelo, con la consiguiente delegación en autoridades administrativas de un amplio poder discrecional de normación reglamentaria y sublegal.
- El riesgo para la seguridad jurídica y para derechos y garantías fundamentales, sobre todo de contenido económico, de la extraordinaria discrecionalidad de la que se benefician los reguladores en el ejercicio de la potestad de subnormación;
- La muchas veces indeterminada extensión y contenido de la potestad cautelar y de saneamiento de que gozan las autoridades administrativas regulatorias sectoriales, muchas veces llegando a dotárseles prácticamente de una “*potestad cautelar y/ o ablatoria en blanco*”.³
- El insuficiente control jurisdiccional de la actividad administrativa de regulación, lo cual implica eventualmente una acrítica aplicación del modelo sin los correspondientes contrapesos y cautelas.

Este nuevo modelo regulatorio surge paulatinamente desde finales de los años setenta como un conjunto de políticas de reforma de las técnicas de bienestar, liberalización económica, “*desregulación*” o simplificación normativa y privatizaciones. Supone un cambio de la estrategia del Estado seguida desde la Segunda Guerra Mundial, debido a factores como una general pérdida de confianza en la eficiencia de la empresa pública o la escasa utilidad del modelo keynesiano.

³ Como ejemplo de atribución potestativa regulatoria tenemos que la vigente Ley de Instituciones del Sector Bancario declara a la Superintendencia de las Instituciones del Sector Bancario como la máxima autoridad regulatoria, de ordenación, disciplina y dirección del sector. es la máxima autoridad sectorial en el ordenamiento bancario, facultada potestativamente para una real disciplina y dirección del sector, mediante el ejercicio del conjunto de potestades que se detallan en la Ley y se ejercen en el seguimiento continuado, constante, exhaustivo, inquisitivo e imperativo a todos los sujetos naturales y jurídicos sometidos a su ámbito de actuación, como queda claro de lo dispuesto en los artículos 18, 153 y 154 y ,especialmente, del artículo 171, numeral 8, de la LISB, el cual de manera llamativamente excesiva e indeterminada le atribuye a este Ente sectorial el ejercicio del “...*más amplio y absoluto control sobre todas las operaciones, negocios y en general cualquier acto jurídico que las instituciones del sector bancario realicen*” .

La triada normativa citada deja claro las atribuciones y potestades que ostenta la SUPERINTENDENCIA DE LAS INSTITUCIONES DEL SECTOR BANCARIO para la disciplina, dirección, regulación, control y sanción en el Sector Bancario, dejando en evidencia la norma del artículo 154 la existencia de una relación de sujeción especial de sumisión de los sujetos institucionales de la intermediación, a los cuales la Ley declara como “*sujetos bajo su tutela*”.

Ahora bien, que implica esta potestad de control realmente? Va mas allá de la supervisión, fiscalización e inspección de las instituciones, para constituirse en un verdadero título de direccionamiento de la actividad de intermediación y del funcionamiento de las instituciones. La SUPERINTENDENCIA esta habilitada para ejercer ese control sobre todas las operaciones, actos o negocios jurídicos que realicen las instituciones, pudiendo ordenar la suspensión de operaciones ilegales, no autorizadas o aquellas que considere que constituyen riesgo para la institución o para el sistema -art. 171.3-; establecer las cláusulas generales que regulen los contratos e instrumentos de intermediación -art.171.13-, dictar las normas prudenciales necesarias para la regulación del ejercicio de las operaciones bancarias y servicios conexos -art.171.14-, y en general la adopción de cualquier medida que juzgue necesaria para corregir las irregularidades o faltas que advierta en las operaciones de las instituciones que conforman el sistema -art.171.22-.

Observación similar puede hacerse respecto a la potestad cautelar con la que se encuentra dotada la Superintendencia, una potestad cautelar innominada o genérica, que le permite dictar o adoptar “...*Cualquier otra medida de naturaleza similar a las establecidas en los numerales anteriores...*”, de conformidad con lo previsto en el artículo 181, numeral 18.

1. *El momento de HAYEK: monetarismo y economía de la oferta: La retirada del Estado*

En efecto, El panorama de bonanza y confianza en el sistema keynesiano comienza a cambiar radicalmente a partir de los años 70 con la crisis del petróleo, y con las respectivas crisis de financiación. La crisis provocó una sustancial pérdida relativa del poder económico y político por los Estados nacionales, asociada a la crisis del Estado de Bienestar. Los hitos fácticos de esta crisis se pueden rastrear en varios fenómenos de distinta naturaleza. Por un lado, una crisis cultural y social protagonizada por los legatarios de la primera generación de los beneficiados por el Estado de Bienestar, representados en el movimiento estudiantil de Mayo del 68 -Crozier, 1972-, -Bell, 1977-⁴. En segundo término, el progresivo incremento de los precios de las materias primas, que condujo a la crisis energética de 1973. Y en tercer lugar una crisis política. Desde finales de la década de los cincuenta y principios de la década de los sesenta, estaba en gestación una crisis en todos los planos. Los Estados Unidos habían puesto en marcha el Plan Marshall, para ponerle freno a la “expansión comunista” y por otra parte tenían un mercado seguro para un cúmulo extenso de exportaciones, pero una vez fortalecidas las economías europea y japonesa, estas ocuparon el puesto relevante y de eficaz penetración en la economía mundial y empezaron a invadir igualmente el mercado norteamericano.

La estanflación puso en definitiva en entredicho la eficacia del keynesianismo para seguir guiando el crecimiento y le abrió las puertas al monetarismo, y a la economía de la oferta *-supply side economy-*. El Estado intervencionista o Estado Social fue cuestionado severamente, y viene siéndolo, por su incapacidad de materializar el principio de igualdad en la implementación de sus políticas sociales, favoreciendo más bien a sectores específicos, quizás en la búsqueda prioritaria de la universalidad predicada como objetivo del modelo de bienestar acogido. Así, paradójicamente, un Estado y una administración intervencionistas, en su intento de satisfacer la mayor cantidad posible de demandas sociales, produjeron el incremento geométrico de esas demandas, de modo que “a mayor oferta de satisfacción, mayor cantidad de exigencias sociales, imposibles de satisfacer todas ellas, insatisfacción que poco a poco ha ido conduciendo a la “sobrecarga” de los centros de decisiones y a la ingobernabilidad⁵ en las denominadas democracias industrializadas.

También son objeto de acendradas críticas la “elefantiasis” de sus Administraciones públicas, en palabras de MAJONE⁶, por las desbordadas infraestructuras prestacionales, sobrevenidamente ineficientes y generadoras de gastos públicos difíciles de cubrir si se pretende mantener la accesibilidad a los servicios públicos, todo lo cual ha conducido a crisis fiscales con la consiguiente dificultad para conseguir los recursos de financiamiento de la actividad administrativa. En pocas palabras,

⁴ Michel Crozier (1972): *La sociedad bloqueada*; Ediciones Amorrortu, Buenos Aires; Daniel Bell, *Las contradicciones culturales del capitalismo* (Madrid: Alianza Editorial, 1982), 36; Gosta Esping-Andersen, “Después de la edad de oro: El futuro del Estado benefactor en el nuevo orden mundial”, *Revista Desarrollo Económico* 36, 142 (julio-setiembre, 1996): 523.

⁵ Según Habermas, la ingobernabilidad se presenta cuando hay una crisis de gestión administrativa y de apoyo político de los ciudadanos a las autoridades. Es decir, el sistema administrativo no logra hacer compatibles los mecanismos de control que le exige el sistema económico y el sistema legitimatorio no logra mantener el nivel necesario de lealtad de las masas.

⁶ Majone, Giandomenico, La Spina, Antonio: *El Estado Regulador*, Repositorio Digital CIDE, Génesis y Políticas Públicas, Volumen II, p. 198.

“...La acción reguladora del Estado no ha estado a la altura de los tiempos. Pareciera que el mercado y su “racionalidad” han sobrepasado los instrumentos clásicos de reacción pública ante los desmanes que estamos conociendo. La propia funcionalidad del Estado está en entredicho cuando la aguda crisis financiera y económica ha hecho añicos las formas tradicionales de proyección de la acción pública...”⁷.

De modo que, estas disfunciones consideradas como connaturales a la propuestas política y jurídica de la fórmula del Estado de Bienestar, junto a la convicción en influentes escuelas económicas de la inviabilidad de este modelo prestacional directo, le han abierto las puertas al monetarismo, por un lado, y a la transformación del rol intervencionista del Estado al rol de regulador. El Estado de Bienestar parece condenado históricamente, por lo menos para los monetaristas, en ser el responsable de la ingobernabilidad de las democracias actuales.

El Estado de Bienestar es el resultado sincrético de diversos factores históricos acumulativos, entre los cuales destacan el reformismo socialdemócrata, surgido como alternativa frente al radicalismo revolucionario violento del marxismo ortodoxo; el socialismo cristiano, y las élites políticas y económicas conservadoras ilustradas. Todas estas fuerzas políticas y sociales, en conjunto con los sindicatos, impulsaron reformas de seguro obligatorio, protección al trabajo, salario mínimo, expansión de los servicios sanitarios y educativos, y alojamientos subvencionados estatalmente.

También es el resultado de la recepción legislativa de específicos derechos sociales asociados al avasallador surgimiento de la democracia de masas con sucesivas ampliaciones del derecho de voto hasta llegar al sufragio universal. La fase de consolidación democrática del Estado de Bienestar se completó después de la Segunda Guerra Mundial, y sus rasgos descriptivos son esquematizados por BOBBIO destacando la aceptación de la existencia del mercado autorregulado y de la mercantilización de la relación salarial, no obstante, la oposición dialéctica de ambos términos, dado que, el primero exige la no intervención del Estado y el segundo, por el contrario, postula que el Estado debe asumir la carga de eliminar todos los obstáculos que objetivamente impiden a los ciudadanos menos pudientes gozar de los derechos políticos y sociales formalmente reconocidos.

Quizás la actuación más significativa masivamente desplegada por el Estado de Bienestar no se reduce a la regulación del mercado, sino que se expresa y se reconoce en el principio de la seguridad social. A través del seguro social el Estado intervino en las relaciones laborales haciéndose cargo de la precarización y la inseguridad que hasta ese momento se expresaron en el fenómeno de la cuestión social⁸.

⁷ Rodríguez-Arana Muñoz Jaime (2013): “La Crisis del Estado de Bienestar”, *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, Caracas 2013, p. 96.

⁸ Como lo reseña Rodríguez-Arana Muñoz, Estos sistemas de bienestar social se fueron implantando siguiendo modelos referenciales: - El canciller alemán Otto Von Bismarck refrendó tres leyes sociales respondiendo a las fuertes demandas de los trabajadores, la presión de las iglesias y de grupos políticos de la época. Estas leyes fueron las primeras en su tipo y consistían en un Seguro contra Enfermedad (1883); Seguro contra Accidentes de Trabajo (1884); Seguro contra la Invalidez y la Vejez (1889). Este modelo de Estado del Bienestar se basa en un sistema de seguros sociales de carácter obligatorio que efectúa descuentos y transferencias a la renta del sujeto que está inserto en el mercado de trabajo y así contribuye con su correspondiente cuota (cotización) a su seguro social individual. La aplicación de este modelo rápidamente se extendió a Europa y luego a otras partes del mundo.

Por otro lado, en Inglaterra, el régimen de seguridad social que preconiza Beveridge, en su informe de 1942, propone la puesta en marcha de un sistema universal de seguro social solidario y cohe-

Históricamente el Estado de Bienestar es el materializador de la segunda categoría o generación de derechos, cuyos hitos temporales desde el punto de vista de su ascunción institucional y organizativa por el Estado, pueden ubicarse temporalmente así:

1. Derechos civiles y políticos: Agrupan al conjunto de libertades individuales de expresión, de pensamiento, de culto, incluido el derecho de propiedad, de establecer contratos y el acceso a la justicia, sustentados en el iluminismo y en el iusnaturalismo. El siglo XVIII fue el periodo histórico en que emergió el proceso de afirmación de estos derechos. En el caso de los derechos políticos, estos constituyen la extensión al derecho a voto sin limitación de clase (sufragio universal) y la posibilidad ocupar cargos públicos. Se expresan institucionalmente en los parlamentos, los gobiernos estatales y locales, y los partidos políticos. Fue durante el siglo XIX donde se instauró de manera generalizada la extensión de los derechos políticos.

2. Derechos económicos, sociales y culturales: Este conjunto de derechos incluye desde el derecho a un mínimo de bienestar y seguridad económica, hasta el derecho a compartir plenamente el patrimonio social. Las instituciones más estrechamente vinculadas con este tipo de derechos son el sistema educacional y los servicios sociales. El siglo XX fue el periodo por excelencia de extensión de estos derechos precisamente como bandera y teleología del Estado Social o Estado de Bienestar. Entre estos, Marschall incluye aquellos que tienen los trabajadores para ser protegidos de las enfermedades y accidentes del trabajo, a tener una vivienda y una jubilación, mutualidades de previsión, ayudas a vivienda, y políticas de pleno empleo.

3. Derechos difusos, llamados así porque no está clara su titularidad sino, más bien, su permeabilidad colectiva.

Así, concluida la Segunda Guerra Mundial, el Estado de Bienestar Keynesiano se constituye en la forma característica del Estado en las economías capitalistas industriales⁹, y se

rente con 4 características principales que se aplican a todos los ciudadanos (Aracil et al, 1998: 183): 1. Un sistema generalizado, que cubra al conjunto de la población independientemente de su estatuto o de su renta. 2. Un sistema unificado y sencillo, con una sola cotización para todos los riesgos y de la misma cuantía para todos. 3. Un sistema uniforme, las prestaciones son uniformes y suficientes cualquiera que sea el nivel de renta de los interesados. 4. Un sistema centralizado, mediante un servicio público único.

⁹ Resulta fundamental tener claro que cuando nos referimos al Estado de Bienestar que se consolida concluida la Segunda Guerra Mundial y bajo la directriz ideológica del keynesianismo, no podemos dejar de lado que, ciertamente como lo ha catalogado Esping Andersen, existen tres modelos políticos al menos del Estado de Bienestar, que son producto de las circunstancias políticas y de los pactos sociales y de clase, más que producto de la Revolución Industrial. Esos tres modelos son claramente diferenciables, según los postulados teóricos desarrollados por Esping-Andersen:

1.- El primer modelo en solución de continuidad del liberalismo, denominado sistema de bienestar liberal-anglosajón, el Estado cubre sólo los riesgos definidos con carácter restrictivo y concedidos tras comprobar los medios de vida e ingresos del beneficiario; acepta la funcionalidad del mecanismo de mercado como proveedor de bienestar. Se prima la protección social privada y la pública ocupa un lugar subsidiario, ocupándose de aquellos que de manera ostensible no pueden hacerlo por sí mismos. La atención del Estado se dirige a los casos marginales, mientras el nicho productivo de la población se tutela con seguros de empresa o privados. Este modo implica un alto grado de estratificación social y de desigualdad. Son los casos de países como Canadá, Australia y EE.UU.

2.- En el segundo modelo, denominado conservador-corporatista, o europeo continental, se parte del principio de subsidiariedad y el Estado sólo interviene cuando fallan las instituciones más próximas al individuo (las «corporaciones» a que pertenece y la familia).

legítima como formulación de un nuevo contrato social, lo que en palabras de BOBBIO supone:

...La revolución keynesiana, por fin, ha conducido a la liquidación de la política del *laissez faire* y al nacimiento de una nueva política económica basada esencialmente en la intervención sistemática del Estado, al que se asigna un papel económico central. A él concierne, en efecto, la tarea de ejercer una función directiva sobre la propensión al consumo a través del instrumento fiscal, la socialización de las inversiones y la política del pleno empleo¹⁰

De esta manera, en palabras de OLMOS y SILVA,

“...con el papel que asume el Estado para garantizar el pleno empleo evitando las crisis cíclicas del capitalismo y redistribuyendo riqueza, se consigue la ecuación keynesiana: compaginar la justicia social con la acumulación de capital. Donde sea compatible el crecimiento económico, el reparto equitativo de los resultados de ese crecimiento, la acumulación de capital y la legitimación del sistema¹¹.”

Sin embargo, hacia los años setenta, el equilibrio que había logrado el mundo capitalista durante la posguerra entra en la gran crisis de la estanflación, conformada por la concurrencia de dos fenómenos: hiperinflación y bajo crecimiento económico. Estados Unidos, Europa y otros países sufrieron esta crisis sin precedentes que combinaba el bajo crecimiento, la hiperinflación y altas tasas de desempleo.

En el plano internacional el hecho más relevante que llevo a la economía occidental a entrar en un estancamiento prolongado fue la desaceleración del crecimiento de la productividad de Estados Unidos, que había sido durante las últimas décadas el motor principal de la economía global.

El estado interviene en el mercado, pero su característica fundamental es la intervención en la defensa y mantenimiento de la familia como proveedora de bienes y servicios sociales. La familia se convierte en el puntal de las políticas sociales. Su estructura de seguros sociales tiende a fomentar una gran diversidad de sistemas ligados al corporativismo. La intervención del estado es, como en el modelo liberal, subsidiaria. Este es el caso de países como Austria, Francia, Alemania e Italia.

3.- En el tercer modelo, el estado interviene no sólo sobre el mercado, sino sobre la estratificación social. Es el sistema de bienestar socialdemócrata-nórdico. Es el Estado quien cubre todos los riesgos bajo el principio de universalización de las prestaciones, transformando incluso los sistemas de asistencia social tradicionales en derechos *erga omnes* y adoptando amplios programas de servicios sociales y de sostenimiento de ingresos para las mujeres trabajadoras. Se da así una preeminencia de los servicios nacionales únicos y las prestaciones son universales, es decir, iguales para todos. Este universalismo permite lo que el autor ha denominado la modificación, que supondría el grado en el cual individuos y familias pueden acceder a un nivel de vida aceptable independientemente de su participación en el mercado. Este modelo tiende así a lograr altos niveles de igualdad social. El caso paradigmático es el de los países nórdicos.

Véase: Ubasart-Gonzalez, Gemma y Minteguiaga, Analía. *Esping-Andersen en América Latina: El estudio de los regímenes de bienestar. Polít. gob* [online]. 2017, vol. 24, n.1 [citado 2021-09-15], pp. 213-236. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-20372017000100213&lng=es&nrm=iso>. ISSN 1665-2037; Jorge Uroz Olivares: *La llamada crisis del modelo de estado de bienestar: reestructuración y alternativas*. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.

¹⁰ Olmos, Claudio y SILVA, Rodrigo, *ob.cit.* véase igualmente: Bobbio, Norberto: *Estado, Gobierno y Sociedad. Por una teoría general de la política*, FCE, México 1992.

¹¹ Olmos, Claudio y SILVA, Rodrigo (2011): *El desarrollo del estado de bienestar en los países capitalistas avanzados: Un enfoque socio-histórico*. *Revista Sociedad y Equidad*, (1). doi:10.5354/0718-9990.2011.10599 p. 8.

Por lo que respecta al ámbito nacional, la inestabilidad derivada de la crisis de la estanflación y las presiones en el gasto público que imponía el Estado de bienestar fueron determinantes para limitar el crecimiento económico y el control inflacionario.

El keynesianismo no tenía la respuesta ante el inesperado fenómeno de la estanflación, y el Estado de Bienestar entró en crisis ante la multiplicidad de demandas sociales que no podía satisfacer, el desbordamiento del gasto público y el costo mantenimiento de sus estructuras prestacionales.

VEGGELAND expone cuatro aproximaciones que intentan explicar la crisis de la economía keynesiana. La primera de ellas, la que nos interesa, enfatiza el rol que el Estado de bienestar tuvo en su propia debacle, fundamentalmente, porque le quitó flexibilidad al manejo del gasto público dado el amplio consenso político que existía en las sociedades sobre el rol que el Estado debía seguir en el ámbito del bienestar, lo cual encauzaba los recursos del Estado hacia fines sociales que ya superaban el gasto fiscal razonable y posible.¹²

Los planteamientos hechos por HAYEK en 1944 en su obra “*Camino de servidumbre*”¹³ cobraron contundente actualidad en medio de esta crisis de los años 70 y una de sus ideas fundamentales quedó probada: la amplia intervención redistributiva del Estado en la economía tiene un efecto distorsionador en los mercados y la consecuencia natural de tal distorsión era la crisis de la estanflación.¹⁴

Sobre las propuestas ahora en auge de HAYEK y de FRIEDMAN se edificó el programa básico neoliberal que desmontaría parte sustancial de los postulados intervencionistas keynesianos y daría paso al Estado Regulador¹⁵.

Lo explica UNGER:

En su forma universal más abstracta, el neoliberalismo es el programa dirigido a la implementación de la estabilización macroeconómica ortodoxa [monetarismo], especialmente mediante un equilibrio fiscal alcanzado más por la contención del gasto público, que a través del incremento de la recaudación fiscal; a la liberalización en la forma de una mayor integración en el sistema comercial internacional y de la aceptación de sus reglas establecidas; a la privatización, tanto entendida estrictamente como la retracción del gobierno de la producción y de manera mas general a la adopción del derecho de propiedad occidental estandar, y al despliegue de políticas sociales compensatorias ,desde seguridad social o diseñadas para contrarrestar las consecuencias desigualitarias de los otros tableros de la plataforma ortodoxa.

Un momento fundamental de esta transformación ideológica y concepción sobre el rol del Estado se cumple cuando Margaret Thatcher llega al poder en 1979 como Primer Ministro de Gran Bretaña, y Ronald Reagan como Presidente de los Estados Unidos en 1980, convirtiendo estas ideas conservadoras en el nuevo catecismo político-económico.

¹² *Ibidem*, p. 9.

¹³ Paul Hayek (2008): *Camino de servidumbre*; para todos los países de lengua española: UNIÓN Editorial, S.A. c/ Martín Machío, 15 28002 Madrid Tel.: 913 500 228 Fax: 911 812 212 Correo: info@unioneditorial.net www.unioneditorial.es

¹⁴ *Idem*, p. 9.

¹⁵ Suele atribuirse la idea del surgimiento del Estado regulador a Giandomenico MAJONE con su influyente texto *From the Positive to the Regulatory State: Causes and Consequences of Changes in the Mode of Governance*, pero son SEIDMAN y GILMOUR quienes primero advirtieron este cambio en el contexto estadounidense. Sin embargo, MAJONE fue el primero en haber logrado un análisis sistemático de las consecuencias políticas, legales e institucionales de esta transformación en el régimen de gobierno.

Lo que, en principio, con el monetarismo, parecía una simple receta para controlar la espiral inflacionaria, se convirtió después en un programa político de mayor envergadura que promovió las prescripciones hayekianas de achicamiento del gobierno, privatización y desregulación.

El cambio ideológico es una respuesta al replanteamiento, en un plano general, de la relación Estado-sociedad y a la regeneración de la administración pública, de manera particular, de la interacción de gobiernos y mercados, en el contexto de la crisis y las transformaciones económicas y sociales de la década de los setentas y ochentas, ofreciéndose respuestas por los ideólogos neoliberales, los cuales enfatizaron la importancia de disminuir las funciones económicas del Estado, para dejar mayores espacios de libertad económica a la gestión del mercado.

Este nuevo modelo de Estado que surgió a nivel mundial a finales de los setenta y se asentó en la década de los ochenta se presentó con un arsenal estratégico e instrumental de técnicas y políticas públicas de interrelación con la sociedad, que dieron paso de la intervención disciplinante, a la privatización, liberalización y/o desregulación, recortes fiscales, integración y competencia económica.

Es en la década de los 80, que se encumbra hegemónicamente el neoliberalismo, asumido como la contrapartida dialéctica a las antiguas concepciones keynesianas, o en el caso de América Latina a las posturas desarrollistas. Este modelo económico conjuga diversos elementos, en virtud de los cuales el Estado se reserva un rol de mero coordinador y facilitador entre los agentes económicos y la sociedad, dejando al mercado como el principal agente de producción y distribución de la riqueza, y a los privados el papel de principal proveedor de bienes y dinamización del mercado laboral. De manera que, los modos tradicionales de actuación de la administración, en ejercicio de los poderes legales de mandar e imponerse, han ido mutando progresivamente para buscar el consentimiento y apoyo de los ciudadanos en la conformación de las políticas públicas, en un proceso que tiende cada vez más a la autoregulación, uno de cuyos postulados fundamentales, manifestación evidente de la acumulación de poder de las grandes corporaciones que dominan sectores fundamentales como telecomunicaciones, energía, audiovisual, electricidad, ferrocarriles, etc, es la de la vuelta a la regulación mínima¹⁶.

El triunfo ideológico del liberalismo económico por sobre el pensamiento socialista, significó la concepción del mercado en un mecanismo efectivo de regulación que fomenta una cultura global de consumo y, a la vez, se asienta en la democracia liberal como la única forma de organización política capaz de establecer una relación equilibrada entre las aspiraciones individuales y colectivas de libertad con el poder del Estado.

El término y el modelo de regulación y su expresión encarnada en el Estado regulador, se presentan entonces con un significado diferente al tradicional, referido este a la normativa, al conjunto de disposiciones generales de rango legal y reglamentario que rigen una actividad o, por extensión, al régimen jurídico definido en la misma. La actividad administrativa de regulación no será ya solamente la potestad normativa o reglamentaria de la administración. Por contraposición, en los últimos años se ha popularizado una nueva acepción del término regulación, que se referiría a la intervención pública en mercados liberalizados. La eliminación de técnicas tradicionales -como la gestión directa o la gestión indirecta- mediante concesión, habría dado paso a un conjunto de técnicas, tradicionales unas, novedosas otras, que de forma genérica quedan englobadas en el término regulación.

¹⁶ Muñoz Machado, *Tratado de derecho...*, Tomo I, p. 1254, 1255.

No obstante su heterogeneidad y diversidad, estas nuevas estrategias concurren en un presupuesto finalístico común: limitar el rol del Estado positivo o interventor, con lo cual no se desmantela al Estado ni se le confina a ser un convidado de piedra, sino que se redimensiona su rol en la economía mediante un mayor énfasis en mecanismos de control público externo de las actividades privadas de interés general, caracterizados principalmente por el uso de normas reguladoras y agencias reguladoras, esto es, a través del Estado regulador.

Las primeras medidas que se asociaron a este modelo fueron la desregulación y la privatización, pero no se trataba de una limitación absoluta del rol del Estado en la economía; sino más bien se trata, de reorganizar las funciones de intervención en dos modalidades:

steering: como dirigir o guiar y;

rowing: como proveer o prestar servicios.

II. LA NUEVA REGULACIÓN

1. Definición y características

Desde una perspectiva económica, el Estado cumple tres funciones:

-la función distributiva, para la cual se convierte en un operador más en la escena económica mediante la actividad empresarial directa y por intermedio del gasto público;

-la función redistributiva, en virtud de la cual el Estado disciplina y trata de encauzar la iniciativa económica privada hacia fines específicos de interés social, mediante la política fiscal y la actividad de fomento y más concretamente mediante las subvenciones y;

-la función reguladora, consistente en las limitaciones que el Estado impone a la actividad económica y a las libertades económicas de manera continuada, tanto mediante la normación, como a través de un arsenal instrumental diverso¹⁷.

EL Estado Regulador es pues, en términos de MAJONE aquel que desempeña fundamentalmente actividades reguladoras: escoge y pondera bienes e intereses para que sean objeto de tutela en la prosecución de resultados específicos en los mercados en los cuales se desarrolla la actividad económica privada de interés general; identifica y previene riesgos, y para cumplir tal fin diseña, adopta y aplica reglas de conducta y sanciones, reglas estas referidas a ámbitos de actividad en las que se establecen condiciones de eficacia y eficiencia. El Estado regulador también se encarga de evaluar la eficacia de sus propias medidas y de prevenir efectos indeseables derivados de la aplicación de dichas medidas sobre otras esferas o sectores sociales.¹⁸

En consecuencia, el Estado Regulador, desde la perspectiva ya más específica del Derecho Administrativo, se reserva el rol de reglamentador de la actividad económica y social que se despliega en los mercados de bienes y servicios, y esa reglamentación habilita específica y especialmente a Administraciones *Ad hoc* con alto grado de autonomía e independencia para cumplir tal labor de normación.

Esta definición permite diferenciar claramente la noción del nuevo Estado regulador de otras fórmulas de presentación estatal, específicamente del Estado social “*dispensador de bienes*”, del Estado interventor y planificador y del Estado mínimo. Se trata de un Estado que

¹⁷ Villar Rojas, Francisco José: *Privatización de Servicios Públicos*, Editorial Tecnos, Madrid 1993, p. 145.

¹⁸ Majone, *ob cit.*, pp. 212, 213.

ha renunciado a la publicatio de actividades privadas de interés general o de servicios públicos, entendida esta como la asunción de la titularidad de dicha actividad, y ha llevado al mínimo también su actividad de gestión empresarial o económica directa, pero sin retirarse de los mercados; para privilegiar el control continuado y focalizado, mediante la normación, de tales actividades, desde instituciones categorialmente pertenecientes al universo del Derecho Administrativo, llamadas administraciones reguladoras, administraciones independientes, agencias independientes, entre otras. En tal sentido, su cauce instrumental fundamental va a discurrir, ya no en que el Estado declare pública y asuma la titularidad de una actividad, bastando la imposición unilateral, característica de la técnica de la policía. La actuación del Estado no fundada en una previa “publicatio”, propia de la categoría del servicio público, es la que corresponde a la regulación económica.

Sin embargo, el término regulación se estaría extendiendo al conjunto de la intervención económica en la actividad económica disciplinada progresivamente bajo la fórmula del denominado Derecho administrativo económico, homologación que no debe sorprender pues también en los Estados Unidos el término *economic regulation* tiene una acepción amplia que incluiría prácticamente cualquier tipo de intervención en la actividad económica

Diferentes autores han venido interpretando y aplicando el término regulación subrayando los rasgos diferenciadores de las nuevas técnicas de intervención pública:

- Algunos de ellos han subrayado como definidor el hecho de que las administraciones y las autoridades públicas abandonen la prestación directa de los servicios, para pasar a imponer obligaciones a los operadores presentes en el mercado. Se popularizó así la referencia al Estado regulador (LA SPINA y MAJONE, 2000).
- Otros autores han preferido subrayar el *telos* del nuevo modelo de intervención adjetivando la regulación como para la competencia -ARINÑO ORTIZ, 1996-. Entrarían en juego así variaciones terminológicas de término, tales como neo-regulación y re-regulación.
- La antigua regulación de las actividades calificadas como servicio público, sería objeto de un nuevo modelo de regulación, esto es, de intervención pública en las mismas actividades, pero ahora calificadas como de interés general.
- Quizás el rasgo más significativo del nuevo marco sea el extraordinario margen de discrecionalidad otorgado a la administración, pudiendo calificarse este como el rasgo diferenciador que caracteriza la regulación frente a otras técnicas de intervención. La discrecionalidad es el rasgo que justifica y exige un régimen jurídico diferenciado, destinado a incrementar las garantías a favor del ciudadano.

De todo lo dicho, y siempre desde la perspectiva del Derecho Administrativo, la regulación económica, es el proceso de interacción normativa del Estado, mediante el cual ordena y disciplina de manera continuada y permanente un determinado sector de actividad económica, limitando si es necesario la libertad económica y, ejercitando para ello potestades diversas que inciden directamente sobre la funcionalidad operativa de los agentes del mercado, y sobre la dinámica funcional de este, con el objeto de generar y potenciar beneficios para el interés general. El nuevo concepto de regulación nace vinculado a la creación de nuevos sistemas de administración, los cuales responden a la necesidad de desligar al regulador del regulado en actividades de tipo económico.

Desde una óptica más multidisciplinaria, LOWI define la regulación:

...como las acciones con origen en un actor o agencia pública dirigidas al control del desarrollo de la actividad de los agentes de un determinado sector o mercado..., de esta forma, el término regulación comprende un conjunto variado de formas de control que limitan de acuerdo con la regla, las elecciones y las actividades de los sujetos presentes en una arena sectorial -Baldwin / Cave-.¹⁹

2. *Los objetivos de la regulación*

De manera fundamental, ARIÑO ORTIZ ha advertido y precisado cual a su juicio es el objeto real de la regulación y los objetivos de la regulación. No se trata en absoluto de hacer de ella un instrumento político al servicio de toda clase de fines, por muy loables y deseables que éstos sean. La noción de regulación económico-sectorial que estamos desarrollando y postulando:

...no está al servicio del empleo, ni de la lucha contra la inflación, ni del desarrollo regional, ni de la redistribución de rentas. A ello sirven la política laboral, la política monetaria, la política industrial o territorial de un Estado o la política fiscal. La política regulatoria tiene como objetivo único y exclusivo la defensa y buena ordenación del sistema de prestaciones de que se trate, en las mejores condiciones posibles de seguridad, calidad y precios, con la mayor eficiencia que el estado del arte permita, tanto para hoy como para mañana, lo cual exige empresas solventes, estables, dinámicas y rentables.²⁰

Así, la nueva regulación no se refiere en abstracto a las normas generales de intervención en la economía, sino a aquella intervención focal del Estado, que ejecuta la administración y que tiene como fin la consecución de un orden económico definido en la Constitución, con el objetivo de realizar y ejecutar presupuestos de ordenación que satisfagan necesidades sociales específicas.

La polisemia del término regulación, lleva en no pocos casos a que se pueda entender como regulación lo que corresponde al ámbito de la reglamentación o a su confusión con el objeto de la potestad reglamentaria. Así, MAISL esboza las siguientes diferencias:

...la reglamentación puede definirse como el encuadramiento jurídico de los comportamientos sociales; y es, en este sentido... un modo de regulación. Pero el término de regulación tiene un sentido más amplio. Se habla de regulación... para designar la acción tendiente a regularizar el movimiento, o asegurar su buen funcionamiento, a mantener el equilibrio. El reglamento jurídico es por tanto un modo de regulación dentro del conjunto de arreglos, ajustes que permiten a la sociedad salvaguardar sus equilibrios”, así, “el nuevo orden impuesto con la regulación tiene como fundamento posibilitar una acción ordenadora o reguladora, más adaptada a las exigencias... de sectores sensibles, gracias al otorgamiento de las pertinentes facultades a nuevas instancias dotadas de formas de actuación más diversificadas que las propias de la administración pública directa...

En definitiva, a diferencia del Estado de bienestar social, el Estado regulador separa las actividades de regulación de aquellas que corresponden al diseño de políticas, cuyas metas se centran más en alcanzar la eficiencia económica, la competencia y la protección

¹⁹ Lowi, T. “*The State in Politics. The Relation Between Policy and Administration*” en Noll, R. (Ed.): *Regulatory Policy and the Social Sciences*. University of California Press. Londres 1985. Baldwin, R, Cave, M. *Understanding Regulation. Theory, Strategy and Practice*, Oxford University Press. Oxford 1999.

²⁰ Ariño Ortiz, *Logros y fracasos de la regulación...*p. 48, 49.

de los consumidores; separación que se busca materializar mediante la creación de las llamadas autoridades autónomas e independientes.²¹

Los objetivos esenciales de la regulación son enunciados por ARIÑO ORTIZ:

- Facilitar la entrada y salida del sector, posibilitando la inversión y desinversión en él de capitales privados promoviendo así la pluralidad y capacidad de elección. Los posibles abusos se controlan mediante la regulación de defensa de la competencia.
- Facilitar la conformación autónoma de la propia oferta comercial por las empresas del sector, posibilitando la libre formación de precios -régimen de competencia-; y si para ello es necesario regular el uso de algunos medios -acceso a redes, por ejemplo-, debe hacerse.
- Facilitar la innovación y la asunción de riesgos, posibilitando la apropiación de los beneficios que de ellos puedan obtenerse -equilibrio riesgo-beneficio-.
- Garantizar la libre elección de los consumidores entre los diferentes prestadores; agrega nuestro autor que allí donde no haya posibilidad de elección para los usuarios, la regulación debe actuar -fijación de tarifas, estandarización y publicidad de la oferta, etcétera- y también debe hacerlo para que las prestaciones declaradas esenciales lleguen a todos sus posibles destinatarios (continuidad y regularidad de la prestación de un servicio básico y universal).²²

La regulación económica, tiene como característica fundamental también, que aun cuando actúa desde “*afuera de la empresa*”, en palabras de HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, sin embargo, está dirigida a producir cuatro efectos o incidir sobre los cuatro elementos estructurales esenciales de la empresa, en los cuales se materializa la libertad de empresa y, por tanto, a limitarla:

1.- La regulación determina los componentes orgánicos, la composición y muchas de las atribuciones que corresponden a los órganos decisorios de la empresa, inclusive desaplicando o metamorfoseando los principios clásicos del Derecho Mercantil que rige a las sociedades, y sometiendo a una reconversión congruente con los principios del Derecho Administrativo y adaptados a la finalidad regulatoria.

2.- La regulación determina el contenido y alcance de los presupuestos que permiten el acceso al mercado y la permanencia en el, imponiendo cargas, condiciones, habilitaciones, inhabilidades, tanto reales como personales a la sociedad y a sus representantes naturales.

²¹ Vid: Tom Christensen y Per Lægveid: *Reformas post nueva gestión pública Tendencias empíricas y retos académicos*; Volumen XVI. Número 2. II Semestre DE 2007. pp. 539-564 Gestión y Política Públicas. Los dos autores promueven y forman parte de la denominada Nueva Gestión Pública o NGP, en su segunda fase, que persigue reestructurar un nuevo gobierno total -GT- a partir del convencimiento de que la fase primera, representada por el principio de organizaciones especializadas, con cantidad de roles y funciones especializados y no sobrepuestos, produjo en los países en los cuales se cumplió, demasiada segmentación, autoridades centradas en sí mismas, y falta de cooperación y coordinación, todo lo cual habría entorpecido y hecho nugatoria la efectividad y eficiencia. Para estos autores, la delegación estructural, que se llevó a cabo durante largo tiempo en muchos países y que implicó la transferencia de autoridad del nivel político administrativo central hacia agencias regulatorias, autónomas, independientes, o a agencias productoras de servicios o compañías paraestatales, produjo desventajas mas que beneficios y, de manera fundamental se desposeyó al liderazgo político y administrativo de palancas de control y de influencia e información, planteando problemas de rendición de cuentas y capacidad.

²² *Idem*, pp. 48, 49.

3.- La regulación determina los presupuestos y el alcance de la actividad escogida en ejercicio de la libertad de empresa como objeto de explotación, pudiendo imponer condiciones de calidad, estándares de productividad, asignación obligatoria de recursos de la empresa a sectores o productos deficitarios en el mercado.

4.- La regulación somete a condicionamiento el derecho de cesar en la actividad desempeñada por la empresa, pudiendo inclusive negar, desautorizar o desaplicar los actos societarios que declaren la extinción de la empresa o el cese de la actividad²³.

Estos objetivos podrían variar, dependiendo del modelo y la visión que sobre la regulación se acoja y consagre positivamente dado que, insistimos, hoy en día la regulación es un fenómeno que no sólo forma parte del arsenal instrumental jurídico público, sino también de las ciencias políticas, de la sociología, de las escuelas de políticas públicas, de la economía. En este sentido, por ejemplo, CULEBRO y GONZÁLEZ LAPORTA se refieren a las diferentes visiones desde las que puede ser enfocada la teleología de la regulación:

- **La versión pragmática:** La regulación considerada como un mecanismo a través del cual se pueden corregir las fallas del mercado. Desde esta perspectiva, señalan los dos autores, la regulación se define como un control exógeno al mercado ejercido por la jurisdicción pública de manera permanente. En un principio, el mercado funge como regulador de los bienes y servicios intercambiados y cómo se determinan precios y costos; los equilibrios que se establecen representan la materialización de esta perspectiva regulatoria. Así, el Estado sólo interviene cuando la condición de equilibrio o eficiencia del mercado no se logra. Esta concepción de la intervención pública desde el enfoque de la economía de la regulación sugiere la implementación de mecanismos que controlan, sobre todo, las decisiones de las empresas, y de manera destacada en lo referente a los precios y la producción de los bienes.

- **La versión jurídico-administrativa:** focalizada en los aspectos y presupuestos relacionados con el diseño normativo y de las instancias reguladoras de los servicios públicos en redes, considera igualmente la importancia de las variables económicas y el papel del mercado como instrumento de distribución.

- **El Estado regulador:** Es la visión global europea la regulación responde a una necesidad global y puede adquirir diferentes formas. La comunidad europea se presenta en este sentido como un mecanismo a través del cual se sintetizan las diferentes visiones nacionales de regulación, aun cuando éstas sean opuestas.

Desde el punto de vista de la regulación pragmática señalan los CULEBRO y GONZÁLEZ LAPORTA que los reguladores son susceptibles de ser capturados por los actores regulados. Puede suceder que exista una falta de coordinación entre las instancias de regulación o incluso una regulación que no favorezca lo suficiente a la competencia. Por otro lado, en una regulación mediante monopolio y administración central, las fallas se pueden imputar a la naturaleza de la acción pública misma: captura de los administradores públicos de los servicios en redes por intereses políticos y sindicales; los costos de mantener un monopolio público y la falta de coordinación entre las empresas públicas (Majone, 1996a). Para Majone, la regulación debe limitarse a los mecanismos de corrección de las fallas de mercado, sobre la base de una separación funcional o necesaria de sus misiones. A partir de este enfoque, los poderes públicos están obligados a desasociar la gestión de la eficiencia del mercado de la dinámica misma del mercado.

²³ Hernández González, José Ignacio: *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 152, 153, 154.

3. *La justificación de la regulación*

De manera fundamental, la regulación administrativa que hemos venido delimitando, conjuga las tres vertientes esbozadas, y tiene su sentido finalístico en la corrección, minimización o prevención de las externalidades de los mercados y de las empresas, causadas en el despliegue y desarrollo de la actividad económica, y que pudieran producir daños o beneficios a específicos bienes tutelados jurídicamente. Por ello, la regulación imbrica y combina la estricta producción normativa con las nociones de ordenación, limitación y disciplina, y por añadidura, con la de policía administrativa, no obstante, aludir a una realidad técnica más precisa, como lo es su función correctora de disfunciones y externalidades traducidas en fallas de mercado.²⁴

De manera que, la razón por la que se regula una determinada actividad económica o servicio es para darle una respuesta a los fallos de los mercados, a saber: el mercado y la concurrencia, las externalidades y la asimetría de la información.

La regulación desempeña un papel fundamental en la relación entre el mercado y la concurrencia, en particular, cuando esta última no es posible, o es sumamente dificultosa como sucede por ejemplo con la existencia en el mercado de un monopolio natural.

En el caso de las externalidades, entendidas como deficiencias o fallos del mercado, estas se producen cuando el bienestar de un operador económico es directamente afectado por las actividades de otro. El ejemplo clásico es la contaminación: los desechos que las empresas químicas o de otra naturaleza vierten en los ríos y lagos, perjudican a empresas que se surten de agua para comercializarla o perjudican a los pescadores. En estos casos, la regulación se manifiesta mediante una estricta ordenación jurídica, particularmente intensa en la normación de las obligaciones de restitución y en rescate ambiental de los sujetos responsables, así como en todo un cuerpo de sanciones. De modo que, la disciplina regulatoria y la actividad policial de ordenación y disciplina marchan de la mano, sin que quepa una separación tajante entre ellas.

De igual forma, las externalidades, son la explicación para los economistas, de la regulación de los servicios públicos como prestaciones esenciales para la sociedad, como lo expresa VILLAR ROJAS, tanto el servicio universal como el derecho de acceso son factores externos a la relación económica que se entabla entre una empresa y un consumidor, en donde la libertad de decisión de ambos queda sometida al régimen estatutario regulador del servicio²⁵.

Finalmente, la tercera deficiencia que justifica la intervención de la regulación se encuentra constituida por los problemas de información. En la realidad y en la práctica, la libertad de contratar, entre usuarios y agentes económicos, se encuentra bastante limitada por la falta de información adecuada, sobre todo, para el usuario o consumidor.

²⁴ En este concepto diferimos de Hernández González, quien en su obra *Derecho Administrativo y Regulación Económica* rechaza la equiparación del término regulación con la noción de ordenación y limitación e incluso con la idea de policía económica, no obstante, aceptar que en todos esos supuestos hay un efecto común constituido por la restricción de la iniciativa económica impuesta por los Poderes Públicos. En tal sentido véase: Hernández González, José Ignacio, *Derecho Administrativo y Regulación Económica*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2006, pp. 148, 149.

²⁵ Villar Rojas, *ob.cit.* p. 148.

En otro orden de ideas, desde otra perspectiva económica, se afirma que la mayor parte de las actividades económicas han sido reguladas, no por los fallos del mercado, sino para evitar los inconvenientes de la competencia, entre ellos, la multiplicación innecesaria de los sistemas de distribución y la consiguiente posibilidad de evitar que se malgasten los recursos.

4. *La razonabilidad de la regulación*

La regulación económica, se estructura sobre dos pilares y una relación: la que existe entre la administración pública encargada de tutelar el interés público cuya protección le ha sido encomendada competencialmente, en nuestro caso con rango constitucional, y la de los agentes económicos o empresas que desarrollan la actividad que dicha administración disciplina y supervisa. Para ser efectiva la regulación, estas administraciones públicas cuentan y ejercen dos grandes modalidades de regulación:

- *la regulación de la autorregulación*, en orden a la cual, la administración impulsa la elaboración de un marco normativo por los propios grupos de intereses de un determinado ordenamiento sectorial, marco normativo que actuara como un código de conducta vinculante, y cuyo cumplimiento es encomendado a otra entidad distinta, usualmente colegiada y dotada de potestades públicas.

- la segunda fórmula es la denominada *regulación externa*, en la que son los poderes públicos quienes ordenan la actividad mediante su sectorialización normativa -legislativa y reglamentaria-, regulando todos los aspectos de la actividad y de las relaciones que en ese ordenamiento son posibles, regulación que se constituye entonces en una actividad de tracto sucesivo, y en la que se encomienda la normación sub-legal prudencial y la vigilancia del cumplimiento por los actores a una entidad pública altamente especializada, como por ejemplo lo son, las *public authorities* anglosajonas, que siguen de cerca el modelo norteamericano de las agencias independientes.

Uno de los presupuestos de ejercicio de la regulación es, evidentemente, la regulación normativa de la actividad privada de interés público o general por parte de la autoridad administrativa. Esta actividad de normación y disciplina jurídica está sometida a precisos límites derivados de diversos principios como lo son el de razonabilidad, proporcionalidad, idoneidad, suficiencia. En ese mismo orden de ideas se ha pronunciado el Máximo Tribunal dejando claro los límites y el encuadramiento axiológico y funcional al que debe someterse toda regulación limitatoria de los derechos subjetivos. Así, ha expresado el TSJ en Sala Constitucional en la sentencia N° 379 del 07 de marzo del 2007:

...se debe destacar que no sólo la norma infraconstitucional debe adecuar su contenido al texto expreso de la norma constitucional, sino a la intención o el valor de justicia contenido en los principios constitucionales y, en los prenombrados valores constitucionales, y que le dan valor y respeto del Estado de Derecho, razón por la cual, debe establecerse con rotundidad que toda actividad del Estado debe ceñirse a un examen de razonabilidad y proporcionalidad para determinar su adecuación al Texto Constitucional... En este escenario, interesa destacar lo expuesto por WEAVER quien en su tratado de derecho constitucional dispone: "(...) La validez de toda regulación debe depender de si, bajo las circunstancias existentes, la regulación es razonable o arbitraria, y si está verdaderamente dirigida a cumplir un propósito público lícito. Por razonabilidad se entiende que la regulación debe ser necesaria y adecuada para el cumplimiento de un objeto dentro de la órbita del poder de policía. No debe ser opresiva. Debe estar sancionada de buena fe para la promoción del interés público y no para la hostilidad o sometimiento de una clase o raza determinada. No puede interferir arbitrariamente con el goce de los derechos personales o de propiedad garantizados por la Constitución (...). Los tribunales invalidarán toda regulación o ley que sea irrazonable o ilegal... "la racionalidad [o razonabilidad] debe ser entendida en un sentido garantista y no restrictiva de los derechos constitucionales", por lo tanto, Esta debe atender o adecuarse al fin o intención que ha querido desarrollar el constituyente o el legislador con la promulgación y aplicación de la norma en cuestión, con la finalidad de dotarla de un valor de utilidad y relevancia jurí-

dica, por lo que debe ajustarse en consecuencia a un examen de verificabilidad o proporcionalidad entre el comportamiento deseado por el Estado y la finalidad perseguida. La razonabilidad y proporcionalidad de las normas son equitativamente comparativas o asimiladas al valor de justicia que debe conllevar la misma, el equilibrio axiológico interno del Derecho con el efecto externo de su actuación y represión por su incumplimiento o como lo expresa correctamente. En consecuencia, se resalta que dicho principio [la razonabilidad] no constituye un canon de constitucionalidad autónomo, sino un criterio de interpretación que permite enjuiciar posibles vulneraciones de normas constitucionales concretas y, en especial, de derechos fundamentales, por lo que, se ha venido reconociendo que la desproporción entre el fin perseguido y los medios empleados para conseguirlo puede dar lugar a un enjuiciamiento desde la perspectiva constitucional cuando esa falta de proporción implique un sacrificio excesivo o innecesario de los derechos que la Constitución garantiza. Tal principio no se circunscribe a un análisis subjetivo de la norma sino que responde a unos criterios de análisis (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto) que obedecen de una manera tuitiva al resguardo de los derechos constitucionales en su justa medida y proporción al valor de justicia que debe conllevar toda norma de derecho, en este sentido interesa destacar lo expuesto BERNAL PULIDO, quien reseñando la labor jurisprudencial llevada a cabo por el Tribunal Constitucional Español expresó: “En las alusiones jurisprudenciales más representativas, el principio de proporcionalidad aparece como un conjunto articulado de tres sub-principios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. Cada uno de estos sub-principios expresa una exigencia que toda intervención en los derechos fundamentales debe cumplir. Tales exigencias pueden ser enunciadas de la siguiente manera: Según el principio de idoneidad, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo. De acuerdo con el sub-principio de necesidad, toda medida de intervención en los derechos fundamentales debe ser la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquéllas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto. En fin, conforme al principio de proporcionalidad en sentido estricto, la importancia de los objetivos perseguidos por toda intervención en los derechos fundamentales debe guardar una adecuada relación con el significado del derecho intervenido. En otros términos, las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental debe compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad”. (Vid. BERNAL PULIDO, Carlos; “El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales”, CEPC, 2005, p. 37 y 38).

La implementación de las políticas reguladoras y los cambios organizacionales que se han sucedido en las últimas décadas tienen a la regulación como el motor dinámico de ese cambio, el cual es particularmente profundo y visible en la prestación de los servicios públicos en redes. Cuando nos referimos a los servicios públicos en redes lo entendemos “como toda actividad de interés general llevada a cabo por uno o varios actores económicos que permiten la interconexión y el acceso a un servicio determinado” -Stofflaés, Matheu, 1995-. Lo anterior supone que intervienen, por un lado, los poderes públicos en distintas modalidades en el control de los servicios prestados y, por el otro, participan diversos organismos, regidos por normas específicas propias del sector y del servicio. Ante la diversidad y versatilidad que presentan los servicios públicos en redes suele confundirse el organismo o la empresa que lo presta (o que tiene la responsabilidad de asegurar su funcionamiento) con el servicio público en sí. Esto sucede, por ejemplo, en el sector eléctrico. En todo caso, el servicio público en redes concierne a una actividad sometida por los poderes públicos a un régimen particular de obligaciones y prerrogativas que, dada su naturaleza asociada al interés general, la distinguen de las actividades privadas regidas por las reglas del mercado Fournier, 1999, situación particular que se califica o justifica la calificación de la actividad como una actividad de interés público social.

Desde una perspectiva de regulación política, entendida como “el sistema de representación sometido al reto permanente de conciliar la construcción de un orden político legítimo y de contribuir al mismo tiempo a la consolidación de un orden social complejo y contradictorio”, se distinguen tres niveles de análisis que impactan la gestión de los servicios públi-

cos: *a)* los regímenes de política pública, *b)* las regulaciones de orden político y *c)* los regímenes ciudadanos -Jobert, 1998-. En todo caso, resulta pertinente entender la regulación a partir de la definición de las reglas que permiten la implementación de la competencia en sectores donde no existe, restringiendo el campo de elección privado, al tiempo que aseguran las misiones de interés general que caracterizan a los servicios públicos en redes.

De manera general dos grandes corrientes han estructurado los análisis sobre la regulación de los servicios públicos en redes. La primera *corriente inicial* se deriva de los resultados de la aplicación de políticas de liberalización -o desregulación- de los servicios públicos en Estados Unidos e Inglaterra en la década de los ochenta. Las políticas públicas “desreguladoras” en estos países se fundamentaron en un principio pragmático de la regulación en el que la acción de los poderes públicos se limitó únicamente a la implementación de controles independientes de las actividades comerciales de los actores económicos, al tiempo que respondía a medidas sugeridas por el paradigma de la nueva gestión pública. La segunda corriente corresponde a una visión supranacional cuyo mejor ejemplo lo tomamos de la acción de la Unión Europea, donde la regulación (o el control público) interviene en un marco de acción más amplio, incorporando las esferas jurídicas y políticas inherentes a la dinámica social de los servicios públicos.

5. *Regulación económica y regulación social*

La regulación económica tiene por objeto preservar, estimular condiciones competitivas de mercado, estableciendo los presupuestos de control o disolución de los monopolios, la salida de los competidores deficitarios o débiles, el control de ingreso de nuevos competidores y, en fin, el seguimiento del hábitat económico que se quiere alcanzar. Por su parte, la regulación social tiene por objeto la corrección o la neutralización de consecuencias multifactoriales derivadas de las actividades económicas del mercado, y que tienen que ver con la salud, el ambiente, la seguridad de los trabajadores, la protección de los consumidores y la defensa de sus intereses²⁶.

III. LOS ENTES REGULADORES: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA REGULADORA

La regulación en nuestro ordenamiento constitucional es una función pública de imperativo acatamiento por el Estado por mandato y prescripción del artículo 112 constitucional, el cual lo instruye para racionalizar y regular la economía, impulsando el libre mercado y la iniciativa privada.

El posicionamiento del Estado Regulador no obedece sólo a su aparición como alternativa sustitutiva del Estado de Bienestar intervencionista y expresión de políticas públicas de liberalización de la economía y de retracción del Estado: Este posicionamiento requiere, pues, el rediseño institucional del rol y la personificación de sus administraciones públicas, así como la implementación de mecanismos que aseguren una real y verdadera autonomía entre los entes reguladores y los sujetos regulados, y la protección del sentido último de la regulación que es la preservación de la eficiencia de los mercados en beneficio de los consumidores y usuarios y también de los productores o agentes económicos.

Las administraciones públicas reguladoras, trátense de agencias o de autoridades o administraciones independientes, y cualquiera sea la forma jurídica que adopten, por lo general y

²⁶ Majone, Giandomenico, ob. cit. pp. 126, 127.

como lo ha precisado POMED SÁNCHEZ comparten concurrencialmente una serie de características comunes²⁷:

- Todas ellas están llamadas a actuar sobre sectores especialmente sensibles de intervención pública por el interés general que representan esos sectores, ya sea como servicios públicos o como actividades privadas de interés general: radio y televisión, energía nuclear, sistema crediticio y financiero, telecomunicaciones, transporte, etc.
- El propósito que se persigue encomendando a las Administraciones Independientes dicha actuación no es en modo alguno el de proceder a la constitución de Ordenamientos jurídicos sectoriales, modelación que corresponde más bien al legislador. Antes bien, se trata de asegurar el alejamiento de las instancias de intervención de la lucha política partidista.
- Finalmente, al requisito constitucional de la objetividad e imparcialidad de la Administración pública, este modelo organizativo añade otra nota caracterizadora, el de su neutralidad. Se trata de alcanzar objetivos específicos y continuados: la transparencia informativa, la seguridad nuclear, la estabilidad monetaria, el buen funcionamiento del mercado de valores, la adecuada cobertura de salud o de la prestación de tales servicios, o la defensa de la intimidad frente al uso indebido de la informática, entre otros, que afectan al conjunto de la sociedad y cuya proyección temporal se extiende más allá de la vida de los Gobiernos de turno.

Empero, no obstante la circunstancia de no constituir el propósito que se persigue con su creación la conformación de Ordenamientos jurídicos sectoriales, lo cierto es que hoy en día la mayor parte de las agencias reguladoras o autoridades administrativas independientes, operan inmersas en ordenamientos jurídicos sectoriales, los cuales se han enmarcado por el legislador calificando a la actividad privada que conforma su núcleo dinámico, como una actividad privada de interés general, y habilitando todo un piso sectorial creado por la normación sub-legal, reglamentaria o prudencial, como se quiera calificar – las tres expresiones son válidas-.

1. *Las agencias reguladoras independientes del derecho norteamericano*

El precedente del modelo europeo de las administraciones públicas independientes es el norteamericano de las Agencias Independientes. El nacimiento de las Agencias Reguladoras Independientes tuvo lugar con ocasión de la aprobación en 1887, de la Ley de Comercio Interestatal. Esta Ley intentó frenar los abusos cometidos por las empresas ferroviarias en la zona medio-oeste de los Estados Unidos

La Ley inicia el proceso de regulación pública de actividades privadas, por lo que se ha llegado a ver en la misma el acta de nacimiento del Derecho administrativo estadounidense.

Desde una perspectiva organizativa, la Ley creó la Comisión de Comercio Interestatal, primer ejemplo de Agencia Reguladora Independiente. En ella se hallan ya los elementos característicos de este tipo de Agencias:

- Estabilidad en el cargo de los órganos de dirección;
- Atribución a la misma de la capacidad para diseñar sus propias líneas de actuación, al margen de posibles injerencias del Ejecutivo y;
- La atribución de potestad reglamentaria autónoma.²⁸

²⁷ Pomed Sánchez, *ob.cit.* pp. 120, 121.

²⁸ En el ínterin que media entre la aparición de la Comisión de Comercio Interestatal y la época del New Deal, tuvo lugar la creación de dos Agencias Independientes fundamentales, el Sistema de la

La relación existente entre la intervención pública en la vida económica y la aparición de Agencias Reguladoras Independientes coincide con la política intervencionista del Presidente F. D. Roosevelt en la década de los treinta. Frente al dogma liberal clásico de la neutralidad de los poderes públicos en materia económica, los ideólogos del *New Deal* afirmaron la necesidad de una acción positiva e interventora del Estado, intervención que llevarían a cabo las Agencias Reguladoras Independientes, consideradas inmunes a toda influencia política y dotadas de una gran especialización técnica, las que estaban llamadas a transformar la sociedad estadounidense.

Las Agencias Independientes presentarían otras dos ventajas añadidas, como lo ha precisado POMED SÁNCHEZ. En primer lugar, al tratarse de órganos de la Federación, no se ven constreñidas por los frenos e insuficiencias que aquejaban a los Estados. Por otra parte, representan una cierta superación de la división horizontal de poderes, puesto que se trata de instancias que, ejerciendo funciones de tipo normativo, ejecutivo y de resolución de conflictos, permitían al Gobierno federal aplicar un programa político de vastas dimensiones²⁹

La independencia de las Agencias quedó reafirmada y definitivamente asentada, con la célebre Sentencia *Humphrey's Executor V. U.S.*, de 1935. En dicha Sentencia, el Tribunal negó la pretensión de cese de un miembro de la Comisión Federal de Industria, que había sido nombrado por el Presidente republicano y que se mostraba desafecto a la política del nuevo Gobierno, afirmando que:

La autoridad del Congreso para crear Agencias cuasi-legislativas o cuasi-judiciales, para permitirles actuar con independencia frente al ejecutivo, no puede ser cuestionada y esa autoridad incluye, como un medio adecuado, la potestad de fijar un período de permanencia en el cargo, así como prohibir su remoción, excepto por causa justificada (*for cause*).

Este pronunciamiento supuso el abandono del criterio jurisprudencial sentado en el caso *Myers v. U.S.*, de 1916, según el cual, para tener un ejecutivo fuerte, como había sido el propósito de los constituyentes, era preciso reconocer al Presidente la libertad de seleccionar y cesar a sus funcionarios y agentes.³⁰

Reserva Federal, regulado por la Ley de la Reserva Federal, de 23 de diciembre de 1913 y la Comisión Federal de Industria, surgida al año siguiente.

²⁹ Pomed Sánchez, *ob cit.* p. 126.

³⁰ En los años siguientes a la Sentencia *Humphrey's* se crean más de diecisiete Agencias Independientes. Así, se constituyeron el Fondo Federal de Garantía de Depósitos (*Federal Deposit Insurance Corporation*), la Comisión de Títulos y Cambio (*Securities and Exchange Commission*), encargada de disciplinar la actividad de los mercados de valores, la Oficina Nacional de Relaciones Laborales (*National Labor Relations Board*), la Oficina de la Seguridad Social (*Social Security Board*) y, finalmente, se reformó la Ley de la Reserva Federal, a fin de dotar a este órgano de mayores competencias y de fortalecer su independencia.

Las agencias independientes nacen como producto de una consagración constitucional que no primaba la separación estricta de los poderes públicos entre sí. Así, la Constitución de los Estados Unidos de 1787, si bien asignó a cada rama del poder público una función propia y connatural, es decir, la legislativa, judicial y ejecutiva, sin embargo, omitió cualquier declaración expresa que prohibiera la concentración de funciones públicas de diversa naturaleza en una misma autoridad, razón por la cual, algunos estudiosos han expresado que la teoría clásica de la separación de poderes, acogida por esa constitución constituyó una formulación jurídicamente inacabada e incompleta. Sin embargo, por obra de la jurisprudencia de los tribunales norteamericanos, la teoría fue evolucionando hasta abrirle paso al principio de equilibrio entre los poderes y de recíproca influencia entre ellos, conocido hoy como el principio de *checks and balances* o equilibrio de poderes, que se considera hoy, propio de la Constitución de los Estados Unidos de 1787, y que constituye un pre-

supuesto fundamental del sistema de administración por agencias independientes y de su marco constitucional.

En 1887, se creó la primera agencia administrativa independiente federal en la figura de la *Interstate Commerce Commission (ICC)*, como administración competente en el ámbito federal, para regular y supervisar el funcionamiento del sector ferroviario, habilitada competencialmente con facultades que la doctrina calificaría inmediatamente como cuasi-legislativas y cuasi-judiciales. Este modelo surge como algo totalmente novedoso en donde el acento funcional y competencial estaba puesta en su verdadera independencia y autonomía respecto a los poderes públicos y en particular respecto al ejecutivo, además de su notoria atribución regulatoria; luego de lo cual fueron creadas, otras AAI, como la *Federal Reserve System (1913)*, la *Federal Trade Commission (1914)*, la *Federal Radio Commission (1927)*, la *Federal Power Commission (1930)*, la *Securities and Exchange Commission (1934)*, la *Federal Communications Commission (1934)*, la *National Labor Relations Board (1935)*, la *United States Maritime Commission (1936)* y la *Civil Aeronautics Board (1938)*.

La real y material independencia técnica de las AAI, generó casi inmediatamente una reacción en las altas esferas de los poderes dirigida a pregonar su inconstitucionalidad por constituir un poder al margen de todo tipo de control por cualquiera de los otros poderes públicos. Ello se debió, como lo apunta FERNÁNDEZ ROJAS, a los tres elementos que, en su conjunto, parecían amenazar el orden constitucional:

- la escasa responsabilidad política por sus decisiones;
- su atomización en múltiples centros de decisión y;
- la potestad para actuar al margen de la orientación política del gobierno.

Casi inmediatamente a su nacimiento, las AAI se vieron confrontadas por el rechazo y la hostilidad del Poder Ejecutivo frente a ellas, intentando someter y subordinar a las AAI, a la categoría de agencias ejecutivas, dado que, en muchos casos se convertían en una autoridad administrativa incómoda para la política gubernamental.

La célebre sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, fue la primera en pronunciarse a favor de la constitucionalidad del sistema de administración por agencias o administraciones independientes. La destitución del director de la Federal Trade Commission (FTC), WILLIAM F. HUMPHREY, fundada en su negativa reiterada a someterse a la política presidencial, dio lugar a que, tras su fallecimiento, el albacea administrador de su herencia intentara ante los tribunales un proceso civil declarativo contra la administración federal, exigiendo los salarios dejados de percibir desde su destitución, al haber sido cesado por causas no previstas legalmente para la destitución de los altos directivos de la agencia. La Suprema Corte, emitió por unanimidad la sentencia que se convertiría en el pilar protector a favor de la legitimidad constitucional de las AAI. Ya la sentencia *Myers v. United States* de 1926 había sostenido la inconstitucionalidad de una norma legal que impedía al presidente de los Estados Unidos remover libremente de sus cargos a los executive officers, y permitió a la Suprema Corte afirmar la supremacía presidencial sobre el poder ejecutivo y la administración. Esta sentencia le reconoció al presidente el derecho ilimitado de remoción discrecional, respecto de los titulares de los diferentes órganos de la administración federal. La sentencia *Humphrey's Executor v. United States* de 1935, precisó y delimitó el alcance de aquella, al sostener que, en ciertos casos, el poder presidencial de remoción podría verse seriamente limitado legalmente, en particular las competencias presidenciales de libre remoción de los cargos directivos de las agencias administrativas federales, sin que ello significara trasgredir el orden constitucional, cuando dichas administraciones desempeñasen además, funciones de naturaleza cuasi-legislativa regulación o cuasi-judicial resolución de conflictos técnicos y jurídicos.

El temprano informe Brownlow de 1937, realizado bajo la administración ROOSEVELT, fue quizás junto a los informes HOOVER lo más agresivo que se haya elaborado por los partidarios de las tesis unionistas contras las AAI. En el caso del informe Brownlow, este concluye, definiendo las AAI como “una poderosa, descoordinada y acéfala cuarta rama del poder público, que desafía la lógica de la responsabilidad democrática y desborda gravemente el marco constitucional”. Los informes elaborados por representantes del gobierno federal y funcionarios del ejecutivo se multiplicarían los años subsiguientes, como fue el caso de los informes, de Ash (1971), Grace (1983) y Gore (1993), por mencionar solo algunos; informes estos que insistirían duramente en la inconstitucionalidad y en la inconveniencia de mantener el sistema de administraciones independientes como órganos no sujetos

o adscritos al ejecutivo federal. Lo más paradójico es que un cúmulo jurisprudencial que cubría varios años reconocía al Presidente atribuciones cuasi-legislativas y cuasijudiciales, por lo que objetar la legitimidad y la constitucionalidad de las AAI por ostentar tales atribuciones es una supuesta ruptura del sistema de tripartición de los poderes públicos clásicos, resultaba un débil argumento. De esta forma, las sentencias sentadas en los casos, *Field v. Clark* (1892), *United States v. Grimaud* (1911), *Myers v. United States* (1926), *J.W. Hampton Jr. & Co. v. United States* (1928), y *Yakus v. United States* (1944), ya habían declarado constitucionales varias leyes que otorgaban al presidente de los Estados Unidos atribuciones cuasilegislativas y cuasijudiciales.

Pero la independencia de las agencias administrativas comienza a ser reinterpretada y redelimitada a partir de la célebre sentencia del caso *Synar v. United States*, dictada en 1986 por el Tribunal Federal de Apelación con sede en Washington D.C. la cual comienza a abrirle camino a un nuevo criterio enraizado igualmente en la constitución de 1787 y que descansa en el también clásico principio constitucional del *checks and balances*, contenido desde antiguo en la Constitución de 1787. La aplicación de este criterio para justificar la constitucionalidad del sistema de administración por agencias independientes demostró su efectividad en 1993, cuando el Congreso de los Estados Unidos, con mayoría parlamentaria del Gobierno negó la modificación y supresión de algunos aspectos esenciales de algunas AAI, bajo el argumento de que tal reducción efectiva de la autonomía de las AAI podría derivar en una ejecución inconstitucional de facultades a favor del ejecutivo.

De modo que, hoy en día las AAI se sostienen legitimadas por este principio y su interpretación jurisprudencial del *check and balances*, el cual ha propiciado una serie de reformas, sobre todo en las últimas dos décadas del siglo XX, y las cuales han dimanado tanto de la actividad parlamentaria, judicial y administrativa, intentando y logrando equilibrar la situación del Presidente y mecanismos de tutela o control sobre las AAI. Así, el Congreso, poder modelador precisamente del sistema de administración por agencias independientes, consolidó en las últimas décadas dos reformas fundamentales: la primera de ellas es el multiplicado otorgamiento de competencias de naturaleza cuasi-legislativa y cuasi-judicial en torno al presidente, especialmente a través de sus agencias ejecutivas; Y la segunda, ha sido la eliminación de algunas administraciones independientes que se consideraban fundamentales e intocables como la *Civil Aeronautics Board* (CAB), cuyas funciones fueron reasignadas al *Department of Transportation*, o la *Interstate Commerce Commission* (ICC).

En el mismo orden de ideas, el Poder Judicial ha reformulado sus criterios flexibilizando sus ideas respecto a la relación que debe existir entre el Presidente y las AAI, admitiendo una reducción en la realidad de la autonomía de las AAI y contribuyendo al rediseño de la institución a lo largo de los últimos treinta años, gracias a una creciente preocupación por amparar al gobierno en el ejercicio de sus derechos constitucionales. Por una parte, se han flexibilizado los criterios respecto a los presupuestos legales que obstaculizaban al Presidente para remover los altos directivos de las agencias independientes, criterios estos que germinaron a partir de las sentencias dictadas en los casos *Morrison v. Olson* de 1988 y *SEC v. Bilzerian* de 1990, las cuales se preocupan por preservar y salvaguardar, con rango de primacía, las competencias presidenciales para dirigir, diseñar y ejecutar la política pública, frente a la intervención de las administraciones o agencias independientes. La segunda reforma o cambio de criterio construido por la jurisprudencia es la definición de los motivos y causas para la atenuación de la rigidez de los presupuestos legales que permiten al presidente remover a los altos cargos de las administraciones independientes, ha significado que las causas legales, que hacen procedente el ejercicio de la potestad de remoción, como son la grave negligencia o la mala fe en el cumplimiento del deber, puedan verse multiplicadas análoga y extensivamente por la interpretación jurisprudencial, entre las cuales resalta como causal la repetida y grave discrepancia entre las políticas presidenciales y las formuladas o ejecutadas por las AAI.

En el caso de las reformas administrativas, curiosamente la reducción o transformación de la independencia en autonomía, es decir, la aceptación de vínculos de subordinación administrativa-parcial, el replanteamiento y la reconceptuación que vienen sufriendo las AAI, sobre todo en sus relaciones con el ejecutivo, las mismas agencias independientes han aceptado someterse voluntariamente a las *Executive Orders* gubernamentales. Como lo destaca FERNÁNDEZ ROJAS, “*el acatamiento manifestado voluntariamente por las AAI que lo deseen, transforma en vinculantes las disposiciones contenidas en las respectivas Executive Orders, lo cual supone un radical cambio en la actitud de algunas de las otrora beligerantes agencias independientes, y significa un paso desde el punto de vista de las tesis unionistas- hacia la consolidación de la supremacía adminis-*

2. *Las Administraciones Públicas Independientes en el Ordenamiento Francés*

La importación del modelo norteamericano de las Agencias Independientes se produjo masivamente, siendo uno de sus primeros receptores Francia. Allí ha surgido la figura de las “*autorité administrative indépendante*” objeto de una fuerte discusión política y jurídica, así como de variadas decisiones tanto por el Consejo Constitucional como por el Consejo de Estado³¹.

La característica esencial que define a las autoridades administrativas independientes en Francia, es su amplia autonomía en el ejercicio de sus competencias, en situación de intangibilidad e independencia frente a cualquier forma de control jerárquico por la Administración, es decir de las facultades jerárquicas que le asisten al gobierno en sus relaciones ordinarias con la administración. Presentan así genéticamente una conformación institucional que puede neutralizar a través de su especial autonomía, la indebida injerencia del gobierno en la administración y ofrecer a sectores de especial sensibilidad económica y social, la vocación prestacional, la credibilidad, independencia y neutralidad, que se exige de las administraciones públicas.

La influencia decisiva en este tema que el sistema de administraciones independientes del derecho norteamericano ha ejercido sobre las recientes reformas del derecho público francés, se ha reflejado tanto en las autoridades administrativas independientes del orden legal, como en las de rango constitucional.

*trativa del gobierno. Esta transformación, que se ha ido gestando gradualmente, se manifiesta sobremanera a partir de las importantes Executive Orders proferidas por los gobiernos REGAN y CLINTON, cuyo objeto ha sido exigir a las AAI, un mínimo de acatamiento a las políticas públicas promovidas desde el gobierno, así como una mayor coordinación entre las diversas políticas adelantadas por un nutrido número de administraciones independientes”. Al respecto véase: FERNÁNDEZ ROJAS, Gabriel (2003): *La administración por agencias independientes en los Estados Unidos de América*, Vniversitas, núm. 106, Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia, pp. 177-205. Igualmente pueden consultarse: Bilbao Ubillos, Juan María (1999): *Las agencias independientes: un análisis desde la perspectiva jurídico-constitucional*, Universidad de Valladolid, AFDUAM 3, pp. 163-181. Sancho, David (2003) *Regulación y agencias reguladoras independientes: elementos clave para la consolidación de su diseño institucional* Universidad Pompeu Fabra de Barcelona. España.*

³¹ En este tema de la Administración por agencias independientes en Francia, pueden consultarse: Fernández Rojas, Gabriel: *Las autoridades administrativas independientes en Francia*; Vniversitas, núm. 107, 2004, pp. 343-372 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia Longobardi, N., «*Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif, suite et fin*». Les Petites Affiches, n° 173, 1999, p. 10 y ss.; Rivero, J. et Waline, J., *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1998, p. 313; Gentot, M., *Les autorités administratives indépendantes*, 2^e éd., Montchrestien, Clefs Politique, Paris, 1994, p. 14 y ss.; Teitgen-Colly, C., «*Les instances de régulation et la Constitution*», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Étranger*, n° 1, 1990, p. 24, 42 y ss. Para un análisis completo de las facultades tradicionales del gobierno frente a las administraciones *Vid.* Chauvin, F., *Administration de l'Etat*, Dalloz, Paris, 2002; Bauby, P., *Dérégulation et re-régulation: les transformations du service public de l'électricité. Le service public en devenir*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 199 y ss.; Chevallier, J., *Le place du service public dans l'univers juridique contemporain. Le service public en devenir*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 26 y ss.; Esplugas, P., *Le service public*, Dalloz, Paris, 1998, p. 105 y ss.; Chevallier, J., *La réforme de l'état et la conception française du service public*. RFAP.

Es en sistema integrado por las autoridades administrativas independientes de configuración legal, donde se ha presentado la confrontación y controversia por su limitación a las facultades reconocidas al gobierno de la República por la Constitución francesa de 1958³²

La doctrina francesa, ante el surgimiento de las primeras Autoridades Administrativas Independientes, carentes de personalidad jurídica propia, por lo que sus actos se imputan directamente al Estado, las recibió inicialmente como la formulación más importante de los últimos años en el Derecho público, para luego pasar a expresar dudas y críticas a su legitimidad y en torno al régimen jurídico que les corresponde. Inclusive hay quienes consideran esta figura una auténtica *contradictio in terminis*, por entender que no cabría en el sistema constitucional francés la existencia de un sector de la Administración que se sitúe al margen del poder de dirección del Gobierno. En apoyo de esta tesis se aduce el artículo 20.2 de la Constitución francesa de 1958, en virtud del cual el Gobierno dispone de la Administración. Como quiera que en estos supuestos el Gobierno no pudiera ejercer ningún tipo de control sobre los órganos ni sobre la actividad de unos organismos calificados como administrativos, el legislador estaría desconociendo la existencia de un *domaine réservé* al ejecutivo.

La posición jurisprudencial respecto a las Autoridades Administrativas Independientes, se ha movido entre el laconismo prudente del Consejo Constitucional y el silencio ostensible del Consejo de Estado. Así, mientras el primero ha empleado la denominación de Autoridad Administrativa Independiente, el Consejo de Estado ha eludido todo pronunciamiento expreso a ese respecto.

Sus características fundamentales en el derecho francés pueden esquematizarse de la siguiente forma:

Desde la perspectiva organizativa, se aprecia una clara opción por la colegialidad en la composición de sus órganos;

La nota de la especialidad, que se traduce en la atribución a las mismas de la función reguladora de un sector concreto de la actividad estatal, en orden a lo cual tienen poderes de dirección y disciplina, entre los que destacan las potestades reglamentaria y sancionadora;

En tanto que las Agencias Reguladoras norteamericanas tienen personalidad jurídica propia, las Autoridades Administrativas francesas carecen de ellas, por lo que sus actos se imputan directamente al Estado, ausencia de personalidad jurídica que fundamenta el rechazo de A. DE LAUBADERE a su caracterización como un ejemplo de descentralización administrativa.

³² Esta influencia del derecho norteamericano respecto al ejercicio de la actividad administrativa mediante el sistema de agencias o administraciones independientes se ha difundido en diversos países, que comparten, asimismo, un amplio elenco de instituciones similares, en particular presentes en el derecho español, alemán e italiano. Las administraciones independientes del derecho español, los *ministerialfreie Räume* alemanes, las administraciones italianas comprendidas bajo la denominación institucional de *autorità amministrative indipendenti*, y las *autorités administratives indépendantes* del régimen francés, participan entre sí, de rasgos característicos relativamente semejantes. Del mismo modo merece resaltarse, como lo hace Fernández Rojas que las *quasi-autonomous non-governmental organisations (quangos)*, tan características de las últimas reformas emprendidas en el Reino Unido, realmente conservan en muchos aspectos, una mayor similitud con las autoridades administrativas independientes del derecho continental, que con las *Independent Agencies o Independent Regulatory Agencies del derecho norteamericano*. Vid. Craig, P.P., *Administrative Law*, 5th. ed., Sweet & Maxwell, London, 2003. Véase: Fernández Rojas, *op cit.*

Se distinguen diversas categorías de Autoridades Administrativas Independientes: aquellas que responden a una exigencia nueva de regulación social en el sector de la información y de la comunicación -Alta Autoridad, Comisión de Encuestas-; aquellas concebidas como solución para luchar contra el poder burocrático -Mediador, Comisión de Acceso a la Documentación Administrativa-; aquellas otras que tienen que ver con lo que se denomina el poder científico y técnico -Comisión Nacional de Informática y Libertades, Comité Consultivo Nacional de la ética para las ciencias de la vida y de la salud, Comisión de Información Nuclear- y los que hacen referencia a la vida económica -Comisión de Operaciones de Bolsa, Comisión de la Competencia-³³.

La Administración por agencias independientes en Francia presenta igualmente otra característica que es connatural a esta categoría, cualquiera sea la forma en que se presente en los diversos países y es la que tienen por objetivo fundamental la tutela y satisfacción prestacional de los derechos humanos, como parte del predicado y del condicionamiento teleológico de administración servicial. Precisamente, en Francia, la primera entidad consagrada expresamente por la ley como *autorité administrative indépendante* fue creada para la protección de los derechos y libertades fundamentales, con la constitución en 1978, de la *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés*, habilitada para supervisar el uso apropiado de la mayoría de los datos contenidos en ficheros y bases informatizadas, de titularidad pública y privada.

El mismo año se creó también la *Commission d'Accès aux Documents Administratifs*. en acatamiento a la Decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de abril de 1990, que condenó al Estado francés por no dar adecuada garantía a la intimidad y el secreto en las comunicaciones. El legislador creó otra administración independiente para la protección de los derechos fundamentales, mediante la creación de la *Commission Nationale de Contrôle des Interceptions de Sécurité*.

Las autoridades administrativas independientes tienen una amplia potestad regulatoria, la cual comprende la habilitación para dictar, tanto los reglamentos internos, de su propia organización y funcionamiento, sino normas jurídicas generales que inciden con valor de sujeción en los sectores de actividad que le han sido encomendadas. Sin embargo, se encuentran vinculadas en ejercicio de tal potestad reglamentaria a las disposiciones reglamentarias del gobierno en el ejercicio de sus competencias reguladoras, característica limitante esta que las distingue de las agencias independientes del derecho norteamericano. Tal limitación ha sido progresivamente tallada por el Consejo Constitucional, a través de numerosas decisiones en las que ha interpretado en atención a la Constitución, y respecto la libertad de comunicación, la inconstitucionalidad la concesión de potestades reguladoras a las administraciones, a menos que estén debidamente limitadas y su ejercicio se haga dentro del marco definido por "los reglamentos" del gobierno³⁴.

³³ Como bien lo destaca Pomed Sánchez, se trata, en todos los casos, de sectores especialmente sensibles, dato este que ha sido destacado por G. Vedel y P. Devolve, *Droit administratif*, vol. II, Themis, París, 1990, p. 447. (69) *Vid.*, para el Derecho estadounidense, L. MARTÍN-Retortillo, Energía, *op. cit.*, p. 61. Adviértase que, en el Derecho francés, no todas las Autoridades Administrativas Independientes tienen atribuidas potestades reglamentaria y sancionadora, toda vez que algunas de ellas ejercen, fundamentalmente, funciones de mediación y de composición de intereses. Tal sucede, especialmente, con la Comisión de Acceso a la Documentación Administrativa. A este respecto. Véase Pomed Sánchez, *ob. cit.* pp. 127, 128.

³⁴ Decisión 84-173 de 26 de julio de 1984, sobre la explotación de servicios de radio y televisión, y la Decisión 86-217 de 18 de septiembre de 1986.

3. *Las Administraciones Independientes en España*

La aparición de las Administraciones Independientes en el catálogo del Derecho público español constituye, en primer término, un fenómeno vinculado a la evolución del régimen jurídico de las personificaciones instrumentales. Por cuanto que, en el caso de las Administraciones Independientes, se les ha atribuido un Derecho estatutario propio sobre la base de la concesión a las mismas de personalidad jurídica propia, que deroga el régimen general de los entes institucionales.

Las Administraciones Independientes, por contraposición a los órganos independientes, no surgen para resolver conflictos, sino para ordenar determinados sectores de la vida pública. Desde esta perspectiva, la aparición de una serie de Entes de Derecho público a los que se atribuye la denominación genérica de Administraciones Independientes -Ente Público Radio Televisión Española, Consejo de Seguridad Nuclear, Banco de España, Comisión Nacional del Mercado de Valores y Agencia de Protección de Datos- representa un curioso hito constituido por el deseo de escapar a la regulación del Derecho administrativo.³⁵

Sus características en el derecho español pueden resumirse en los siguientes términos:

- La creación de Administraciones Independientes persigue, como objetivo principal, la consecución de un nuevo título de legitimación de la acción de los poderes públicos en ámbitos especialmente sensibles, reforzando la nota de la objetividad en el servicio a los intereses generales, modulando el principio de jerarquía, expresamente recogido en el artículo 103. Const.
- En el plano formal, se trata de Entes Institucionales.
- El fin o servicio para cuya gestión se crea el ente institucional es un fin o servicio propio del ente matriz, que conserva, en todo caso, la titularidad del mismo.³⁶
- El ente matriz y el ente instrumental forman un complejo organizativo unitario, en virtud de la adscripción de este último al primero a través de un Ministerio específico.
- La existencia de un poder de dirección, reconocido al ente de adscripción respecto de las actividades realizadas por el ente instrumental institucional. Poder de dirección que se concreta en la existencia de un control sobre el personal de dirección y un control sobre los actos.
- La extinción o disolución del ente institucional sólo puede ser acordada por el ente de adscripción.

Respecto a la competencia supervisora de estos entes reguladores es menester tener en cuenta que ni el acceso, ni el establecimiento de las obligaciones de servicio universal que se imponen unilateralmente, ni la fijación de tarifas y precios se lleva a cabo por los entes

³⁵ Puede consultarse al respecto: García De Enterría, E y Fernández Rodríguez, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, tomo I, 1989, p. 406 y ss.; i. A. Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, tomo T, p. 1 190; J. R. Parada Vázquez, *Derecho*, *op. cit.*, tomo II, p. 212 y ss.; G. Ariño Ortiz, *La Administración institucional (Bases de su régimen jurídico)*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974, p. 234 y ss., y S. Martín-Retortillo, *Las Empresas Públicas: Reflexiones del momento presente*, núm. 126 de esta Revista, 1991, p. 64 y ss. (111) *Vid.* M. F. Clavero Arévalo, *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*, «Documentación Administrativa», núm 58 (1958), p. 13 y ss.

³⁶ *Vid.* E. García De Enterría Y T. R. Fernández Rodríguez, *Curso...*, *op. cit.*, tomo I, p. 409 y ss. |

reguladores, sino por el gobierno. La fijación del precio regulado no se realiza en el ámbito de un contrato de gestión de un servicio público.³⁷

Los ejemplos más destacados de Administraciones Independientes en el ordenamiento español son el Banco de España, regulado por la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España, y su potestad reglamentaria se estableció en el artículo 3 de la citada Ley. La configuración del Banco de España como Administración independiente o ente regulador es atípica en cuanto que es producto de la progresiva asunción de mayores niveles de autonomía durante los más de 100 años de existencia

La Comisión Nacional del Mercado de Valores fue creada por medio de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, y su potestad reglamentaria se regula en sus artículos 15 y 23.a. La creación de la CNMV responde a la influencia norteamericana, concretamente del modelo de la *U.S. Securities and Exchange Commission*. Aquí, como acota GARCÍA ÁLVAREZ, el legislador no ha sido totalmente coherente con el modelo, dado que junto a un ente regulador para las entidades financieras -el Banco de España- y otro para los mercados de valores -la CNMV-, las funciones equivalentes para las entidades aseguradoras son ejercidas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del Ministerio de Economía y Hacienda.³⁸

A su vez, la Comisión Nacional de Energía, creada por medio de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos ostenta una potestad discrecional amplia regulada en el Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía, artículo 17. Esta entidad sustituyó a la Comisión Nacional del Sistema Eléctrico.

Igualmente forma parte del inventario de las Administraciones Independientes la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones actualmente regulada en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre.

Por excepción a la regla general, existen dos entidades económicas dotadas de personalidad jurídica en el ámbito energético³⁹: la Agencia Valenciana de la Energía, creada por Ley 8/2001, de 26 de noviembre, y la Agencia Andaluza de la Energía, creada por Ley 4/2003, de 23 de septiembre.

Los organismos reguladores ejercen funciones de policía administrativa sobre un sector de actividad. Es decir, la supervisión prudencial, la inspección y, en caso de infracción, el restablecimiento de la legalidad alterada y la sanción administrativa. Es a partir de su carácter de organizaciones administrativas especializadas que se les encomienda una función reglamentaria.

³⁷ Meilan Gil, *ob cit.* p. 30.

³⁸ Al respecto puede consultarse: Fuerte López, Mercedes: *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*; Editorial Lex Nova, Valladolid. 1994.

³⁹ *Vid:* García Álvarez, Gerardo: “Los poderes normativos de las Administraciones Independientes”, *Revista de Administración Pública* ISSN: 0034-7639, núm. 171, septiembre-diciembre Madrid 2006, pp. 139-179 147 12. Igualmente puede consultarse: Fuertes López, Mercedes, *La Comisión Nacional del Mercado de Valores*, Editorial Lex Nova, Madrid 1994; Sánchez Calero, Fernando, “*Algunas consideraciones sobre la autonomía o independencia de la CNMV*”, *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, núm. 84, 2001, p. 7-25. 13. EMBID IRUJO, Antonio: *Ordenación del seguro y competencias de los poderes públicos*, Cedecs, Barcelona, 1997.

Las administraciones independientes, no obstante, su carácter orgánico como personificaciones instrumentadas, dictan las llamadas Normas Prudenciales, actos administrativos de carácter netamente técnico en su mayoría y muchas veces sumamente complejos, dirigidos a los agentes sectoriales privados que operan en el mercado regulado, normas que tienen una fuerza imperativa y de *ius cogens*, mientras que también los organismos reguladores disponen de las prerrogativas ordinarias de las Administraciones públicas en el Derecho español.

En este sentido, las Administraciones independientes disponen de la potestad de autotutela tanto en su vertiente declarativa, pudiendo dictar órdenes específicas para restablecer la legalidad cuando se advierta un incumplimiento o una transgresión del régimen prudencial; como en su modalidad o categoría ejecutiva, pudiendo utilizar medidas coactivas de ejecución forzosa si su orden no es cumplida, incluso recurriendo a la fuerza pública. Además, la mayoría de las entidades reguladoras disponen por habilitación normativa de la potestad sancionadora, por lo que, si el incumplimiento es enmarcable en cualquiera de los tipos sancionables tipificados legalmente, pueden tales administraciones instruir el correspondiente procedimiento administrativo, en el que se garantizarán los derechos de la defensa, y proceder a imponer una sanción, que tendrá carácter ejecutivo una vez que quede firme en vía administrativa⁴⁰.

4. *La Administración con autonomía funcional en Venezuela y las Administraciones independientes: La inexistencia de una fórmula categorial única para el ejercicio institucional de la actividad de regulación económica*

En Venezuela no existe un patrón categorial o modelo de personificación instrumental único utilizado por el Legislador como modelo de los entes u órganos que conformen un núcleo organizacional que pudiéremos denominar como la Administración Pública independiente, aún cuando según alguna doctrina es posible identificar algunos entes que encajan dentro del marco general definitorio de tales Administraciones, según lo que pasamos a ver.

A. *La diversidad de tipos orgánicos y entes regulatorios*

Sin embargo, esta estructura organizacional del Poder Público que concierne a la actividad de regulación en nuestro país, esta conformada por órganos subordinados de ordinario al Poder Ejecutivo; empezando por servicios desconcentrados sin personalidad jurídica; pasando por entes descentralizados funcionalmente con un grado de autonomía patrimonial y funcional predicado -la más de las veces retóricamente- por sus respectivas leyes de creación y de ordenación del sector de actividad económica que están llamados a regir y regular, de los cuales uno de los más complejos es el sector bancario y crediticio, regimentado regulatoriamente por la Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones del Sector Bancario, la cual tiene atribuida la condición formal de Instituto Autónomo; hasta entes de rango constitucional con una consagratoria de autonomía predicada por el propio texto fundamental, como es el caso del Banco Central de Venezuela por ejemplo.

De modo que la actividad administrativa regulatoria en Venezuela es desempeñada por órganos y entes de diversa naturaleza y no por un tipo único que pudiera encajar en el perfil caracterológico que hemos estudiado de las administraciones independientes, siendo frecuente que la fórmula utilizada sea la del Instituto Autónomo creado como una Superintendencia o, inclusive, la de un servicio desconcentrado sin personalidad jurídica o bajo la forma de los denominados y escasos órganos con autonomía funcional.

⁴⁰ *Idem*, p. 160.

a. *Caso del BANCO CENTRAL DE VENEZUELA*

El BCV es un ente de naturaleza jurídica atípica y su clasificación o calificación dentro del universo de las personas jurídicas estatales puede hacerse desde diversas perspectivas. La propia Ley del Banco Central de Venezuela⁴¹ reconoce tal atipicidad cuando en su artículo 1 define a esta institución como “*una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, de naturaleza única, con plena capacidad pública y privada, integrante del poder público nacional*”.

La adjetivación como persona jurídica de “naturaleza única” que acoge la norma pareciera indicar que el legislador quiso dejar claro que la institución no es clasificable en ninguna de las categorías de los entes estatales que conforman la descentralización funcional.

BREWER-CARIÁS, sin embargo, nos recuerda que, desde su creación en 1939, el BCV tuvo forma de sociedad anónima, sumado ello a un régimen expresamente declarado de autonomía, y hasta 1974 los particulares podían participar en su capital; todo lo cual lo llevó a clasificarlo como un establecimiento público asociativo.⁴²

Empero, no obstante haber sido constituido bajo la forma societaria, la Corte Federal y de Casación en Sala Político-Administrativa adelantó la calificación del BCV como un “*ente público*”, descartando que fuera un instituto privado.

Con la reforma de la Ley en 1974 se hizo más compleja aún su catalogación en alguna de las categorías tradicionales de la Administración Descentralizada, dado que este texto de 1974 en su artículo 1, lo declaró como una “*persona jurídica pública con forma de compañía anónima*” y vetó toda posibilidad de participación del capital privado en dicha institución. Ya en la reforma de la Ley en el 2002 se le calificó como persona jurídica de derecho público de carácter único.⁴³

⁴¹ Gaceta Oficial n. 38.232, extraordinaria del 20 de julio de 2005.

⁴² Brewer-Carías, Allan R. *Derecho Administrativo*, tomo I; UCV-Universidad del Externado, Bogotá 2005, pp. 400, 401.

⁴³ Muy similar discusión y evolución ha existido en España sobre la naturaleza jurídica del Banco de España, que cumple las funciones propias de la banca central. En efecto, en la Ley de Ordenación Bancaria de 1921 –Ley Cambó– y en la Ley de Ordenación Bancaria de 1946, se regula la creación del Banco de España como una institución en la que participaba el capital privado, siendo la Ley de Ordenación del Crédito y la Banca de 1962 la que lo nacionaliza, transfiriéndose sus acciones al Estado, y calificándosele de “*Institución oficial con personalidad jurídica*”. La vigente Ley de Autonomía del Banco de España, la Ley 13/1994 de 1 de junio, modificada por la Ley 66/1997 de 30 de diciembre de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social y por la Ley 12/1998 de 28 de abril, establece en su artículo 1 la definición y régimen jurídico de la Institución: “*el Banco de España es una Entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. En el desarrollo de su actividad para el cumplimiento de sus fines actuará con autonomía respecto a la Administración del Estado, desempeñando sus funciones con arreglo a lo previsto en esta Ley y en el resto del Ordenamiento Jurídico*”.

La doctrina ha destacado como, conceptualizado así, el Banco de España no encaja en ninguna de las categorías generales de entidades o administraciones institucionales: organismos autónomos, sociedades estatales, organismos administrativos o entidades públicas empresariales. Tal y como sucede en nuestra legislación y organización administrativa, concluye Zunzunegui que ocurre en el ordenamiento español, señalando que el Banco de España es “*una entidad de derecho público especial, que ocupa un puesto destacado dentro de los que se pueden considerar que forman la Administración Institucional y que no encaja en ninguno de los tipos o categorías genéricas recogidos en nuestro ordenamiento, pudiendo considerarse, además, como un caso de Administración independiente*”. Vid: Zunzunegui, Fernando: *Lecciones de Derecho Bancario y Bursátil*; Editorial

La constitucionalización del Banco Central de Venezuela en el texto de 1999, consagrando su personalidad jurídica de derecho público y su autonomía para la formulación y el ejercicio de las políticas de su competencia, tal y como lo dispone el artículo 318 constitucional, provocaron un cambio en el criterio de clasificación de BREWER-CARIAS, estimando el destacado doctrinario que en la actualidad puede ser calificado como un *establecimiento público institucional*, con forma de sociedad anónima, pero diferenciado de los institutos autónomos⁴⁴.

El Tribunal Supremo de Justicia introdujo una novedosa y desconocida calificación para el BANCO CENTRAL DE VENEZUELA que no figura dentro del catálogo elaborado por la doctrina del universo de las personas jurídicas estatales, asignándole a dicha Institución el calificativo de “*órgano de relevancia constitucional*” y que parece carecer de sustancia caracterizante. Así en sentencia de la Sala Constitucional, caso Recurso de nulidad por inconstitucionalidad de los artículos 113 y 114 y de la Disposición Transitoria Décima de la Ley del Banco Central de Venezuela por presunta violación de los artículos 318 y 320 de la Constitución, expresó:

La regulación contenida en los artículos parcialmente transcritos comporta la constitucionalización del Banco Central de Venezuela, lo cual implica, fundamentalmente dos efectos de forma directa, tal como ha señalado RUBÉN MARTÍNEZ DALMAU “por una parte, dota a la institución de la categoría de órgano de relevancia constitucional. La doctrina ha diferenciado entre órganos constitucionales y órganos de relevancia constitucional: en ambos casos, como señala LÓPEZ GUERRA, se prevé su existencia en la Constitución y son, por tanto, insuprimibles por el legislador. Respecto a los órganos constitucionales, al ser esenciales a la propia configuración del Estado, la Constitución se ocupa asimismo de su composición, procedimiento y funciones principales. Los órganos de relevancia constitucional, si bien no son consustanciales a la forma de gobierno, coadyuvan de manera importante al cumplimiento de los objetivos del Estado. Esta función, en referencia al Banco Central de Venezuela, viene reconocida en el propio estatuto constitucional del órgano” -Cfr. MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN. La Configuración Constitucional del Banco Central de Venezuela. Consultado el 30/01/10, en la página web <http://www.bcv.org.ve/Upload/Conferencias/dalmau.pdf>, p. 9 y 10- y además; implica que la regulación de parte de su organización y competencias, no puede ser modificada o alterada por el legislador, en el marco del principio de jerarquía normativa.

Colez, Madrid 2001, pp. 47, 48, 48. Igualmente véase: Orriols Sallés, M.A. et al (1997): *Banco de España y estructura plural. Los modelos administrativos de la Reserva Federal americana y del Bundesbank Alemán*; Ediciones Marcia I Pons. Situación similar respecto a la naturaleza societaria se presenta históricamente en el banco de Inglaterra, el cual comenzó siendo una sociedad por acciones establecida en 1694 por una Ley del Parlamento. Posteriormente todo el capital fue adquirido por el Estado de acuerdo con lo establecido en la Ley del Banco de Inglaterra de 1946. Sin embargo, la innovación más importante de esa Ley se consagró en los incisos del artículo 4, que dotaban al Banco de Inglaterra de poderes legales para dirigir los asuntos de los bancos comerciales. Hasta esa Ley, el Banco de Inglaterra tenía que recurrir a la persuasión moral.

También en el caso del Bundesbank, su precedente el Banco de Prusia, creado en 1846 con la transformación del Banco Real de Depósito y Préstamos, fundado por Federico El Grande en 1765, era una institución societaria por acciones de tipo mixto, aunque administrada por el Estado. La Ley Fundamental de Bonn de 23 de mayo de 1949 constitucionalizó la existencia de un Banco Central al establecer que la Federación creaba un banco monetario y emisor con carácter de banco federal.

⁴⁴ Brewer-Carías, Allan R. *Sobre el Banco Central de Venezuela, como ente descentralizado de la Administración Pública del Estado, con personalidad jurídica de derecho público directamente prevista en la Constitución*, consultado por internet, 2019.

En el mismo fallo, el TSJ deja claro que la autonomía del BCV no significa independencia en el ejercicio de sus competencias, sino que se trata de una “*autonomía condicionada*”, dada la necesaria coordinación que debe existir con las políticas económicas del Ejecutivo:

“La opción del constituyente de dar rango constitucional a la autonomía del Banco Central, es el resultado necesario de las funciones atribuidas a los bancos centrales y de la experiencia histórica a nivel mundial al respecto, donde la eficiencia en el logro de los sus objetivos es inversamente proporcional a la posibilidad del Poder Ejecutivo de imponer sus políticas económicas de forma unilateral. No obstante, es preciso señalar que la autonomía de los bancos centrales respecto a su facultad de determinar discrecionalmente los instrumentos para el logro de sus objetivos no comporta una actuación al margen de los objetivos y fines del Estado. En este sentido, el artículo 318 del Texto Fundamental establece que las competencias monetarias del Poder Nacional serán ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el Banco Central de Venezuela, lo que implica en términos generales, no sólo el diseño y la aplicación de la política monetaria, sino también su regulación. Así, el ejercicio exclusivo de las competencias monetarias del Poder Nacional por parte del Instituto Emisor prevista en el mencionado precepto constitucional no puede desvincularse del resto de las disposiciones contenidas en las Secciones Tercera y Cuarta del Capítulo II del Título VI del Texto Fundamental, referidas al sistema monetario nacional y a la coordinación macroeconómica, respectivamente. En efecto, el artículo 319 Constitucional prevé que “El Banco Central de Venezuela ejercerá sus funciones en coordinación con la política económica general, para alcanzar los objetivos del Estado y la Nación”, mientras que el artículo 320 eiusdem, establece en su tercer acápite que “La actuación coordinada del Poder Ejecutivo y el Banco Central de Venezuela se dará mediante un acuerdo anual de políticas, en el cual se establecerán los objetivos finales de crecimiento y sus repercusiones sociales, balance externo e inflación, concernientes a las políticas fiscal, cambiaria y monetaria...”. Ahora bien, la “Constitución es un conjunto sistemático de principios y normas racionalmente entrelazados, informadas por una filosofía política determinada, según la cual se organizan los Poderes Públicos, se atribuyen competencias a los órganos del Estado y se fijan las metas de su actuación. Ello así, ninguno de sus preceptos debe considerarse de manera aislada, ni superfluamente ni independiente de los demás, ya que su sentido y alcance se encuentra conectado con los restantes preceptos constitucionales. De este modo, la interpretación sistemática de la Constitución obliga a entender sus normas en armonía, sin magnificar el sentido de algunos preceptos, ni minimizar el de otros, con el propósito de compatibilizarlos positivamente para garantizar su homogeneidad, cohesión y coherencia (...). Desde esta perspectiva, el análisis sistemático de los artículos 318 y 320 de la Constitución permite afirmar que las competencias constitucionalmente atribuidas al Instituto Emisor para lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria, deben ser ejercidas en coordinación con la política económica general formulada por el Ejecutivo Nacional” (Cfr. Sentencia de esta Sala N° 1.613/04).

(omissis)

No obstante, la Exposición de Motivos de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, utiliza el término “independiente” respecto al Banco Central de Venezuela, al señalar que “la autonomía del Banco Central implica que la autoridad monetaria debe ser independiente del Gobierno”, esta Sala reitera su criterio expuesto en la antes citada sentencia N° 1.613/04 y comparte la posición según la cual “la autonomía del Banco Central de Venezuela (...), no puede confundirse con la independencia de esta institución. No sólo ninguna institución pública debe ser independiente del Estado en una nación democrática, sino que la configuración constitucional del Banco Central de Venezuela cuestiona decisivamente cualquier defensa de la independencia del Banco Central de Venezuela, principalmente por dos motivos: los elementos de control político, por parte de la Asamblea Nacional, del Banco Central, que la Constitución incorpora (artículo 319 CRB); y la coordinación a la que obliga la Constitución entre el Banco Central de Venezuela y el Gobierno, con el fin de armonizar la política fiscal y la monetaria (artículo 320 CRB). Tanto el control político sobre las acciones del Banco Central de Venezuela, como la coordinación macroeconómica necesaria entre esta ins-

titución y el Ejecutivo, son claras razones indicativas de que el Banco Central no se configura en la Constitución como un órgano independiente” -Cfr. MARTÍNEZ DALMAU, RUBÉN. *Ob cit.* p. 17-18-. En tal sentido, la efectiva definición de esa autonomía debe enmarcarse en las funciones que expresamente el Texto Fundamental reconoce al Banco Central de Venezuela para el adecuado cumplimiento de su objetivo fundamental -como es el lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria-, para lo cual se consagran como competencias de dicho ente, la de formular y ejecutar la política monetaria, participar en el diseño y ejecutar la política cambiaria, regular la moneda, el crédito, las tasas de interés y administrar las reservas internacionales -artículo 118 de la Constitución- sin perjuicio de aquellas otorgadas a dicho ente por vía legislativa.

(omissis)

La coordinación macroeconómica que instituye la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, propende a la acción conjunta entre la política financiera y la política monetaria, indispensable para la correcta y eficiente dirección pública de la economía, tal como lo sostiene SIMÕES PATRICIO al señalar que “la política monetaria es una parte nada más de la política económica, la cual en todos los países compete constitucionalmente al Gobierno, y por eso lo que se nos muestra en la práctica es el necesario diálogo, la cooperación (interdependencia) entre los bancos centrales y el poder específicamente político. La política monetaria y en especial la política financiera están en efectiva dependencia recíproca, no pudiendo ser cada una conducida y formulada de modo indiferente al modo en que lo sea la otra” -Cfr. SIMÕES PATRÍCIO, JOSÉ. “Autonomía de los bancos centrales: perspectiva de derecho comparado”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* N° 69, enero-marzo 1998, p. 32-

De esta forma y con este fallo se despojó de toda autonomía al BCV, subordinándolo a la política fiscal y de gasto público del Ejecutivo.⁴⁵

⁴⁵ El voto salvado de este fallo no puede ser más claro respecto a la defensa de la autonomía e independencia del BCV, y a los sofismas que el fallo construye para someterlo al Poder Ejecutivo:

“El Magistrado que suscribe, Pedro Rafael Rondón Haaz, manifiesta su disenso de la mayoría de Magistrados que suscribió la antecedente decisión; por consecuencia, salva su voto, con base en el siguiente razonamiento:

La sentencia de la cual se disiente declaró conforme a la constitución el segundo aparte del artículo 125 y la Disposición Transitoria Décima de la Ley del Banco Central de Venezuela, con fundamento en una interpretación del texto constitucional que se aparta por completo del espíritu del constituyente y de la correcta interpretación gramatical, sistemática y teleológica de las normas constitucionales que regulan lo concerniente al Sistema Socioeconómico de la República. Según la mayoría sentenciadora: ...en la actualidad se recogen principios que se habían desarrollado a nivel doctrinal, jurisprudencial y legislativo, al establecer claramente que las competencias monetarias del Poder nacional son ejercidas de manera exclusiva y obligatoria por el banco Central de Venezuela, como persona jurídica de derecho público de naturaleza constitucional con autonomía para la formulación de y el ejercicio de las políticas de sus competencias. Asimismo, se consagra que el Banco central al definir y ejecutar la política monetaria debe atender a los fines del Estado por lo que debe armonizar dicha política con la fiscal, encontrándose imposibilitado para financiar o convalidar políticas fiscales deficitarias: En criterio de quien salva su voto esa interpretación del texto constitucional no es adecuada desde el punto de vista gramatical ni del sistemático, como tampoco del teleológico. 1.1 En el primer aspecto el salvante aprecia que el artículo 321 preceptúa que “El estado debe promover y defender la estabilidad económica, evitar la vulnerabilidad de la economía y velar por la estabilidad monetaria y de precios”. Para ese propósito, el constituyente consideró, en esa misma norma, que la manera de lograrlo sería “la armonización de la política fiscal con la monetaria” y armonizar implica, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, “hacer que no discuerden o se rechacen dos o más partes de un todo, o dos o más cosas que deben concurrir al mismo fin”. Entonces, la armonización implica el ajuste de dos o más elementos entre sí, en este caso la política monetaria y la política fiscal, definición que en, sí misma, no sugiere la subordinación de un elemento a otro pero que, en la frase antes mencionada, pareciera definirse

mediante el empleo de la conjunción con, que denota que, en principio, la política fiscal servirá de instrumento para la consecución de los objetivos de la política monetaria.

Más adelante, esa conclusión se confirma cuando se dispone que “el Banco Central no estará subordinado a directivas del Poder ejecutivo y no podrá convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias.” Al voto salvante no le cabe duda que la letra del artículo 321 de la Constitución no obliga al Banco Central a subordinarse al Ejecutivo Nacional, tal como erróneamente afirma la mayoría, esto es, a supeditar las políticas monetarias a los designios de la política Fiscal; por el contrario, la letra de la constitución obliga a que la política fiscal se defina en atención a los designios del Banco Central órgano que se considera, según la constitución, como el único capacitado para la lucha contra la inflación y los altibajos del signo monetario. 1.2 A igual conclusión se llega desde el punto de vista sistemático, pues, según el artículo 318 constitucional, el objetivo del Banco Central, como único órgano con competencias monetarias es “lograr la estabilidad de precios y preservar el valor interno y externo de la unidad monetaria”. En la comparación de esos objetivos con los fines que se le asigna a la coordinación macroeconómica a que se refiere la primera parte del artículo 320 antes mencionado, claramente se aprecia que el Banco Central juega un papel preeminente en la coordinación macroeconómica y que, por ninguna razón, puede supeditarse a los designios del Ejecutivo Nacional. 1.3 No puede ser otra la voluntad del legislador, pues si el constituyente hubiese querido supeditar la política monetaria a la Fiscal habría mantenido el antiguo esquema, en el que constitucionalmente no existía ninguna objeción a la existencia de un Banco Central cuyas políticas pudieran ser moldeadas desde el Ejecutivo Nacional. En este aspecto, quien disiente aprecia que la mayoría mal interpretó la intención del constituyente, quien, en la exposición de motivos, expresó que “la estabilidad macroeconómica se establece con base en tres principios fundamentales: equilibrio fiscal y un nivel prudente de deuda pública; autonomía del Banco Central en el cumplimiento de sus funciones, con un claro mecanismo de rendición de cuentas y coordinación transparente de las políticas macroeconómicas”. Además, la sumisión de la política monetaria a la fiscal queda descartada cuando el constituyente expresó que “la autonomía del Banco Central implica que la autoridad monetaria debe ser independiente del Gobierno y se prohíbe constitucionalmente toda práctica que obligue al Banco Central a financiar o convalidar políticas fiscales deficitarias.”

En criterio del voto salvante, esa prohibición no tendría sentido si el Banco Central estuviese obligado a plegarse a las políticas fiscales del Gobierno, tal como afirmó la mayoría. Se aprecia que la importancia que se le atribuyó al grado de la autonomía del ente emisor radica en que, a lo largo de los años, se ha observado que “...los países con alto grado de autonomía de sus bancos centrales han demostrado bajos índices de inflación y alto grado de desarrollo económico” (Chang Mora, Kimlen y Emilio Antonio Negrón Chapín: *Instituciones Financieras*, Vadell Hermanos Editores, Caracas, 2000, p 148.) Por esa razón, en el desarrollo de la normativa legal preconstitucional sobre el Banco Central de Venezuela se proyectaba darle al ente “una mayor independencia respecto al Gobierno, sin desmedro de la necesaria coordinación que debe existir. Es preciso superar la confusión que a menudo se observa entre las políticas fiscal y monetaria, a la par que reducir la posibilidad de financiamiento del déficit fiscal por la vía de la creación del dinero. (Citado por Chang y Negrón p. 149).

Estas inquietudes de larga data preconstitucional evidentemente cristalizaron en la Constitución vigente, en la que, claramente, el tema de la autonomía de la banca central se consideró como un aspecto clave para que el sistema económico de la República Bolivariana de Venezuela contribuyese al bienestar social que asegurarían tanto estabilidad de la moneda como la de los precios. 1.4 En criterio del voto salvante la reserva al Poder Legislativo Nacional del establecimiento de las “reglas contables para la constitución de sus reservas y el destino de sus utilidades”, sólo confirma que la autonomía a la que se refiere el constituyente es respecto al Gobierno, pero que de ninguna manera implica actuación sin control por parte del Banco Central. En este sentido, para nada sorprende que el control de su gestión se encomiende, según el artículo 319 de la constitución al Poder Legislativo y Moral a través de la Contraloría General de la República. El Máximo ente monetario, si bien es autónomo, está sometido al principio de responsabilidad pública, la que se determinará en función del alcance de las metas y el resultado de sus políticas, y el incumplimiento con sus objetivos y metas dará lugar a la remoción del directorio y a sanciones administrativas de acuerdo con la Ley. Sin embargo, tanto esos medios de control como la potestad normativa del Legislativo no pueden utilizarse para el sometimiento del Banco Central a las políticas fiscales, que es lo que pretende evitar nuestra constitución. 2. En opinión del quien disiente, la mayoría de-

bió analizar la constitucionalidad del artículo 125 de la ley del Banco Central de Venezuela y la Disposición Transitoria Décima desde el punto de vista de que el Banco Central es autónomo, en cuanto se refiere a la definición formulación y ejecución de la política monetaria. Ahora bien, la mayoría estudió si el mecanismo utilizado para la transferencia de divisas al FONDEN contradice principios y preceptos constitucionales relativos a la estabilidad de precios y la preservación del valor interno y externo del bolívar o bien implican el desconocimiento de las competencias del Banco Central de Venezuela relativas a la formulación de la política monetaria. La mayoría concluyó que la transferencia de las divisas provenientes de Petróleos de Venezuela al FONDEN efectivamente constituye una injerencia del ejecutivo en la política monetaria, pues no se explica de otra manera que se declare la constitucionalidad de la norma con el único sustento en la supuesta sumisión del Banco central al Gobierno y de que: ...no existen en el expediente elementos de convicción que permitan determinar al menos en grado suficiente que permita incluso bajo parámetros de precaución, precaver una violación irreversible o de difícil reparación al contenido, valores y derechos que garantiza la constitución de la república Bolivariana de Venezuela –tales como acciones como susceptible de de convalidar o financiar políticas fiscales deficitarias del gobierno nacional. El disidente considera que la transferencia del remanente de divisas que son obtenidas de las exportaciones de hidrocarburos, gaseosos y otras al FONDEN para el “financiamiento de proyectos de inversión en la economía real y en la educación y la salud; el mejoramiento del perfil y saldo de la deuda pública; así como, la atención de situaciones especiales y estratégicas” infringe el artículo 318 de la Constitución, ya que constituye una evidente delegación de parte de la administración de las reservas internacionales al Gobierno, competencia que sólo está atribuida al Banco Central de Venezuela. El voto salvante considera necesario expresar que las reservas internacionales son los recursos financieros en divisas con los cuales cuenta un país como garantía del pago de los bienes que importa y el servicio de la deuda, así como para la estabilización de la moneda. En Venezuela, esas reservas provienen, fundamentalmente, de las exportaciones petroleras que realiza PDVSA, pues esa compañía recibe las divisas por causa de las exportaciones, y, luego, las transfiere al Banco Central a cambio de bolívares, dinero que a través del pago de regalías, impuestos y utilidades se transmite al Gobierno y que, después, constituye la base de nuestro signo monetario. (tomado de <http://www.bcv.org.ve/reservas/reservas/htm> el 01-11-10) De acuerdo con la anterior explicación, las reservas internacionales son una parte central del valor de la moneda, con lo cual su administración es un componente fundamental de la política monetaria, cuyo ejercicio, en criterio de quien expone su desacuerdo, es competencia exclusiva y obligatoria del Banco Central de Venezuela. Este análisis resultaba suficiente para que se concluyera en la inconstitucionalidad de los dos últimos apartes del artículo 125 de la Ley del Banco Central de Venezuela y de la disposición Transitoria Décima de ese cuerpo normativo.

Sin embargo, en decisión número 618, de fecha 20/07/2016, expediente 06-0338, de la SC, Ponencia conjunta, reivindicó el TSJ esta vez la independencia y autonomía del BCV:

“Como puede observarse, la doctrina de la Sala Constitucional ya ha distinguido que no toda operación de crédito público comporta la suscripción de un contrato de interés público nacional, reconociendo la compatibilidad de aquellas operaciones realizadas de manera natural por los organismos competentes, ante contingencias o para atender el normal funcionamiento de los órganos y entes que conforman el Estado, con el postulado del artículo 150 constitucional”.

Que “aunado a ello, y respecto al Banco Central de Venezuela, debe precisarse que si bien el mismo como persona jurídica de derecho público que integra el Poder Público Nacional y como tal es sujeto de aplicación del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (DLOAFSP) este mismo instrumento jurídico lo exceptúa de las limitaciones y restricciones previstas en materia de crédito público, específicamente, aunque no limitada a ello, de requerir autorización mediante ley especial para las operaciones de endeudamiento, como lo hace con el resto de los entes que conforman el sector público, salvo los también exceptuados en el artículo 101 ejusdem”.

Que adicionalmente, el pasivo que adquiere el Banco Central de Venezuela producto de su endeudamiento, es asumido directamente por éste en su condición de autoridad monetaria, por lo que es [su] representado, y no la República, quien asume la condición de deudor de la obligación, lo que no debe bajo ningún supuesto confundirse con el concepto de deuda pública externa, que refiere a aquella que es adquirida por la Nación, y avalada por el Estado, siendo los recursos que el Banco Central diligencia por dicha fuente en sus operaciones propias, dirigidos a la consecución de los objetivos que constitucionalmente debe cumplir, de orden macroeconómico, y con

b. *La definición de PEÑA SOLIS de las Administraciones Independientes a partir de la noción de los órganos con autonomía funcional*

Por su parte, PEÑA SOLIS incluye al BANCO CENTRAL DE VENEZUELA dentro de las denominadas Administraciones Independientes, noción que tiene su antecedente conceptual en nuestro país en la de los órganos con autonomía funcional, categoría deducida por la doctrina y la jurisprudencia durante la vigencia de la Constitución de 1961 a partir de múltiples estudios respecto de la organización administrativa venezolana⁴⁶.

BIBLIOGRAFÍA

Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública y regulación económica*, 3 ed., Comares, Madrid 2016.

Arrow, K. *Social Choice and Individual Values*, Cowles Foundation, monografía número 12, 20 edición. 1963

Arts, W. y Gelissen, J. “Welfare States, Solidarity and Justice Principles: Does the Type Really Matter?”, *Acta Sociologica*, volumen 44, 2001, p 283-299.

incidencias en la política monetaria y cambiaria, que de suyo suponen para su debida ejecución, la posibilidad que ese Instituto actúe con celeridad, confidencialidad y eficiencia, so pena de hacer nugatoria su actuación”. (omissis)

Que de “[l]a lectura del artículo 150 de la CRBV nos permite aproximarnos a los elementos subjetivos de los contratos de interés público nacional, a partir del cual la jurisprudencia ha propuesto una definición formal de los mismos, como tempranamente declaró la Sala Constitucional en la mencionada, sentencia N° 240 (sic.) del 24/09/2002, definiéndolo como ‘los contratos celebrados por la República; a través de los órganos del Ejecutivo Nacional...’.

Que “...en ese sentido, señala la Sala que el Banco Central de Venezuela ‘(...) es un órgano que pertenece a la Administración Pública Nacional con autonomía funcional, integrado a la estructura del Estado, que de manera autónoma exclusiva y excluyente ejerce la competencia monetaria, con un régimen legal propio y con la finalidad de contribuir armónicamente a los fines del Estado en beneficio del Pueblo’. Reconociendo la sentencia en análisis que ‘[e]s un ente único y la relación que se establece entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela, es una relación de coordinación y colaboración general y especial y no de subordinación’...”.

Que “lo expuesto ha sido igualmente reconocido en foros internacionales de protección de los activos de las autoridades monetarias y como desarrollo del axioma de la banca central independiente en el ejercicio de las políticas de su competencia, siendo imperioso oponerse en todo nivel la distinción entre la personería jurídica de la República y la del Banco Central de Venezuela, so pena de dar lugar a interpretaciones de la ‘teoría ‘de alter ego que puedan pretender socavar los activos que administra y resguarda el Banco Central de Venezuela”. (omissis)

Que “[e]n función de ello, es forzoso colegir, que el Banco Central de Venezuela no reúne la cualidad subjetiva que exige el texto constitucional para configurar la existencia de un contrato de interés público nacional, siendo las operaciones que realiza intrínsecas a la consecución de los objetivos que tiene asignados; las cuales agencia en ejecución directa de la Constitución, sobre la base de la autonomía funcional que lo caracteriza con el propósito de abstraer su actuación de intereses propios de los poderes que integran el Estado, no siendo por tanto homologable, reiter[a], a la República y mucho menos un órgano del Ejecutivo Nacional, presupuesto que indica la Sala en su sentencia No 2240 (sic.) del 24/09/2002”.

⁴⁶ La sentencia N° 259 dictada por la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia el 31 de marzo de 2016, afirma que el Banco Central de Venezuela es ‘una persona jurídica de derecho público, de rango constitucional, dotada de autonomía para el ejercicio de las políticas de su competencia, que no forma parte de la Administración Central ni de la Administración Descentralizada funcionalmente, sino que, atendiendo a las disposiciones de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela que lo regulan y que han sido desarrolladas por la Ley Especial que lo rige, forma parte de la llamada Administración con autonomía funcional’.

Álvaro Espina Montero. *Estado del Bienestar y Teorema de la Imposibilidad*. ICE, *Revista De Economía*, 1 (815). 2004. Recuperado a partir de <http://www.revistasice.com/index.php/ICE/article/view>

Arispe, Lourdes. "Nuevas formas de organización: ética global, creatividad y Gobernabilidad" en Saúl Sosnowski y Roxana Patiño (comp.). *Una cultura para la democracia en América Latina*. F.C.E., UNESCO: México 1999, 69-85

Dahrendorf, Ralf (1996). *La cuadratura del círculo. Bienestar económico, cohesión social y libertad política*, F.C.E. México 1996

Camou, Antonio (comp.) (Estudio preliminar) 2001. *Los desafíos de la Gobernabilidad*. Plaza y Valdés, FLACSO, IIS-UNAM: 1558. México 2001.

CEPAL, ONU. 2012. Panorama social de América Latina. Documento informativo, en www.cepal.org, [revisado en mayo de 2012]

Coopedge, Michael. "Instituciones y Gobernabilidad democrática en América Latina", en Antonio Camou (comp.). *Los desafíos de la Gobernabilidad*. Plaza y Valdés, FLACSO, IIS-UNAM: 211-239. México 2001.

Colombia Longobardi, N., «*Les autorités administratives indépendantes, laboratoires d'un nouveau droit administratif, suite et fin*». *Les Petites Affiches*, n° 173, 1999.

Cohen, Ernesto y Rolando Franco. *Gestión social. Cómo lograr la eficiencia e impacto en las políticas sociales*. México: CEPAL - Siglo XXI. Comisión Económica para América Latina. 2005. *Síntesis del Panorama Social de América Latina*. New York: CEPAL. Naciones Unidas.

Culebro, Jorge y González Laporta, Christian: *Regulación y evolución de organismos reguladores en telecomunicaciones: El caso de México y Francia*.

Chauvin, F., *Administration de l'Etat*, Dalloz, Paris, 2002; Bauby, P., *Dérégulation et re-régulation: les transformations du service public de l'électricité. Le service public en devenir*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 199 y ss.

Chevallier, J., *Le place du service public dans l'univers juridique contemporain. Le service public en devenir*, L'Harmattan, Paris, 2000, p. 26 y ss.; ESPLUGAS, P., *Le service public*, Dalloz, Paris, 1998, p. 105 y ss.

_____ *La réforme de l'état et la conception française du service public*. RFAP

Easton, David. 1969. *Esquema para el análisis político*. Buenos Aires: Amorrortu. 1973. "Categorías para el análisis sistémico de la política", en *Enfoques sobre teoría política*. Amorrortu: 216-231, Buenos Aires 1969.

Espina, Álvaro. "Estado del Bienestar y Teorema de la Imposibilidad"; ICE *Revista de Economía*, Universidad Complutense, Madrid. 2004.

Medellín Torres, Pedro. *La modernización del Estado en América Latina. Entre la reestructuración y el reformismo*. CIDER. Bogotá: 1994.

O'Donnell, Guillermo. *Notas para el estudio de procesos de democratización política a partir del estado burocrático-autoritario*. Buenos Aires 1979: Centro de Estudios de Estado y Sociedad y Philippe C. Schmitter. 1994.

Claude Offe. *Transiciones desde un gobierno autoritario* (1991): Conclusiones tentativas sobre las democracias inciertas. Paidós. Buenos Aires 1991.

_____. *Contradicciones en el Estado de bienestar*, Alianza editorial CNCA [1a ed. ing. 1988] México 1988.

Peters, B. Guy. Voz “Gobernabilidad” en Vernon Bogdanor (ed.) *Enciclopedia de las instituciones políticas*. Alianza. Madrid: 1991. Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo. 2004. *La Democracia en América Latina*.

Fernández Rojas, Gabriel. *Las autoridades administrativas independientes en Francia*; *Vniversitas*, núm. 107, 2004, pp. 343-372 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá.

Gentot, M., *Les autorités administratives indépendantes*, 2ª éd., Montchrestien, Clefs Politique, Paris, 1994, p. 14 y ss.

Freeman, R., Topel, R. y Swedenborg, B. *The Welfare State in Transition. Reforming the Swe-dish Model*, The University of Chicago Press. 1997.

Habermas, J. *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, MIT Press, Cambridge, Mass. 1996. (versión española: Trotta, 1998).

Miranda Londoño, A., & Márquez Escobar, C. P. Intervención pública, regulación administrativa y economía: elementos para la definición de los objetivos de la regulación. *Vniversitas*, 53(108), 2004, 71-117. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14723>

Rivero, J. et Waline, J., *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1998, p. 313.

Teitgen-Colly, C., «Les instances de régulation et la Constitution», *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et a l'Etranger*, n° 1, 1990, p. 24, 42 y ss.

Whitehead, Laurence. “Three international dimensions of democratization” en L. Whitehead (coord.) *The international dimensions of democratization. Europe and the Americas*. Oxford University Press. Oxford 1996.